**Tema 52 Hipotecario**

**ELEMENTOS FORMALES EN LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA**

EP + Inscripción

**1875 Cc *Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad…***

**145 LH** ***Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1º Que se hayan constituido en escritura pública. 2º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad***

Hay **excepciones** al requisito de la EP:

Documento judicial, vg la llamada hipoteca *apud acta* (art 595 LECriminal)

Documento admtvo, vg hipoteca a favor de la Hacienda Pública en casos de aplazamiento/fraccionamiento del pago de deuda tributaria (aunque se constituye unilateralmente por el deudor tributario en EP, su aceptación por la Administración se efectúa mediante documento administrativo)

Polémica sobre el valor de la Inscripción de la Hipoteca.

CONSTITUTIVA(en caso de hipoteca no inscrita, el acreedor hipotecario ostenta un derecho no real sino de crédito, preferente ex 1924 Cc)

NÚÑEZ LAGOS en cambio consideran que el derecho real de hipoteca (vg reipersecutoriedad) se constituye mediante el otorgamiento de la Escritura Pública (dicción literal del 145 LH), siendo la inscripción un requisito para su plena eficacia

La STS 3 de junio de 2016 dice que la inscripción de la hipoteca es constitutiva pero eso no significa que el contrato de constitución de hipoteca, no exista sin la inscripción ni que el conocimiento de tal contrato no pueda perjudicar a terceros (“doble hipoteca”, 1473 Cc)

**EL CONTROL NOTARIAL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

Los medios tradicionales de protección de la parte más débil (usura, 1288 Cc, teoría gral sobre vicios del consentimiento, etc) hace tiempo que se revelaron insuficientes para la adecuada protección del consumidor. De ahí la proliferación de “modernos” medios para su defensa. Destacamos:

El control de **incorporación** (primer filtro de transparencia), art. 7 LCGC.

Art. 7 LCGC Control de incorporación. No quedarán incorporadas al contrato

las cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa

las cláusulas ilegibles, ambiguas u oscuras

El doble filtro de transparencia (segundo filtro -cognoscibilidad o **comprensibilidad real**, STS 9 mayo 2013).

Interpretación expansiva de la abusividad en materia de consumo. Por ejemplo en materia de intereses moratorios (STS 3 junio 2016)

Destacamos DOS instrumentos y dos resoluciones

**¥ OFERTA VINCULANTE.** La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, contiene en su Capítulo II (art. 19 y ss) unas “Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios”

(19)AMBITO DE APLICACIÓN. Crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente **PF** cuya **hipoteca recaiga sobre una vivienda o** cuya **finalidad** sea **adquirir/conservar** derechos de **propiedad sobre terrenos/edificios** construidos o por construir

(30)ACTO DE OTORGAMIENTO. Destacamos:

El cliente tendrá **derecho a examinar el proyecto de EP** de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

El cliente puede renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la EP tenga lugar en la propia notaría.

En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, **los notarios denegarán** la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente.

Asimismo, los notarios

**informarán** al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume

**comprobarán** determinados extremos

**y advertirán** al cliente expresamente (entre otros casos) cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo.

**¥ EXPRESIÓN MANUSCRITA** El artículo [6](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/505327-l-1-2013-de-14-may-medidas-para-reforzar-la-proteccion-a-los-deudores-hipotecarios.html#a6) Ley [1/2013](http://notin.es/documentos/Ley%202013%20deudores%20hipotecarios.rtf), 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios exige en determinados préstamos hipotecarios (normalmente préstamos hipotecarios con cláusula suelo) que la EP incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita (según modelodel Banco de España) en la que el prestatario manifiesta que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

**Ω RDGRN 9 de marzo 2016** señala que el registrador ha de calificar el cumplimiento por parte de las entidades financieras de las OBLIGACIONES PRECONTRACTUALES Y DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS hipotecarios y el cumplimiento de los deberes de información por parte del Notario.

**Ω STJUE 9 marzo 2017, caso PIRINGER**, que reconoce la singularidad del Notariado latino, tendente a garantizar la legalidad y seguridad jurídica.

**CLÁUSULAS ABUSIVAS;**

**84** TR RD Leg 16 de noviembre 2007, TR Ley Defensa Consumidores y Usuarios: “Los Notarios/Registradores no autorizarán/inscribirán contratos/negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

¿Y en otros casos? Si bien una RDGRN de 1990 excluyó de la calificación registral dichas cláusulas abusivas por su indeterminación (“*exigencias de la buena fe”, “desequilibrio importante*”), a la vista de la interpretación por el TJUE y TS de la Directiva de 1993, la RDGRN 18 de noviembre 2013 ha cambiado de criterio: el registrador debe calificar denegando la inscripción de las cláusulas abusivas cuando:

- Su nulidad resulte de la Ley (por ejemplo, vencimiento anticipado total del préstamo por impagos inferiores a tres cuotas, que contradice 693.2 LEC).

- La nulidad haya sido declarada por sentencia firme, aunque no figure inscrita en el RBM (principio de efectividad; ejemplo: STS 3 de junio de 2016 que declara nulo por abusivo el interés de demora superior en dos puntos al interés ordinario).

- Su carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador con carácter objetivo (ejemplo: causas de vencimiento anticipado que no guarden relación con la conservación de la garantía)

Art 83 Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato Añadir ahora:

La posibilidad de integración (ex 1258 Cc) que contemplan los arts 8 a 10 LCGC ha desaparecido en el ámbito del art 83 del TRLDCU, tras su modificación en 2014 para dar cumplimiento a STJUE 14 de junio de 2012 (asunto Banco Español de Crédito). En efecto, el TJUE ha interpretado que tal facultad de integración es contraria a la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993 pues podría operar en interés de los empresarios.

En materia de consumo, la aplicación de oficio de la nulidad absoluta se matiza: solo opera en “detrimento del consumidor”, lo que significa que el juez, antes de excluir su aplicación, debe indagar la voluntad concreta del consumidor (STS 9 Mayo 2013)

**ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO**

Permiten al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo ante cualquier incumplimiento del deudor.

**12.2 LH** ***Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras*** *de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la* [*Ley 2/1981, de 25 de marzo*](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/l2-1981.html)*, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de CALIFICACIÓN REGISTRAL favorable de las cláusulas* ***de trascendencia real****,* ***se harán constar en el asiento******en los términos que resulten de la escritura*** *de formalización*.

Hay cláusulas validas no inscribibles por falta de trascendencia real (vg fianza)

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz-Banesto) exige un incumplimiento grave o esencial para la devolución del préstamo: no basta el impago de una sola cuota (693.2 LEC modificado exige al menos tres plazos mensuales -o cantidad equivalente-)

La casuística es enorme. Vencimiento anticipado por:

Incumplimiento de la obligación de

arrendar CON consentimiento del banco (se admite SOLO si se trata de arrendamiento no sujeto a purga) o

no enajenar (no se admite, ex 26/27 LH).

Embargos o disminución de solvencia del deudor. No se admite ex. 1129 Cc

Declaración de concurso del deudor. No se admite ex 61 LC

**LA HIPOTECA UNILATERAL**

**141 LH** ***En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral, del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma***

***Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.***

También procederá la cancelación por

sentencia firme

renuncia o escritura en que preste el consentimiento el acreedor

**LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR TESTAMENTO**

Resulta constituida unilateralmente por el testador sobre alguno de sus bienes, en garantía de un legado o del pago de una deuda propia/ajena.

No es hipoteca testamentaria la que el testador ordena al heredero/legatario que constituya

Tampoco es hipoteca unilateral la bilateral defectuosa (RDGRN 29 octubre 1982).

**248 RH** Cuando se constituya hipoteca en testamento (en garantía de rentas/prestaciones periódicas) será título suficiente para inscribirlas el testamento acompañado de los certificados de defunción del testador y del RGAUV. La aceptación del beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra separada.

El constituyente debe tener capacidad para testar y libre disposición de la cosa hipotecada.

Y el beneficiario, capacidad para suceder al testador, aplicándosele el art 141 LH.

**FACULTADES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO**

CONSERVACIÓN

Operan a su favor los principios registrales (legitimación, fe publica, etc)

Acción de deslinde ex **384.2 Cc**

Dº a la extensión de la hipoteca a las ACCESIONES NATURALES, A LAS MEJORAS Y AL IMPORTE DE LAS INDEMNIZACIONES concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (109 y ss LH)

**115 LH** ***Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados*** *conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor* ***AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA sobre los mismos bienes hipotecados.***

*Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.*

*Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a* ***cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor*** *que puedan ser hipotecados.*

DISPOSICIÓN

**1878 Cc** ***El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley***

**149 LH** *...de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 Cc. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.”*

REALIZACIÓN DEL VALOR

**129 LH** (acción hipotecaria, además de la personal)

Derecho de preferencia: **1923/1927** Cc

**LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN**

**117 LH** ***Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido*** *en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará* ***providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar/remediar el daño.***

**“lo que proceda...”**Incluso dar por vencido el crédito u ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor (219 RH)

***Si después insistiere el propietario en el abuso****, dictará el Juez nueva providencia, poniendo el inmueble en* ***administración judicial.***

*En todos estos casos se seguirá el* ***procedimiento*** *establecido en los* ***artículos 387 y ss LEC 2015***