

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Recursos

RESOLUCIÓN de 14 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto frente a la negativa del registrador de la propiedad de El Rosario, a cancelar una opción de compra y el asiento de presentación de una hipoteca vinculada con dicha opción. (“BOE” núm. 32 de 7 de febrero de 2011)

En el recurso interpuesto por don O. A. H., en nombre y representación de don R. S., frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de El Rosario, don Octavio Linares-Rivas Lalaguna, a cancelar una opción de compra y el asiento de presentación de una hipoteca vinculada con dicha opción.

HECHOS

I

Como consecuencia del proyecto de equidistribución en la Unidad de Actuación «Tabaida Alta-Media» del termino municipal de El Rosario la parcela 16 de la manzana AR-21 quedó inscrita de forma provisional como nueva finca registral única con el número 50.784 como reemplazo de las fincas 12.280 y 43.917

del Registro de la Propiedad de El Rosario a nombre de los titulares de ambas fincas, cuya inscripción definitiva se practicaría a favor de quien acreditara su mejor derecho.

II

Presentada demanda de doble inmatriculación en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife, se dictó Auto con fecha 22 de abril de 2009 por el que se homologaba la transacción judicial acordada entre la parte demandada y demandante en los siguientes términos en la parte que a efectos de este recurso interesa: «Don E. E. R. renuncia a las acciones interpuestas, reconociendo el pleno derecho de propiedad de don R. S. sobre la finca descrita, asimismo dicha parte se compromete a satisfacer la cantidad de 15.000 € en concepto de costas por honorarios de abogado y procurador a la parte demandada... Una vez reconocido el pleno dominio de don R. S. sobre dicha finca, (la registral 50.784) la parte demandada otorga a don E. E. R. una opción de compra por dicha finca en la cantidad de 80.000 €. Dicha opción de compra se deberá hacer efectiva en el plazo de 20 días hábiles a contar desde la homologación judicial del presente acuerdo, mediante el pago de dicha cantidad y el correspondiente otorgamiento de la escri-

tura pública de compraventa, cuyos gastos correrían a cargo de la parte compradora».

III

Testimonio de dicho Auto fue presentado en el Registro de la Propiedad del El Rosario acompañado de instancia suscrita por el representante de don R. S. en el que se solicitaba «se proceda a la inscripción de la finca a favor de don R. S. bajo un único número, y se proceda a la cancelación de cualquier inscripción que contradiga el derecho de propiedad del mi representado». Calificado por el Registrador de la Propiedad de El Rosario el testimonio del citado Auto fue practicada la inscripción de dominio de la finca 50.784 a favor de don R. S., por título de transacción judicial, con sujeción al régimen económico de su país, y el derecho de opción de compra en los términos expresados, a favor de don E. E. R. con carácter privativo.

IV

Mediante instancia de 7 de septiembre de 2009 que tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad de El Rosario con fecha 7 de octubre de 2009, don O. A. H., en nombre y representación de don R. S. exponía que «la parte que representaba en momento alguno había solicitado la inscripción de tal opción que incluso en el momento de la nombrada instancia ya había vencido sin que se hiciese efectiva. Que tampoco era esa parte titular en modo alguno de dicha opción, razón por la cual ni siquiera estaba legitimada para solicitar su inscripción, siendo en cualquier caso un derecho cuya inscripción podría haber solicitado don E. E. R. y no esta parte. Que mostraba su disconformidad con la factura emitida en cuanto a la opción de compra porque en ningún momento se solicitó su inscripción y en cuanto a la inscripción ya que la doble inmatriculación no fue advertida por el

Registro de la Propiedad de La Laguna siendo por tanto un caso de patología registral cuyo coste en modo alguno debía de ser asumido por su representado sino por el Registro de la Propiedad como subsanación del error registral. Por todo ello solicitaba la cancelación sin coste de la opción de compra inscrita, así como la rectificación de la factura eliminando los importes por conceptos de inscripción y opción de compra.»

V

El Registrador de la Propiedad de El Rosario procedió a la calificación de dicha instancia acordando la suspensión de la cancelación solicitada en base a los siguientes Hechos y Fundamentos: de Derecho «Hechos: Como consecuencia de proyecto de equidistribución la parcela 16 de la manzana AR-21 en la Unidad de Actuación «Tabaiba Alta-Media», del término municipal de El Rosario, esta finca quedó inscrita con carácter provisional a favor de don R. S. y don E. E. R. cuya inscripción definitiva se practicaría a favor de quien acredite su mejor derecho conforme al artículo 10.1 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio por el que se aprueban las Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Que con fecha 10 de agosto de 2009 se presentó escritura pública autorizada el día cinco de marzo de dos mil siete, ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Carlos Sánchez Marcos, con el número 296 de protocolo, por la que don E. E. R. constituía hipoteca en garantía de un préstamo a favor de la Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona, sobre la finca de origen. Con fecha 16 de julio último se presentó testimonio expedido por doña María Elena Santamaría Manso, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Santa Cruz de Tenerife, por la que se homologaba judicialmente

la transacción a la que habían llegado los interesados consistente en que don E. E. R. reconocía la propiedad de la finca de resultado en favor de don R. S. y éste concedía a aquel un derecho de opción de compra sobre la finca que deberá hacer efectivo en el plazo de veinte días hábiles a contar desde la homologación judicial del citado acuerdo (22 de abril de 2009). Este documento originó la inscripción 2ª de la finca de reemplazo practicada el 29 de julio de 2009. Ahora se presenta la antedicha instancia por el representante del señor S. en la que se dice que nunca se solicitó la inscripción del derecho de opción ya que correspondería haberlo hecho al señor E. R. indicándose además que en la instancia en la que en su día se pidió la inscripción de la transacción judicial se pidió la cancelación de cualquier inscripción que contradiga el derecho de propiedad de mi representado. Esto último interpreto que debe referirse a la escritura de préstamo hipotecario que está hoy suspendida - Fundamentos de Derecho: 1º Sobre la no inscripción del derecho de opción de compra, dejando únicamente inscrito el pleno dominio a favor del señor S. Aquí se plantea el problema de la inscripción parcial, es decir, si puede inscribirse parte de un documento y otra no, bien de oficio por el Registrador, bien a solicitud de las partes o bien a solicitud del perjudicado. El artículo 19bis-cuarta de la Ley Hipotecaria solo podrá practicarse si media el consentimiento del presentante o interesado. Lo mismo viene a decir el párrafo quinto del artículo 434 del R. H. Sin embargo la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido precisando estas disposiciones a través de sucesivas resoluciones. Así el Registrador no puede practicar una inscripción en forma distinta de la solicitada, si obtener el consentimiento de los interesados o la preceptiva resolución judicial (RDGRN 19/6/1975 y RDGRN 17/3/2004). Por su parte los interesados no pueden someter a la calificación del Registrador aquellas

partes de los negocios que tengan por conveniente, excluyendo determinadas cláusulas (RDGRN 27/11/86). Ejemplo de lo anterior es que en una transmisión sujeta a condición resolutoria no puede inscribirse aquella y denegarse ésta, pues ello altera totalmente el contenido del negocio (RDGRN 16/10/1989). En resumen el Registrador puede practicar inscripciones parciales de oficio siempre que lo no inscrito no afecte al contenido del negocio, pues en otro caso es necesario el consentimiento del o los interesados o en su caso resolución judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 40 de la L. H. En el caso presente es indudable que el reconocimiento del dominio y concesión del derecho de opción están íntimamente ligados, ya que el señor E. R. reconoció el dominio en la otra parte a cambio de que el otro le concediese un derecho de opción y éste dio el derecho de opción porque le reconocían el dominio. Por ello es necesario el consentimiento del señor E. R. para no inscribir la opción, o en su caso resolución judicial. Entiendo además que el consentimiento del señor E. R. debería prestarse en sede judicial por analogía con lo dispuesto en el artículo 131 de la L. H. 2º En cuanto a la cancelación de cualquier inscripción que contradiga el derecho de propiedad del señor S.: esto tiene que referirse a la hipoteca suspendida y al derecho de opción de compra. En cuanto al derecho de opción de compra es cierto que la día de la fecha esta caducado, pero una cosa es la caducidad del derecho y otra muy distinta la cancelación del asiento. Esto está reconocido plenamente por las RRDGRN de 30/07/90 y 23/04/03, diciendo esta última «que el transcurso del plazo fijado para el ejecución de la opción supondrá la extinción del derecho, pero no permite cancelar el asiento, pues los limitados medios con que cuenta el Registrador a la hora de calificar no permiten apreciar un hecho negativo, como es la falta de ejercicio extrarregistral de un derecho

durante un plazo de vigencia». Además este asiento está advirtiendo a terceros de la existencia de la opción y de la posibilidad de que su ejercicio haya sido efectuado extrarregistralmente. La cancelación de tal asiento necesitaría imperativamente el consentimiento de su titular o la pertinente resolución judicial (Art. 40 de la LH). En cuanto a la escritura de préstamo hipotecario está suspendida pero su asiento vigente lo que implica que en cualquier tipo de publicidad formal debe expresarse y que además podría presentarse la documentación oportuna, que acredite la efectividad del derecho de opción y en este caso, dicho préstamo hipotecario sería perfectamente inscribible. Estas faltas se califican de subsanables, no tomándose anotación por defecto subsanable al no haber sido solicitado por el presentante. Contra la precedente (...) El Rosario, a 26 de octubre de 2009. El Registrador, (firma ilegible).»

VI

Notificada la calificación al interesado, este, por medio de su representante, presentó recurso en el que hacía las siguientes alegaciones: «Al Registro de la Propiedad de El Rosario para su traslado a la Dirección General de Registros y del Notariado. O. A. H., abogado en ejercicio, en nombre y representación de D. R. S. como se acredita mediante copia del poder aportado como documento número 1, y con domicilio a efecto de notificaciones en (...) Santa Cruz de Tenerife, ante el Registro de la Propiedad comparezco y digo - Que mediante la presente vengo a interponer Recurso potestativo previo a la vía judicial para su traslado a la Dirección General de Registros y del Notariado en virtud del artículo 327 de la Ley Hipotecaria contra la calificación del Registrador de la Propiedad del Registro de El Rosario de fecha 7 de octubre de 2009, notificada vía fax a esta parte el día 27 de dicho mes. Se aporta copia de dicha resolución como documento nú-

mero 2, así como nota simple como documento número 3; todo ello con base en los siguientes motivos. Motivos: Primero.— Esta parte solicitó mediante instancia de 16 de julio de 2009 (documento número 4) la inscripción de la finca 50784 a nombre de mi representado en virtud de acuerdo homologado judicialmente en el Juicio Ordinario 1015/2007 que versaba sobre la determinación del mejor derecho sobre dicha finca doblemente inmatriculada bajo los números registrales 12.280 y 43.917. Se aporta copia testimoniada del Auto que homologaba el acuerdo para la determinación del mejor derecho como documento número 5. En la citada instancia presentada por esta parte se solicitaba «que se tenga por presentado este escrito, y en su virtud se proceda a la inscripción de la finca a favor de D. R. S. bajo un único número, y se proceda a la cancelación de cualquier inscripción que contradiga el derecho de propiedad de mi representado». Segundo.— Con fecha de 29 de julio de 2009 el Registrador de la Propiedad de El Rosario inscribió la finca a nombre de mi representado. Lamentablemente se excedió en cuanto a lo solicitado por esta parte inscribiendo además del derecho de propiedad de mi representado cuya inscripción efectivamente se solicitó también una opción de compra a favor de don E. E. R. por constar en el acuerdo homologado en los Autos del juicio arriba reseñados. Esta parte en momento alguno ha solicitado la inscripción de tal opción que incluso en el momento de la nombrada instancia ya había vencido sin que se hiciese efectiva. En este sentido el Registrador de la Propiedad se excedió en cuanto a su inscripción contraviniendo lo establecido en el artículo 14.1 del Reglamento Hipotecario que permite la inscripción de opciones de compra siempre y cuando exista «Convenio expreso de las partes para que se inscriba» que no existió, ni siquiera se ha pedido la inscripción por ninguna de las partes. Tampoco es esta parte titular en modo alguno de dicha opción, razón por

la cual ni siquiera está legitimada para solicitar su inscripción, siendo en cualquier caso un derecho cuya inscripción podría haber solicitado don E. E. R. y no esta parte. Tercero.—Con fecha de 7 de septiembre de 2009 esta parte interpuso la instancia aportada como documento número 6 a fin de que se proceda a la cancelación de la inscripción de la opción de compra a favor de don E. E. R. Asimismo de forma verbal se recordó al Registrador que correspondía la cancelación de la inscripción provisional de hipoteca a favor de la Caixa que según esta parte había entendido se iba a producir próximamente al ya no traer causa dicha hipoteca constituida en su momento por don E. E. R. antes de que se determinase que el mejor derecho sobre la finca corresponde a mi representado. En este sentido el Registrador de la Propiedad indicó que resolvería acerca de ello en la nota de calificación tal como hizo. Cuarto.—Finalmente mediante la citada calificación de fecha 7 de octubre de 2009 el Registro de la Propiedad no dio lugar a la cancelación de la inscripción de la opción de compra de don E. E. R. ni a la cancelación de la hipoteca a favor de la Caixa, razón por la cual interesa al derecho de esta parte que sea la Dirección General de Registros y del Notariado quien resuelva acerca de la procedencia o no de las cancelaciones solicitadas. Por todo lo cual, solicito a la Dirección General, que tenga por presentado el presente escrito, lo admita, y en su virtud ordene la cancelación de la opción de compra de don E. E. R., así como de la hipoteca a favor de La Caixa sobre la finca 50784 del tomo 2.436, libro 617, folio 39 del Registro de la Propiedad de El Rosario. En Santa Cruz de Tenerife, a 25 de noviembre de 2009».

VII

Admitido el recurso el Registrador de la Propiedad de El Rosario, don Octavio Linares-Rivas Lalaguna, emitió el precep-

tivo informe reiterándose en sus argumentos y haciendo constar en cuanto a la cancelación de la hipoteca, (cuyo asiento de presentación había caducado y se había vuelto a presentar), que el mismo no se podía cancelar ínterin no se determinase cual sería la evolución del derecho de opción de compra, ya que si la opción de compra decaía no podría practicarse la inscripción del crédito hipotecario y que para cancelar dicho asiento sería necesario el consentimiento de los interesados o resolución judicial. Seguidamente procedió a remitir las actuaciones a este Centro Directivo para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 19 bis, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, 434 de su Reglamento, 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, 10.1 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 16 octubre de 1989, 27 de marzo de 2000, 28 de mayo de 2005, 19 de junio de 2007 y 12 de marzo de 2009.

1. Para la adecuada resolución de este recurso conviene precisar los siguientes hechos. Como consecuencia de una actuación urbanística (proyecto de equidistribución) se pone de manifiesto la existencia de una doble inmatriculación por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio por el que se aprueban la Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, se practica la inscripción de la finca de reemplazo con carácter provisional a nombre de los dos titulares de las parcelas de procedencia en tanto se acredite su mejor derecho

sobre la finca resultante. Presentada demanda de doble inmatriculación se llega a un acuerdo transaccional que es homologado judicialmente resultando del mismo un reconocimiento del dominio sobre la finca a favor de uno de los titulares, concediéndose al otro una opción de compra por precio determinado y plazo de 20 días hábiles para su ejecución. El acuerdo transaccional se inscribe en el Registro, inscribiéndose, por tanto, el dominio y el derecho de opción de compra. Es de hacer notar que aparece presentada una escritura de préstamo hipotecario recayente sobre la finca de procedencia que es titularidad de aquél a quien luego se concedería la opción de compra.

Se presenta instancia suscrita por el titular del dominio en la que se solicita la cancelación de la opción de compra alegando que nunca se ha solicitado la inscripción de la opción, por lo que no se debió inscribir, y por ello, se solicita su cancelación, así como la de cualquier carga que recaiga sobre la finca.

El Registrador suspende la cancelación de la opción por tres motivos. En primer lugar por entender que, si bien existen supuestos en que cabe la inscripción parcial, ello no ocurre cuando, como sucede en el presente caso, el derecho que se inscribe y el que se pretende cancelar están íntimamente ligados. En segundo lugar porque la caducidad de la opción que se alega no resulta apreciable por el Registrador, ya que una cosa es la caducidad del derecho y otra la del asiento. Finalmente, con relación a la hipoteca presentada, porque considera que estando el asiento de presentación vigente, no se puede cancelar y deberá ser objeto de inscripción si se ejerce la opción.

2. Se discuten en este recurso varias cuestiones. La primera afectaría a la posibilidad de inscripción parcial del Auto que homologa judicialmente el acuerdo celebrado entre las partes. Sobre esta

cuestión hay que partir de la base de que una vez practicado el asiento, este se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales y por tanto no puede ser modificado en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca. No obstante, conviene precisar que el recurrente denuncia en su escrito una extralimitación del Registrador en la práctica del asiento cuestionado.

Ya antes de la introducción en la Ley Hipotecaria del artículo 19 bis, este Centro Directivo había declarado que la inscripción parcial de un documento tenía como presupuesto que el pacto o estipulación rechazados no afectarían a la esencialidad del contrato. Se afirmaba que, teniendo en cuenta que en el Registro de la Propiedad español no se inscriben abstractamente las titularidades reales inmobiliarias, sino el completo hecho, acto o negocio que las causa, cualquiera que sea su clase, no puede desconocerse la unidad negocial tal y como aparece configurada por las partes en su acuerdo transaccional, de modo que si han querido establecer como contraprestación del reconocimiento del dominio un derecho de opción de compra no podrá inscribirse aquel y denegar el acceso registral a la opción de compra, por cuanto que ello implicaría la alteración del equilibrio resultante del acuerdo, atribuyendo a este efectos distintos de los requeridos por los interesados.

Así dispone el artículo 19.1 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, excepto cuando la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón de interés general o en beneficio de tercero. Añade al apartado siguiente que si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo fuera conforme con lo anteriormente previsto, será homologado por el tribunal que esté conociendo el litigio al que se pretenda poner fin. En este caso el Auto que homologa el acuerdo entre las partes señala

que «de lo elementos obrantes en los autos, no se desprende que el acuerdo adoptado por las partes esté prohibido por la ley, ni desconozca ninguna de las limitaciones a las que hace referencia el precepto antes citado, por lo que procede la homologación de la transacción declarando finalizado el proceso» en los términos expuestos en los antecedentes de esta resolución y que hacían referencia, entre otros extremos, al reconocimiento del dominio sobre la finca cuestionada y la concesión de un derecho de opción sobre la misma. Por todo ello cabe concluir que la inscripción del testimonio del Auto que homologaba el acuerdo entre las partes fue practicada correctamente por el Registrador. Además también esta Dirección General ha afirmado reiteradamente que la sola presentación del documento en el Registro implica la petición de los asientos que correspondan (vid Resoluciones citadas en los «Vistos»).

3. Inscrita correctamente la opción de compra, la segunda cuestión que se plantea es la posibilidad de su cancelación a instancia del titular del dominio de la finca por haber transcurrido el plazo establecido para su ejercicio. Esta cuestión ha sido reiteradamente resuelta por este Centro Directivo (vid Resoluciones citadas en los «Vistos») en el sentido de que si bien el transcurso del plazo fijado para el ejercicio de la opción (en este caso 20 días hábiles) supone la extinción del derecho, esto no implica que pueda ser cancelado el asiento si no es con la conformidad del interesado, en este caso el optante, o la pertinente resolución judicial que así lo ordene (cfr artículo 40 de la Ley Hipotecaria), pues dentro de los medios con que cuenta el Registrador a la hora de calificar, no se encuentra el de apreciar un hecho negativo, como es la falta de ejercicio extrarregistral de un derecho durante su plazo de vigencia. En definitiva, el plazo de 20 días establecido es el máximo durante el cual el optante puede ejercitar su derecho con eficacia,

que es plazo de caducidad, pero no está fijando una duración predeterminada al asiento que lo publica. Este tiene una vigencia indefinida, de suerte que el ejercicio tempestivo de la opción puede hacerse constar en el Registro en cualquier momento, aun transcurrido este plazo convencional fijado para su ejercicio. En consecuencia, el mero transcurso del plazo previsto para ejercitar la opción no permite por sí solo cancelar el asiento en que consta. Únicamente en el caso en que exista pacto de caducidad de la opción y tal pacto esté redactado con indudable claridad (lo que no sucede en el caso ahora planteado) será posible la cancelación registral llegado el término.

4. La última cuestión que se plantea es si es posible cancelar el asiento de presentación de una hipoteca que afecta a la opción concedida, petición que se hace también por el recurrente. Tal posibilidad es forzosamente negativa. Con independencia de cual sea la garantía del crédito concedido, la finca de procedencia, el derecho de opción de compra o el pleno dominio de la finca una vez ejercitado el derecho, es evidente que en todos los casos afecta a un derecho inscrito en el Registro, de suerte, que únicamente decaerá dicho asiento de presentación en el supuesto de que aquel derecho sea cancelado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 18 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Sanelec Electricidad, SL», contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Madrid, a inscribir una escritura de aumento del capital social de la citada entidad. («BOE» núm. 32 de 7 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por don M. A. S. H., en nombre y representación de la sociedad «Sanelec Electricidad, S.L.», contra la negativa de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles IV de Madrid, doña Eloísa Bermejo Zofío, a inscribir una escritura de aumento del capital social de la citada entidad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 26 de marzo de 2009 por la Notaria de Madrid, doña Aurora Ruiz Alonso, se elevó a público el acuerdo adoptado por unanimidad en la Junta General Universal de la sociedad «Sanelec Electricidad, S.L.», de fecha 18 de marzo de 2009 consistente en «ampliar el capital social de la Compañía en la suma de trescientos sesenta y un mil doscientos sesenta y ocho euros con ocho céntimos de euro (361.268,08 €), mediante la creación de 6.011 nuevas participaciones sociales, números 61 a 6.071, ambas inclusive, de 60,10116 euros de valor nominal cada una de ellas (...)». El contravalor del aumento está constituido en parte por nuevas aportaciones dinerarias (209.933,36 €) y en parte por reservas voluntarias preexistentes en la contabilidad social (151.334,72 €).

A la escritura citada se incorporó un balance cerrado a 30 de septiembre de

2008 y aprobado por la Junta General Universal de la sociedad en el que se reflejaba la existencia de reservas voluntarias por importe de ciento cincuenta y tres mil setecientos ochenta y nueve euros con treinta y cuatro céntimos (153.789,34 €), unas pérdidas de ejercicios anteriores de 93.836,72 euros y del ejercicio corriente de 167.090,74 euros, así como que el patrimonio neto de la entidad era negativo en la cuantía de ciento dos mil ochocientos diez euros con ochenta y cuatro céntimos (-102.810,84 €).

II

El día 6 de abril de 2009 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura y objeto de la siguiente calificación negativa:

«El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica: Entidad: “Sanelec Electricidad SL”

Defecto subsanable:

Al existir pérdidas en el balance no es posible ampliar el capital sino por la diferencia entre las reservas y aquéllas (arts. 74 LSL, 199 RRM y Res. 24-9-99, 18-10-2002 y 9-4-05).

Sin perjuicio (...). Madrid, 23 de abril de 2009. La Registradora (Firma ilegible; existe un sello con nombre y apellidos de la Registradora).»

III

Dicha calificación negativa fue notificada a la Notaria autorizante de la escritura el 27 de abril de 2009 y al presen-

tante el 4 de mayo de 2009. Con fecha de 3 de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro Mercantil IV de Madrid un escrito suscrito por don M. A. S. H., en su condición de administrador solidario de «Sanelec Electricidad, S.L.», interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito, en esencia, invocaba la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 y sostenía que, en la doctrina de este Centro Directivo, la existencia de pérdidas sólo se había considerado obstáculo para proceder a un aumento del capital con cargo a reservas en el caso de sociedades anónimas, no así de sociedades de responsabilidad limitada.

IV

Mediante escrito con fecha de 29 de junio de 2009 la Registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 7 de julio de 2009. En dicho informe consta que el día 9 de junio de 2009, se dio traslado del escrito de recurso a la Notario autorizante, quien, con fecha de 24 de junio de 2009, manifestó por correo no tener nada que alegar o añadir al recurso interpuesto por la representación de «Sanelec Electricidad, S.L.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 19, 20, 73, 74 y 84 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 213 de la Ley de Sociedades Anónimas; 199 del Reglamento del Registro Mercantil; las partes Tercera y Cuarta del Plan General de Contabilidad aprobado por el Decreto 1514/2007; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990; y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de septiembre de 1999, de 18

octubre de 2002 y de 9 de abril de 2005.

1. Se plantea en el presente recurso si es o no inscribible un acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada en 361.268,08 euros, realizado en parte (151.334,72 euros) con cargo a reservas, sobre la base de un balance que refleja tanto la existencia de reservas por la cantidad de 154.510,55 euros (de las cuales 721,21 euros constituyen reservas legales y estatutarias), como resultados negativos del ejercicio social en curso y de ejercicios anteriores, por lo que figura un patrimonio neto negativo en la cuantía de 102.810,84 euros.

La Registradora suspende la inscripción de dicho acuerdo porque, a su juicio, «Al existir pérdidas en el balance no es posible ampliar el capital sino por la diferencia entre las reservas y aquéllas (arts. 74 LSL, 199 RRM y Res. 24-9-99, 18-10-2002 y 9-4-05)».

2. En aras del principio de realidad del capital social, no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. A tal efecto, el legislador establece determinadas cautelas (aparte la proclamación expresa de tal proscripción en el artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital —que aun cuando no estaba vigente en el momento de la calificación impugnada, es trasunto del artículo 47 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas—), como es la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones, como requisito previo a la inscripción (cfr., entre otros, los artículos 19 y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada entonces vigente -artículos 62 y 63 de la Ley de Sociedades de Capital-). Esta exigencia, en la hipótesis de ampliación del capital con cargo a reservas, se traduce en la necesidad de adecuada justificación de la efectiva exis-

tencia de esos fondos en el patrimonio social y su disponibilidad para transformarse en capital, justificación que según el legislador deberá consistir en un balance debidamente aprobado por la Junta General con una determinada antelación máxima (artículos 73 y 74.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Resulta por tanto necesario acreditar que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad al menos igual al importe de la ampliación, es decir, la existencia de un efectivo contravalor patrimonial no desvirtuado por otras partidas del activo o del pasivo del balance.

El aumento de capital con cargo a reservas es una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable, en cuanto implica una transferencia de fondos de una cuenta a otra del pasivo del balance, por lo que como tal no supone alteración patrimonial cuantitativa alguna dado que los recursos propios —suma de capital social y reservas— seguirán siendo los mismos; y otro tanto cabe decir del patrimonio social. Lo que sí supone es una modificación cualitativa de dicho patrimonio, pues los fondos así transferidos pasan del régimen de disponibilidad de que gozaban como reservas a la indisponibilidad a que quedan sujetos como capital. Por tanto, un requisito esencial para la capitalización de las reservas o beneficios no es sólo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas.

Por disponibilidad de las reservas ha de entenderse, por tanto, la libertad para aplicarlas a cualquier fin, entre ellos el de reparto entre los socios. Y esa aplicación de las reservas tan sólo es posible en tanto

no existan pérdidas que hayan de enjuzarse previamente.

El artículo 213 de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable en el presente supuesto por remisión del artículo 84 de la actualmente derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —cfr., en el mismo sentido, el artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital—) limita la libertad de la Junta General a la hora de aplicar los resultados, en primer lugar el positivo del ejercicio corriente, pero también el reparto de las reservas de libre disposición en tanto el valor del patrimonio neto contable no siga siendo tras el reparto superior al capital social. Es más, resulta de la lógica del sistema que también debería incluirse junto al capital la reserva legal en el porcentaje legalmente exigido a la hora de computar el posible excedente de patrimonio neto que quede de libre disposición. En definitiva, la libre disponibilidad de las reservas viene limitada por la función que están llamadas a desempeñar: la cobertura de pérdidas contabilizadas. Y si no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos por el artículo 74.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para su capitalización.

A pesar de que en nuestra Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no exista un precepto como, por ejemplo, el parágrafo 208.2 de la «Aktiengesetz» alemana, que proscriba expresamente el aumento del capital con cargo a reservas si en el balance figuran pérdidas, es indudable que lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirva de base a la ampliación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible, según dicho balance —por más que, como ocurre en el presente supuesto, sea el cerrado antes del final del ejercicio—, aunque las vicisitudes económicas de la sociedad, poste-

riores a aquél, puedan determinar luego la eliminación de esas pérdidas.

Por cuanto antecede, debe mantenerse el criterio de la Registradora, según la doctrina sentada por este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en la calificación impugnada, la última de las cuales —de 9 de abril de 2005— se refiere también al aumento del capital social con cargo a reservas de una sociedad de responsabilidad limitada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de diciembre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Manchester Building Society» contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Vera, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca. («BOE»núm. 38 de 14 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por «Manchester Building Society» contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Vera, don José Luis Lacruz Bescós, por la que se deniega la inscrip-

ción de una escritura de constitución de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Mojácar don Diego Ortega Leyva, el día 22 de enero de 2009, los cónyuges don T.K. y doña M.K. constituyeron hipoteca a favor de la entidad «Manchester Building Society».

II

Presentada copia autorizada de dicha acta en el Registro de la Propiedad de Vera, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, procedo a notificarle la siguiente: calificación negativa del documento presentado el día 30 de diciembre de 2009, en el Registro de la Propiedad de Vera, bajo el asiento 690 del Diario 158. Hechos. Uno. El expresado día ha sido presentada copia de la escritura autorizada por el Notario de Mojácar, don Diego Ortega Leyva, el día 22 de enero de dos mil nueve, protocolo número 82 y denominada de hipoteca inversa por la entidad Manchester Building Society y los cónyuges casados en régimen legal británico de separación de bienes don T. I. y doña M. I. Dos. En la configuración del contrato de crédito en cuenta corriente se excluye la posibilidad de que los acreditados puedan realizar disposiciones periódicas o cargos en la cuenta. A la vista de estos hechos, el Registrador ha resultado calificar negativamente y suspender la inscripción por el siguiente defecto subsanable: Falta incluir en la regulación del crédito el pacto de que los acreditados puedan disponer de la cuenta pues en la estipulación Segunda se establece que se cargaran determinados conceptos, y que el crédito se dispondrá mediante los

cargos de 4.540,80 euros y 46.999,20 euros, "sin que puedan efectuarse otras disposiciones del crédito o del saldo que, en su caso, pudiera presentar la cuenta a favor del acreditado", de donde resulta que esos conceptos son las únicas disposiciones de la cuenta que pueden realizarse, cuando el contrato de crédito en cuenta corriente, como se denomina en la estipulación primera y en la vigésima, punto uno, exige como elemento esencial que el deudor pueda libremente realizar disposiciones o cargos en la cuenta hasta el límite convenido. Con la configuración que se le da en la escritura el contrato no es de apertura de crédito en cuenta corriente, contrato que no existe al faltar su causa que es, precisamente, la concesión de crédito a la parte acreditada. Una vez subsanado el defecto no se inscribirán los siguientes extremos: -El apartado 13.1 de la estipulación decimotercera por haberse acordado expresamente por las partes su naturaleza obligacional. -El apartado 13.2 (iv) de dicha estipulación en su inciso primero en cuanto a lo siguiente: "se denegara o suspendiera la inscripción de esta Escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente respecto de la finca hipotecada por las causas imputables a la parte acreditada o hipotecante" por inoperante pues la inscripción ya se habrá producido, por lo que carece de trascendencia real. -El apartado 14.6 de la estipulación decimocuarta por nota tener trascendencia para el contrato ni para la hipoteca. -La estipulación decimosexta y decimoséptima y el apartado 21 2 de la estipulación vigésimo primera, por innecesarias ya que sus efectos se producen aunque no se hubieran pactado. -La expresión "o que se establezcan en el futuro" en la estipulación vigésimo segunda por no salvar el límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, en cuanto al tercer adquirente. -El apartado 24.2 de la estipulación vigésimo cuarta por inoperante e innecesaria al no tratarse de obligación cuyo pago deba hacerse en plazos dife-

rentes, ya que su pago se hace al vencimiento final conforme a lo pactado. II Fundamentos de Derecho. -Artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que obliga al registrador a calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro. -Artículos 9, 12 de la Ley Hipotecaria y 51.6.^a de su Reglamento en cuanto a la exclusión de estipulaciones de carácter puramente obligacional o carentes de trascendencia real. -Artículo 112 de la Ley Hipotecaria. -Artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se aplica a los casos en que se haya pactados pagos en plazos periódicos. En este caso, el pago del capital es único y los intereses no se deben pagar sino que se cargan en la cuenta. -Artículos 1.261, apartado 3.^o y 1.275 del Código Civil. -Disposición Adicional Primera la Ley 4/2007. Doctrina resultante de la STS de 11 de junio de 1999 y Resoluciones de la Dirección General de Los Registros y del Notariado de 23 de agosto de 1987 y 18 de junio de 2001. -Sentencia de 11 de junio de 1999 declara que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente se define por la doctrina; como "contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente". -Resolución de la Dirección General de Los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2.001, declara que "la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia por la que el Banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente-acreditado y a medida e sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras presta-

ciones que el permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura de crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, sino que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas; el concedente por cuanto si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente". En este caso, se permiten a la parte acreditada sólo dos disposiciones por los importes antes relacionados, aparte del adeudo de intereses, comisiones, impuestos y gastos, y en la estipulación segunda se pacta que el crédito se dispondrá "con el límite máximo señalado en la estipulación primera, sin que puedan efectuarse otras disposiciones..." mediante aquellas únicas dos disposiciones, de lo que resulta una contradicción, pues si el límite máximo a las disposiciones es el de 154.620 euros parece que se podría disponer hasta ese límite, mientras que a continuación permite la disposición únicamente de 51.540 euros, por lo que al excluirse la disponibilidad hasta el límite del crédito impidiendo que la parte acreditada pueda obtener más fondos, el contrato de crédito quede sin causa, pues si se abre un crédito hasta un límite su función es la posibilidad de disposición de los deudores hasta su límite. -La Resolución de la Dirección General de Los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987 declaró que en el caso que contemplaba, no se trata de una

hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, "dado que en la misma escritura se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan, por ningún concepto, librar órdenes contra dicha cuenta, ni disponer de ella". En este caso, después de la antedicha disposición inicial, se niega a los acreditados la facultad de disposición del saldo. Téngase en cuenta, además, que en la estipulación quinta se prevé la posibilidad de amortización parcial anticipada con lo que se podrá producir el absurdo de que se disminuyera la cantidad adeudada sin poderse efectuar nuevas disposiciones. Todo ello, por otra parte, contradice la finalidad esencia de la hipoteca inversa que es el disfrute por personas de avanzada edad o en estado de dependencia, de dinero mediante un préstamo o un crédito concedidos en atención al valor del inmueble, que, en este caso, según certificado de tasación, es de 171.800 euros. Según Sánchez Calero (Instituciones de Derecho Mercantil, 1994), "para diferenciar el contrato de apertura de crédito y el de préstamo, debemos prestar atención al hecho de que la apertura de crédito se caracteriza por la creación de una disponibilidad, a favor del acreditado, pero ello no equivale a la disponibilidad propia los depósitos de efectivo, sino que debe ser entendida como la facultad otorgada al cliente de tener acceso libre al patrimonio de la entidad acreditante, para que –dentro de los límites pactados– dicha entidad efectúe prestaciones crediticias. En este caso debe entenderse que el límite es de 154.620 euros establecido en las estipulaciones 1.^a referida al Importe del crédito y en la vigésimo primera de determinación de la responsabilidad hipotecaria. C) Acuerdo de calificación negativa: El Registrador de la Propiedad de Vera, ha resuelto no inscribir el precedente documento por el defecto subsanable indicado. No es posible acceder a lo solicitado en la estipulación trigésimo primera, apartado 31.2 –anotación preventiva– por no poderse determinar con exactitud las cantidades garantizadas, dada la contradicción expuesta en la nota de calificación, entre la cuantía

límite de la cuenta y el límite de las facultades de disposición lo que impide expresar con claridad en la anotación las circunstancias del negocio garantizado. Conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, quedara prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente (...). Vera a dieciséis de enero de dos mil diez. El Registrador (Firma ilegible y sello con nombre y apellidos del Registrador), Fdo: José Luis Lacruz Bescós.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. J. P. V. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 8 de febrero de 2010, en base entre otros a los siguientes argumentos: 1) El negocio es una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente. 2) Aun cuando el acreditado no es mayor de 65 años y por ello no sean aplicables los beneficios fiscales correspondientes a la hipoteca inversa, nada obsta para la configuración jurídica del negocio como hipoteca inversa conforme a la disposición adicional primera punto 10 de la Ley 41/2007. 3) La entidad acreedora es una de las previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo; 4) Las cláusulas carentes de trascendencia real deben transcribirse conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria según la interpretación que del mismo ha venido realizando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV

El Registrador emitió informe el día 22 de marzo de 2010 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348, 647, 1172, 1255, 1256, 1753, 1857 y 1911 del Código Civil; 317 del Código de Comercio; el Preámbulo, el artículo 2 apartado 3, el artículo 11 y la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de diciembre); los artículos 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 33, 37, 82, 104, 112, 114, 130, 142, 153, 153 bis, 258.2 y 326 de la Ley Hipotecaria; artículos 7, 9, 51 y 220 del Reglamento Hipotecario; los artículos 517, 551, 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su vigente redacción; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; artículos 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto-Legislativo 1/2007–, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), las Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de julio de 1928, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 4 de julio de 1984, 27 de enero de 1986, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987, 8 de octubre de 1991, 24 de abril de 1992, 4 de marzo y 8 de noviembre de 1993, 19 de enero, 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 18, 20 y 21 de marzo y 16 de julio de 1996, 22 de

abril de 1997, 15 de julio de 1998, 11 de febrero y 24 de agosto de 1998, 28 de abril y 27 de julio de 1999, 3 de abril, 27 de septiembre y 3, 6 y 18 de noviembre de 2000, 7 de junio de 2001, 2 y 3 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero, 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo, 5, 6, 14, 16, 19 y 20 de mayo y 24 de julio de 2008, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa. Se deniega la inscripción porque el Registrador considera que no nos encontramos ante una verdadera relación de cuenta corriente, pues no existe la obligación de mantener la disponibilidad.

2. Antes de entrar a resolver sobre los referidos extremos, debe señalarse que la calificación registral impugnada se ha emitido vigente la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. 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 marzo, 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».

El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas únicamente pueden ser resueltas tras recordar los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma y después de realizar un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula, al igual que el precepto mencionado, otros aspectos del mercado hipotecario.

A la luz de estos presupuestos, que serán desarrollados a continuación, es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

3. Como expresa el Preámbulo de la citada Ley modificativa (Apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria constituye una medida

que, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «... por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Pues bien, esta finalidad de la Ley, que se plasma en el tenor literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, no se alcanzaría si dicho precepto se interpretase en el sentido de que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debieran ser objeto de calificación registral conforme a las reglas generales. Para el legislador tal interpretación supondría el mantenimiento de la diversidad de calificaciones registrales y, con ello, la falta de uniformidad de los asientos de inscripción de hipoteca, lo que en la práctica implicaría la frustración de los objetivos perseguidos con la reforma, centrados en la necesidad de dotar de homogeneidad a los contratos destinados a la contratación en masa utilizados en el mercado hipotecario, con el objetivo de impulsar y fomentar el mercado hipotecario. El legislador ha considerado que de forma excepcional y con base en razones de política legislativa que así lo justifican, resulta necesario delimitar la función calificadora en relación con ciertos aspectos del negocio, a fin de facilitar el acceso al Registro de los productos financieros. Se trata, en consecuencia, de una limitación al juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que responde a un intento de adaptación a las necesidades concretas del mercado hipotecario en el momento de su promulgación, con el objetivo de favorecer la contratación en masa.

Sin embargo, asumido lo anterior, lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que

se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 41/2007 deben ser ponderados con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado. En el artículo 18.1 de dicha Ley se reafirma el control de legalidad de Notarios y Registradores al señalar que «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 o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y la

reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo).

En la misma línea, se acaba de manifestar recientemente la Corte Comunitaria en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del con-

sumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase «ipso iure», sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Es cierto que se han levantado voces en defensa de la supuesta inoponibilidad de este tipo de cláusulas pero una interpretación en este sentido, no sólo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros, sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Recuérdese que dicho precepto establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». En consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

De hecho, con la lectura de los trabajos parlamentarios se advierte sin esfuerzo la estrechísima relación existente entre el mencionado precepto y el ar-

título 12 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de que la redacción de ambos evolucionaba en paralelo. Ello evidencia de forma incontestable que el legislador, al señalar en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria que la ejecución directa de los bienes hipotecados deberá realizarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título y que se hayan incorporado al asiento respectivo, sin hacer exclusión de ninguno de estos extremos y con independencia de su naturaleza, era plenamente consciente de la inclusión en el mencionado precepto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a las que se refiere el artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Tal y como ha sido configurado por el legislador tras la última reforma, el artículo 12 constituye una concreción de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sin que el contenido del inciso final del artículo 51 6ª del mencionado Reglamento suponga obstáculo alguno a esta interpretación, desde el momento en que debe considerarse, en su concreto ámbito de aplicación y en cuanto sea incompatible, tácitamente derogado por la Ley 41/2007.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión.

De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le re-

portara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. Como señala el Preámbulo de la propia Ley 41/2007 (Ap. VII), «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos». Téngase en cuenta además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación (...) no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario» (principio de efectividad) (véanse, al respecto las senten-

cias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-168/2005, C-78/98, C-392/04, C-422/04 y C-40/08). No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en el ámbito de los contratos de consumo –ámbito calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)–, unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia.

A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas. Resulta evidente que la intervención simultánea de Notarios y Registradores, en el caso de estos últimos, en los términos antes apuntados, constituye un serio desincentivo a la solicitud de tales medidas y, claro está, un evidente obstáculo a su concesión.

4. Pasando ya a analizar las cuestiones materiales o de fondo planteadas en el recurso, han de realizarse primeramente dos precisiones a la vista de la regulación que se contiene en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

En primer lugar, por lo que resulta del propio título (en este punto no cuestionado por el Registrador en su calificación) y como afirma el recurrente en su escrito, la entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, estando acreditada ante el Banco de España, en tanto que inscrita en el Registro Oficial de Entidades desde el 22 de enero de 2008, por lo que la entidad acreedora cuyo derecho se garantiza con la hipoteca inversa constituida cumple el requisito establecido por el apartado 2 de la citada disposición adicional primera de la Ley 41/2007, conforme al cual las hipotecas inversas previstas en la misma «sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España», circunstancia ésta de la que se derivan una serie de consecuencias, y no sólo las previstas en la citada disposición adicional, sino también las resultantes del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, con la interpretación y las precisiones antes apuntadas.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que aunque el Ministerio de Economía no haya dictado aún las normas de desarrollo previstas en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional primera de la citada Ley 41/2007, tales normas de desarrollo no son imprescindibles para que el nuevo producto –hipoteca inversa– pueda desplegar sus efectos, ya que como señalara la Resolución de 26 de octubre de 1973, a propósito de una figura carente de una completa regulación legal (hipoteca cambiaria), «no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y

Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal...». Y es que en los supuestos de remisión normativa hecha por una Ley mediante un reenvío a una normativa reglamentaria ulterior a favor de la Administración, fuera de los supuestos de delegación legislativa o remisión recepticia (caso de las Leyes de Bases a que se refiere el artículo 82 de la Constitución Española), la Ley remitente tiene fuerza normativa directa y propia, de forma que del desarrollo de la remisión legal al Reglamento surge una norma estrictamente reglamentaria, y por ello subordinada a la propia Ley de remisión, sin que la «vis obligandi» de ésta quede condicionada a la previa producción de la norma reglamentaria, salvo que así lo hubiere previsto expresamente aquella Ley o resulte imprescindible por razón de su contenido. Por ello, a diferencia de las Leyes de Bases que no tienen fuerza normativa directa y propia, en los casos de delegación no recepticia la Ley delegante remite al Reglamento para completar con mayor o menor extensión su propia regulación, pero sin impedir la entrada en vigor y aplicabilidad de sus mandatos normativos, pues la actuación reglamentaria debe producirse «en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad» (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 14 de octubre de 1995, entre otras muchas). Esta relación de subordinación la ha confirmado el Tribunal Constitucional afirmando que no se excluye «que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 23

de julio, fundamento jurídico 4, confirmado, por todos, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre). Por ello, como ha destacado también nuestra jurisprudencia, las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la misma Ley (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967 y 6 de julio de 1972).

Lo señalado supone en el presente caso que las previsiones que contiene la Ley 41/2007, de 7 de diciembre en su disposición adicional primera, sobre regulación de la hipoteca inversa, entraron en vigor, con el resto de la Ley, el día siguiente a la su publicación en el Boletín Oficial del Estado (cfr. disposición final décima), sin que la misma se haya de entender postergada al momento en que el Ministerio de Economía y Hacienda proceda a dictar las normas reglamentarias sobre transparencia y protección de clientela previstas en los apartados 3 y 4 de la citada disposición adicional primera, conforme a la habilitación normativa contenida en la misma.

5. Entrando en el fondo de la cuestión, entiende el Registrador que se infringen las normas propias de la hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente. Frente a tal apreciación, argumenta el recurrente que sí estamos ante una hipoteca inversa en su modalidad de cuenta corriente y que en la calificación se confunde «límite de responsabilidad» con «límite de crédito», toda vez que, en el supuesto que motiva el recurso, la totalidad del crédito disponible ya habría sido dispuesto tras el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral, devengando desde entonces intereses hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria.

Varias son las razones que impiden confirmar la calificación recurrida en este

extremo. En primer lugar, porque se incurre en la confusión de extender el régimen jurídico del préstamo mutuo a lo que es en realidad una hipoteca inversa en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, siendo así que es esta figura contractual, acompañada de la constitución del gravamen hipotecario, y no aquella la que se ha convenido entre los contratantes en el presente caso. Ambas modalidades contractuales pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida disposición adicional primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Pero debiendo diferenciarse los conceptos y regímenes jurídicos de ambos contratos. La distinción es clara y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 7 de abril de 2004).

Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente –acreditado– y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que

le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente –como sucede en el presente caso–, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, ya que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas. De este modo el concedente, si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de la que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolución de 18 de junio de 2001). Se trata de un contrato que, aunque aludido en el número 7 del artículo 175 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento Jurídico, hasta que lo reconocieron expresamente las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de esta Dirección General de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que, como aclara la Sentencia de la misma Sala y Tribunal de 11 de junio de 1999 se trata de un «contrato de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario» (vid. en el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1976 y de 27 de junio de 1989).

Tratándose en el presente supuesto de un crédito en cuenta corriente, en los términos en que acaba de ser definida esta figura, no es correcto afirmar que la naturaleza de la operación es la de un préstamo y aplicar su régimen jurídico ni la doctrina de esta Dirección General para supuestos de préstamos hipotecarios. No existe contradicción con el régimen jurídico de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, pues existe disponibilidad a favor del deudor, lo que ocurre es que se ha agotado, en virtud de la disponibilidad inicial, la totalidad del límite disponible por razón de capital, siendo el resto hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte del saldo garantizado correspondiente a las partidas de cargo de los intereses, comisiones y demás gastos garantizados.

6. En segundo lugar, por el Registrador se advierte que no se procederá a inscribir determinadas cláusulas que carecen de trascendencia real o de efecto. Ninguna de ellas se puede calificar de cláusula financiera, por lo que no procede aplicar la interpretación anteriormente referida del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la nueva redacción dada por Ley 41/2007.

La primera de ellas (13.1), relativa a las obligaciones del deudor para el caso de concurrencia de causas de vencimiento anticipado, no es propiamente una cláusula financiera, y ha sido calificada expresamente por las partes como de naturaleza obligacional, por lo que no procederá llevar a cabo su inscripción.

La segunda, relativa al vencimiento por falta de inscripción de la hipoteca (13.2 iv) y la tercera, relativa a pactos sobre la posibilidad de grabaciones telefónicas (14.6), tampoco son inscribibles por carecer de trascendencia real, la primera porque una vez inscrita devendrá intrascendente y la segunda por su alcance puramente obligacional, conforme

a los artículos 9, 12 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento.

7. El Registrador advierte la no inscripción de determinadas cláusulas –que no son financieras– por innecesarias, dado que producirán los mismos efectos que los previstos por Ley, en particular la cláusula 24.2 relativa al vencimiento anticipado, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, no puede compartir este Centro Directivo el criterio de que el pacto relativo al vencimiento anticipado según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sea intrascendente, pues precisamente el precepto determina que sólo «podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro». Por lo que en absoluto puede considerarse innecesaria la inscripción, sino más bien todo lo contrario, pues sin dicho pacto inscrito en el Registro no cabrá vencimiento anticipado.

8. Finalmente se rechaza por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones (estipulación 22) por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalidades convencionales en este ámbito. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 19 de enero de 1996, vulneran el artículo 112 de la Ley Hipotecaria los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquier que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que éstas

son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones sólo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente, confirmando también en parte la nota de calificación, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 11 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Manchester Building Society», contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estepona n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca. («BOE»núm. 38 de 14 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por doña M. P. L. P., Abogada, en nombre y representación de la entidad «Manchester Building Society», contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Estepona número 2, don Javier de Angulo Rodríguez, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Estepona, don José María García Urbano, el día 19 de diciembre de 2008, doña S. M. C. constituyó hipoteca a favor de la entidad «Manchester Building Society».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Estepona número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por don Javier de Anulo Rodríguez, Registrador de la Propiedad número dos del Distrito Hipotecario de Estepona, provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 1954 del presente año, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos I.-El documento objeto de la presente calificación, autorizado por don José María García Urbano - Notario de Estepona, el día 19 de diciembre de 2008, con número 4736/2008 de Protocolo, fue presentado por “Gestoría Administrativa Calve”, a las 10:38 horas del día 3 de enero de 2009, según el asiento número 441 del Diario 46, y retirado el 8 de enero de dos mil nueve y vuelto a presentar el 15 de enero del mismo año. Fue calificado negativamente el 30 de enero de 2009. Caducado este asiento, fue nuevamente presentado el 21 de abril de 2009, según el asiento 1589 del Diario 46, el cual caducó igualmente. Y finalmente ha sido presentado de nuevo a las 10:21 horas de 15 de junio de 2009, según el asiento 355 del Diario 47, pro-

cediéndose a calificar nuevamente su contenido, lo que se hace por la presente nota en términos sustancialmente iguales a los correspondientes a las anteriores presentaciones del mismo documento, si bien para una mejor comprensión de las causas impeditivas de la inscripción que se pretende, se amplían los argumentos, no los motivos, expuestos en su momento. II.-En dicho documento se contienen una serie de estipulaciones y circunstancias, que a continuación se reseñan, y que han sido objeto de calificación desfavorable: II.-Se constituye una hipoteca inversa a favor de la entidad Manchester Building Society, domiciliada en Inglaterra (Reino Unido) y constituida conforme a las leyes de dicho país. III.-Del documento modificado resultan los siguientes extremos: 1.-Según el apartado IV de la Exposición “las partes convienen en otorgar la presente escritura de hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre”. 2.-Aunque según la Estipulación Primera la acreditante concede al acreditado un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 219.640,21 €, de la Estipulación Segunda resulta que el acreditado sólo ha podido disponer de 39.424,31 € en concepto de Comisión de Apertura, y podría disponer de 31.347,69 € una vez hubiere sido inscrita la hipoteca en el Registro, de manera que, en cuanto al resto del principal se trataría de un crédito indisponible (“sin que puedan efectuarse otras disposiciones del crédito o del saldo que, en su caso, pudiera presentar la cuenta a favor del acreditado”). 3.-En diversas Estipulaciones de la escritura se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla, arrendarla e incluso dejar de destinarla a vivienda habitual (Estipulaciones décima puntos 1, 2, y 4, undécima puntos 2, 6 y 11, decimotercera apartado 2, puntos 6, 7, 9, 11 y 12, Vigésima apartados 4 y 5.1...). 4.-Según el expositivo II de la escritura, la

oferta del acreditante, que se incluye re-dactada en inglés en la propia escritura como anexo I, se considera parte integrante de la escritura a todos los efectos. 5.–En la Estipulación decimonovena se incluyen diversos aspectos relativos al tratamiento de datos personales, incluyendo el tratamiento automatizado, la realización de perfiles de evaluación para la toma de decisiones, y autorizaciones de cesión, incluso con carácter transfronterizo. 6.–En diversas Estipulaciones de la escritura está prevista la inclusión dentro del principal de la deuda de comisiones, gastos, impuestos, seguros... de toda índole (Estipulaciones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décimoprimera, décimosegunda, décimotercera, décimoquinta...), sin que dichas cantidades hayan sido objeto de contemplación, mediante la correspondiente garantía especial y separada, en la Estipulación vigésimoprimera, de constitución de hipoteca. 7.–En la Estipulación trigésima, apartados 2 y 4, se concede por el deudor al acreedor un poder irrevocable. A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I.– Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.–En relación con la imposibilidad de disponer de los fondos que resulta de lo indicado en el Hecho III.2 anterior, a pesar de que pueda resultar admisible en la legislación inglesa, debe analizarse conforme al derecho español, en el que, aunque las partes pretendan constituir una “hipoteca inversa”, y se precise la garantía de unos intereses que hasta el vencimiento resulta complejo cuantificar, no cabe articular la garantía de tales intereses mediante su in-

clusión en la cifra del principal de un crédito en cuenta corriente, pues dicho principal, por su propia naturaleza –la de un préstamo–, precisa de la entrega o al menos de la posibilidad de disposición, sin que puedan tampoco confundirse y ser tratados conjuntamente los conceptos y cantidades correspondientes al principal de la deuda y a los intereses que genere dicho principal. La apertura de crédito en cuenta corriente o cuenta de crédito es aquel “contrato de carácter consensual y bilateral”, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 (RJ–marginal Aranzadi–1989/4787), “por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente”, “no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario” (vid, en igual sentido, la sentencia de 1 de marzo de 1969 (RJ 1969/1137) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933/88) y 16 de junio de 1936 (RJ 1936/1544). En este mismo sentido, dice la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2001 (RJ 2002/7716), “frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el Banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente -acreditado- y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso,

comisiones convenidas". Y, así, dice la Dirección, "se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, sino que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas: el concedente, por cuanto si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente". Por lo cual, dice la resolución, "si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culmina aquélla o se cierra la facultad de disponer se transforma en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces tan sólo recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación", concluye la Dirección, "necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada, conversión de la hipoteca que puede tener su reflejo registral conforme a los artículos 143 y 144 de la Ley Hipotecaria". Por lo que, no habiéndose convenido entre las partes, en nuestro caso, la disponibilidad de fondos propia de la cuenta de crédito, agotándose el crédito concedido en dos únicas disposiciones iniciales, por el importe total prestado, no puede entenderse organizada entre aquéllas la estructura negocial –jurispruden-

cial y doctrinalmente– típica de la cuenta de crédito. Surgiendo del contrato, por ello, la simple obligación de restitución a favor del acreedor, sin imponer al mismo, después de las dos únicas entregas iniciales, obligación alguna de puesta a disposición de cantidades en favor del deudor. Esto es, como ocurría en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), "no se trata, en el presente caso, de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, dado que, en la misma escritura se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan, por ningún concepto, librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de ella", No tratándose pues de una auténtica cuenta de crédito, desaparecen las posibilidades, propias de aquel tipo negocial, de integración en la cuenta –y, con ella, en la cobertura hipotecaria unitaria derivada del saldo de la misma, a su cierre– de los intereses devengados. Puesto que, al no existir facultad alguna de disposición de crédito por parte del deudor, este no puede ordenar el abono de los intereses devengados por el capital previamente utilizado con cargo a un crédito inexistente. O, lo que es igual, al no existir crédito concedido que pueda aplicarse a la satisfacción de los cargos, en concepto de intereses remuneratorios, moratorios, costas o gastos, derivados del crédito previamente dispuesto, la contabilización de todos ellos en una sola cuenta instrumental no puede ser consecuencia de una misma causa de pedir –la disposición del crédito–; sólo podrá ser el fruto de una voluntad expresa de integración, en el mecanismo de la cuenta, de los diversos créditos independientes, derivados de causas de pedir también distintas, que, con efectos novatorios o sin ellos, sea manifestada por las partes en el propio contrato celebrado. En efecto, como afirma la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1999 (RJ 1999/4379) –y,

de forma prácticamente idéntica, la de 13 de julio del mismo año (RJ 1999/4757)–, “la atipicidad del contrato de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad, de suerte que respetando el efecto básico del sistema de instrumentación adoptado, la refundición en una sola obligación, la constituida por el saldo resultante de la liquidación de la cuenta al tiempo y en la forma convenidos, de los débitos y cargos que en ella se asienten que quedan reducidos a simples partidas contables, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada, las particularidades pueden ser múltiples. Y del mismo modo”, continúa la Dirección, “que nada obsta a la fijación de plazos o instrumentos para la disponibilidad, al señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización, el establecimiento de liquidaciones periódicas, de reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible, etc., nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo de la misma o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarse para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía”. “Ahora bien, incluso en este último supuesto”, aclara la resolución, “aquel adeudo ha de estimarse que tan sólo es vinculante para el acreedor en la medida en que el saldo de disponibilidad de la cuenta lo permita, pues sólo hasta el límite fijado se obliga a conceder crédito y a asentar en la cuenta las partidas de cargo convenidas, con pérdida de su autonomía y exigibilidad aislada, pues tan sólo hasta ese límite será el contrato inicial de apertura del crédito el título del resultante de la liquidación de la cuenta, pero no así de los excedidos que por cualquier causa arroje aquélla. Tales ex-

cedidos”, dice la resolución, “habrán de tener su propia causa de pedir, que al no ser ya el título de apertura del crédito, será el que haya determinando su nacimiento. En este sentido”, concluye la Dirección, “ha de entenderse que el crédito resultante de los intereses devengados por el saldo de la cuenta tan sólo perderá su autonomía y su exigibilidad autónoma en la medida en que, por un lado, se haya convenido su adeudo en la propia cuenta y, por otro, quepa esa posibilidad sin exceder del límite del crédito concedido”. Lo que provoca dos efectos inmediatos: de una parte, dice el Centro Directivo, “la posibilidad de que esos intereses, ante la eventualidad de que no puedan ser adeudados en la cuenta, hayan de quedar necesariamente sin cobertura hipotecaria si así se conviene”; y, de otra, la necesidad de “justificar, llegado el caso de ejecución de ese crédito remuneratorio, el procedimiento para acreditar su existencia y cuantía”. Y, de este modo, respecto de los intereses –tanto ordinarios como de demora– que no quepan en la cuenta, “ninguna duda ha de ofrecer”, dice la Dirección, “la posibilidad de garantizar(los) de forma independiente”. Puesto que, “aparte de razonamiento anterior en cuanto a la primera de las causas de su devengo, los excedidos sobre el límite de la cuenta, los otros, los devengados a partir de su cierre y fijación del saldo exigible hasta el momento del pago, es evidente que constituyen una obligación nueva, no susceptible de integrarse ya en el saldo de la cuenta ni aun en el caso de que no se hubiera agotado su límite de disponibilidad”. Esto es, dice la segunda de las resoluciones citadas, “una vez liquidada la cuenta a su cierre y con relación al saldo que resulte exigible (los), intereses que a partir de entonces ya no pueden integrarse en ella como una de sus partidas aun cuando no se hubiera agotado el límite de disponibilidad (...), pasarán a constituir obligación independiente y, como tal, susceptible de garantizarse de forma autónoma con indepen-

dencia de la principal constituida por el saldo de liquidación que los devengue”. Afirmaciones que, aunque realizadas en relación con los intereses que excedan de la cobertura o límite de disponibilidad de la cuenta, son igualmente predicables, con idénticos argumentos, de los intereses que no pueden ser contabilizados en el mecanismo de aquélla, por la ausencia de auténtica apertura de crédito en cuenta corriente en las relaciones entre las partes, derivadas del contrato celebrado. Manteniendo cada uno de los créditos anotados en la cuenta su propia causa de pedir –al no ser su exigibilidad el fruto de la mecánica o aplicación de un crédito disponible, concedido en favor del deudor–, no puede eludirse la aplicación del régimen legal establecido para cada uno de dichos créditos, en función del origen, fuente o causa de pedir, correspondiente a cada uno de ellos; pues, en este caso, los créditos accesorios, por razón de intereses, comisiones, costas o gastos, no pueden satisfacerse con cargo o por disposición de un crédito en cuenta –que no se concede–, sino que son objeto de reclamación directa, por su propia exigibilidad en virtud del contrato, cualquiera que sea su forma de computación o acreditación, dentro o fuera del instrumento de la cuenta corriente. Así, en relación con los intereses, dice la Dirección General de los Registros y del Notariado –vid., entre otras muchas, las resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008/2086), 1 y 8 de febrero (RJ 2008/633 y 2008/ 639) y 15 y 19 de marzo (RJ 2008/807 y 2008/1483) de 2008–, “en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados”. “Así resulta claramente”, dice la resolución, “del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (vid. arts. 12 de la Ley Hipote-

caria y 220 del Reglamento Hipotecario)”, “y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el art. 114 de la Ley Hipotecaria, si bien esta última, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa (figura, como hemos dicho, de contornos semejantes a la que ahora enjuiciamos), la excepción prevista actualmente –aunque no en el momento de la calificación impugnada– en el apartado 6 de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre”. “Es decir”, concluye el Centro Directivo, “lo que no cabe es que la hipoteca asegure (en perjuicio de tercero), intereses por plazo superior a cinco años (fuera de la excepción legal previa expresamente para las hipotecas inversas), ni que pueda rebasarse ese límite englobando los intereses en el capital (Vid. Resoluciones de 19 de enero [1996/586] y 23 de febrero [R] 1996/1032], 8 [R] 1996/1852], 11 [R] 1996/1853], 13 [R] 1996/1929], 15 [R] 1996/1930], 20 [R] 1996/1932] y 21 de marzo de 1996 [R] 1996/1933] y 22 de abril de 1997 [R] 1997/3594], entre otras), cuestiones ambas que están relacionadas con la cláusula de constitución de la hipoteca”. Y, de esta forma, manteniendo cada uno de los créditos, por razón de capital e intereses, su propia autonomía, en virtud de su propia causa o fuente de creación respectiva, y hallándose sometido cada uno de ellos, por tanto, a su propio régimen legal –en función de dicha causa–, no pueden eludirse las limitaciones derivadas de dicho régimen, mediante una pretendida integración de los mismos en el instrumento de la cuenta corriente. Puesto que la novación de los distintos créditos asentados en la cuenta –la cual, por cierto, no ha sido convenida expresamente por las partes en el título calificado–, si bien determina la sustitución de cada una de las obligaciones integradas en la cuenta por el saldo resultante del cierre de la misma, no puede ser utilizada, en fraude de ley (vid., artículo

6, apartado 4, del Código civil), con el fin de burlar prohibiciones legales que tienen su fundamento en principios considerados esenciales en el tráfico inmobiliario; como ocurre con la limitación relativa al plazo máximo de reclamación de intereses, establecida por el artículo 114 de la Ley hipotecaria –según el cual “salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente”; sin que “en ningún caso”, concluye el precepto, pueda “pactarse que lo hipoteca asegure intereses por plazo superior o cinco años”. Por tanto, del artículo 12.1 de la Ley Hipotecaria resultaría, dado que en la presente hipoteca no se expresa una cifra máxima de responsabilidad en concepto de intereses, ni el número de años a que se extiende la garantía de los mismos, que sólo estuviesen garantizados los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente, pues para extender la cobertura a los intereses de cinco años tal y como está previsto en el artículo 114.2 de la Ley Hipotecaria, es preciso el pacto en contrario que permite el artículo 114.1 de la Ley Hipotecaria. III.–Desde otro punto de vista, y en contravención de lo exigido por el artículo 12.1 de la Ley Hipotecaria, en la presente hipoteca no se expresa una cifra máxima de responsabilidad en concepto de intereses, ni el número de años a que se extiende la garantía de los mismos. De ello resultaría que sólo estuviesen garantizados los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente, pues aunque a las hipotecas inversas no les afecte, conforme al apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la ley 41/2007 de 7 de diciembre, el límite de cinco años previsto en el artículo 114.2 de la Ley Hipotecaria, no se acuerda en la escritura presentada el pacto en contrario que permite el artículo 114.1 de la Ley Hipotecaria. IV.–Además,

y sin que se determine mediante un pacto expreso al respecto, toda lo que sea objeto de cargo en el supuesto crédito abierto en cuenta corriente, devengará intereses, lo que supone de hecho un pacto de anatocismo. El pacto de anatocismo, consistente en la acumulación de los intereses vencidos y no satisfechos al capital principal para que, a su vez, sigan produciendo intereses, se considera defecto insubsanable, por la posibilidad de que su aplicación incremente de forma imprevisible la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal, más allá de lo convenido en la Cláusula de Constitución de la hipoteca. Sin prejuzgar la validez obligacional del pacto de anatocismo, no cabe que unas mismas cantidades puedan devengar intereses por distintos conceptos, ni duplicar las garantías para unas mismas cantidades, ni mezclar la garantía por principal con la garantía por intereses, ni confundir la garantía por intereses con la garantía por intereses nuevamente devengados por los intereses no satisfechos, de manera que cada cantidad que en su día sea reclamada lo tendrá que ser por un determinado concepto, y deberá caber dentro de la cifra de responsabilidad prevista para dicho concepto. No hacerlo así es contrario al orden público (artículo 6 del Código Civil) y vulnera las exigencias del principio de especialidad y a los artículos 104 y 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento (Resoluciones de la DGRN de 20 de mayo de 1987; 31 de enero y 2 de febrero de 1998). El mecanismo incluido en la escritura que se califica supondría que, disfrazados de capital, los intereses superarían el límite de dos años de cobertura impuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria –al no existir pacto en contrario–, límite que tiene por objeto, según la primera de las citadas Resoluciones, “evitar que el acreedor acumule grandes cantidades de intereses, con grave confusión para los adquirentes y para la circulación de las fincas hipotecadas en el tráfico jurídico”. La barrera del artículo

114 es un tope infranqueable tanto entre partes como frente a terceros, según Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985, que analiza además este problema desde el punto de vista de la prescripción. Ni siquiera en el ámbito de la hipoteca inversa ha querido el legislador, pudiendo hacerlo, dar entrada al anatocismo, pues en el apanado 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, ha señalado una excepción extraordinaria al principio general del límite máximo de cobertura de intereses, al señalar que no será en estos casos de aplicación el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pero ni siquiera en una hipoteca rodeada de tan exigentes requisitos ha admitido que los intereses vencidos devenguen nuevos intereses, ni puedan indiscriminadamente mezclarse con la responsabilidad por principal, sin ser objeto de una cifra de responsabilidad separada, por contrariar el principio de especialidad, posibilitar que unas mismas cantidades devenguen doblemente intereses, o puedan ser objeto de una duplicidad de garantías. Pero es que además, no sólo está prevista en la escritura la capitalización de los intereses devengados, sino que se pretende la extensión del pacto de anatocismo a las comisiones y gastos, lo que carece absolutamente de justificación. V.–En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho III.3 anterior, debe indicarse que no puede condicionarse el vencimiento anticipado de la hipoteca a los supuestos de venta de la finca, arrendamiento o gravamen, y lógicamente menos aún al caso de dejar de constituir la vivienda habitual del acreditado, y ello ni siquiera en el caso de una hipoteca inversa (en la que sólo es admisible el vencimiento en caso de enajenación si se da al deudor la posibilidad de sustituir la garantía en caso de venta de la finca hipotecada, según exige el párrafo segundo del apartado 5 de la Disposición Adicional Primera), por contravenir de forma frontal los principios de libertad de contratación, libre circulación de los bienes

y fomento del crédito territorial, además de así resultar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y de abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y constante doctrina de la DGRN (véase “Razones por las que no debe inscribirse el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por enajenación a arrendamiento indiscriminados de la finca hipotecada, aún después de la Ley de reforma hipotecaria 41/2007, de 7 de diciembre”, Juan José Bernal-Quirós Casciaro en Boletín del Colegio de Registradores n.º 141 de diciembre de 2007). A ello debe añadirse que la previsión contenida en el la Estipulación Decimotercera apartado 2, punto 1, sobre el vencimiento anticipado en caso de producirse cualquier incumplimiento del acreditado de sus obligaciones frente a la acreditante, es inadmisibles por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. Si según reiterada doctrina del Tribunal Supremo no puede declararse vencida la total obligación garantizada por la hipoteca por impago de una cuota, mucho menos podrá vencer por incumplir, genéricamente, cualquier tipo de obligación de entre las innumerables, la mayoría de ellas accesorias, que se contienen en la escritura presentada. A mayor abundamiento, declarar el vencimiento de la hipoteca por cualquier incumplimiento, hasta accesorio, vulnera la letra c del apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, según la cual es requisito de esta nueva figura de la hipoteca inversa “que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios”. Aunque la Ley 41/2007 ha admitido la constitución de hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, se trata de obligaciones principales, y aunque el nuevo artículo 153 de la Ley Hipotecaria exija “la descripción general de los actos

jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”, el artículo 12 de la misma Ley requiere que “se identifiquen las obligaciones garantizadas”. No puede estimarse que las obligaciones garantizadas queden identificadas con la genérica remisión a “cualquier incumplimiento de la escritura”. En consecuencia, lo indicado en tal apartado de los hechos, es contrario a lo establecido en los artículos 27 LH y 57 de su Reglamento, en que niega el acceso al Registro, de las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el apartado anterior. Supone una limitación injustificada de los principios de libertad de contratar (artículo 1.258 CC), y de libre disposición del dominio (artículo 348 CC), es una coacción injustificada al hipotecante para que no vuelva a hipotecar (artículo 107.3 LH), y obstaculiza que la propiedad de las fincas hipotecadas cumpla el destino y fin social que les corresponde (artículos 33.2, 33.5 y 128.1 de la Constitución Española). La propia DGRN en Resolución de 27 de enero de 1986 califica este pacto de “abusivo”, contrario por tanto al artículo 7.2 del CC. Tanto las prohibiciones de vender como de arrendar, como las declaraciones de vencimiento anticipado si la finca se grava o es objeto de embargo, son contrarias además a los principios de libertad de contratación y de fomento del crédito territorial. (Resoluciones de la DGRN de 26 de julio de 1928; 25 de noviembre de 1935; 16 de junio de 1936; 18 de noviembre de 1960; 4 de noviembre de 1968; 27 de enero de 1986; 24 de abril de 1992; 8 de noviembre de 1993; 15 de julio de 1998, etcétera). VI.– En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho III.4 anterior, resulta que la oferta vinculante redactada en inglés y que forma parte de la escritura, no ha sido objeto de traducción al castellano, lo que impide analizar su contenido, aún cuando, dentro de las limitaciones que causa la falta de traducción, pueden

apreciarse importantes contradicciones en diversos aspectos, en los que se aparta, incluso de manera radical, del texto de la escritura, imposibilitando saber cual es el verdadero contenido del contrato (por ejemplo, mientras el apartado 11 de la Estipulación Undécima prohíbe de manera radical el arrendamiento de la finca, el apartado 14.a de la oferta vinculante lo permite en ciertas condiciones), imposibilitando saber cual es el verdadero contenido del contrato, en contra de lo exigido por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. VII.– En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho III.5 anterior, las obligaciones relativas a comunicación, cesión y uso de datos personales, dada la generalidad de los términos que se utilizan, suponen la recogida del consentimiento del titular de los datos de un modo genérico, que no resulta inequívoco, lo que se opone a lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999, de 13 de diciembre, coartando los derechos de privacidad del deudor, “habeas data”, cuyo poder de disposición sobre sus datos, derecho fundamental según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es objeto de una renuncia anticipada, condicionando la revocación de su posible consentimiento, al anudar a ella el vencimiento de la hipoteca, lo que resulta contrario al artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999, de 13 de diciembre. Todo ello, en ejercicio del principio de ponderación, resulta desproporcionado a la finalidad perseguida, resultando por ello contrario al artículo 6.2 del Código Civil y al artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007. Además, el contenido de la Estipulación citada vulnera lo dispuesto en los artículos 13 y 33 de la Ley Orgánica de Protección de Datos. VIII.– En relación a las circunstan-

cias reseñadas en el Hecho III.6 anterior, todas las referencias contenidas a lo largo del clausulado a comisiones (apertura, modificación, reclamación de posiciones deudoras...), gastos e impuestos (salvo los vinculados a la ejecución hipotecaria) y primas de seguro, no son inscribibles, por no estar garantizados hipotecariamente de forma separada de los gastos de ejecución, ni es inscribible tampoco la pretensión de acomodados en la garantía por principal, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes, de conformidad con los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario (Resoluciones de la DGRN de 19 de enero, 8, 15, 20 y 21 de marzo, y 1 y 2 de abril de 1996). IX.–El poder irrevocable del deudor al acreedor a que se refiere el Hecho III.7 anterior, previsto para que este último proceda a realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, que sean necesarias para inscribir la presente escritura, incluso en caso de autocontratación, resulta contrario a los artículos 1732 y 1733 del Código Civil, a los que sólo caben excepciones basadas en una justa causa, entendiéndose por tal un negocio cuyo medio de ejecución deba ser el poder irrevocable, el cual subsistirá mientras subsista el negocio que lo motivó, sin que sea posible su admisión indiscriminada, como señala el Tribunal Supremo, en Sentencias de 31 de octubre de 1987, de 11 de mayo de 1993 y 19 de noviembre de 1994. En el presente caso el poder irrevocable se refiere a una actuación que puede interesar o no al deudor, y cuyo momento de ser ejecutada queda a la exclusiva determinación del acreedor. En consecuencia, el apoderamiento previsto vulnera lo establecido por el artículo 1.256 del Código Civil, al quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. X.–En caso de haber podido ser inscrita la hipoteca, hubiesen sido denegadas además: a) las causas de vencimiento anticipado contenidas en la escritura, pues, además

de las razones particulares para denegar por sus propios términos cada una de ellas (las referidas a materias de índole obligacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario; las indemnizaciones a que se refiere el apartado 13.1 ii), por su carácter obligacional, según se expresa en la propia escritura, y por no haber sido objeto de garantía especial y separada; los apartados 13.2 i) y x), por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario, y ser contrario, dada la generalidad de los términos que se emplean, al principio de especialidad o determinación, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de octubre de 1987, y los apartados 13.2 v) vi) vii) viii) ix) xi) y xii), por lo indicado en el Fundamento V anterior), el apartado 1.c de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, impone que la deuda sólo puede exigirse y la garantía ejecutarse cuando fallezca el prestatario; y b) las comisiones de cancelación o amortización anticipada, total o parcial, por exceder lo permitido por el artículo 7 y 8 de la citada Ley. XI.–De conformidad con el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, y en relación con el completo contenido de la escritura, dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, y sujeto a la existencia de condiciones generales, se advierte que el conjunto de la operación pudiera resultar contrario a las exigencias de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, conforme a sus artículos 82 y siguientes, cuya incidencia puede ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nu-

lidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. XII.–Finalmente, en la escritura presentada a inscripción se constituye una hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, resultando que la citada figura se encuentra sometida a una serie de requisitos establecidos en la propia disposición, resultando además que el Ministerio de Economía no ha dictado aún las normas de desarrollo previstas en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional Primera, normas que son imprescindibles para que el nuevo producto pueda desplegar sus efectos, dado su riesgo elevado para ambas partes contratantes, y la circunstancia de ser sujeto de importantes excepciones al régimen hipotecario ordinario, como son las establecidas en materia de vencimiento por transmisión voluntaria del inmueble, limitación de la responsabilidad patrimonial universal sin necesidad de que el acreedor haga, como hace en el penúltimo párrafo de la Estipulación Primera y en el último párrafo de la vigésima, ningún tipo de renuncia al respecto, máxime cuando se contradice en el último párrafo de la vigésimoprimera-, o las que dejan sin aplicación el límite de cobertura de intereses fijado en el párrafo 2º del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. En su virtud, acuerdo denegar, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente perti-

nentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. No cabe, dado el carácter insubsanable de los defectos apreciados, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al Notario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Contra la presente nota (...) Estepona, a veintinueve de junio de dos mil nueve (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del Registrador).»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. P. L. P., Abogada, en nombre y representación de la sociedad «Manchester Building Society», interpuso recurso contra la calificación mediante escrito con fecha de 27 de julio de 2009, con base en las siguientes alegaciones: a) La entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las que refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y así consta acreditada ante el Banco de España, concretamente en el Registro Oficial de Entidades, desde el 22 de enero de 2008, cumpliendo con el requisito establecido en el punto 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, con las consecuencias que ello comporta en relación con el nuevo tenor del artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria. b) Reuniendo el crédito hipotecario formalizado en la escritura los citados requisitos, éste deberá gozar de las ventajas fiscales y reducciones arancelarias notariales y registrales que conllevan, con independencia de ulteriores desarrollos normativos que pudieran, lo que no impide su inscripción y, en cualquier caso, no afectan a la función calificadora de los Registros de la Propiedad, por quedar fuera de sus funciones (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), puesto que las normas legales obligan por sí a todos salvo que prevean otra cosa –que esta Ley no lo

previene— sin necesidad de complemento o desarrollo. c) En cuanto al fundamento jurídico II de la calificación (presunta imposibilidad de disponer fondos), debe ponerse de relieve cómo la Resolución de esta Dirección General que se cita en la nota no contempla el caso presente sino otros distintos, pues en la escritura calificada se permite disponer de numerario, confundiendo la nota el límite de responsabilidad con el límite de crédito disponible (el primero es el máximo de responsabilidad y no del crédito dispuesto), ya que de la totalidad del crédito disponible ya habría dispuesto el contratante tras la firma del contrato y su inscripción registral, devengando el mismo intereses hasta el límite de crédito de la responsabilidad hipotecaria. d) Respecto de los fundamentos III y IV de la nota, la Ley 41/2007 no exige ningún pacto expreso contrario al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, siendo evidente, a la vista de lo regulado en la escritura calificada, que se está pactando en contra del límite de cinco años, como permite la disposición adicional primera de dicha Ley 41/2007, lo que se deduce de la simple lectura del inciso final del apartado 6.º de dicha disposición adicional, dado que una hipoteca inversa es una forma especial de hipoteca en garantía de una cuenta corriente bancaria, y, al igual que en ésta, hasta el cierre (en este caso, hasta la muerte) no hay que realizar pagos, de modo que las cantidades dispuestas generan intereses que no están sujetos a devolución antes del cierre de la cuenta; y porque no son pagaderos, ni están sujetos al artículo 1966 del Código Civil ni al 114 de la Ley Hipotecaria. Estas normas presuponen que los intereses son debidos y por eso no pueden acumularse más de cinco años, ya que el acreedor ha podido cobrarlos sin dejar que se acumulen engrosando la deuda. Si los intereses devengados no son pagaderos, forzosamente deberán acumularse al capital y generar nuevos intereses, como sucede cuando se inscriben hipotecas de los artículos 153 y

153 bis de la Ley Hipotecaria, que no exigen, por ser imposible, una cobertura de responsabilidad específica para intereses. e) Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, debe ponerse de manifiesto su total validez, amparadas por el Tribunal Supremo -Sala Primera-, en su Sentencia de 4 de junio de 2008, cuando declaró que sólo se entenderán nulas aquellas cláusulas de vencimiento anticipado en relación con el ejercicio abusivo de la entidad acreedora, tales como: incumplimientos irrelevantes; concurrencia de circunstancias dejadas al libre albedrío de la entidad financiera y causar perjuicio de manera desproporcionada y no equitativa. Además, se desconoce por el Registrador la regulación impuesta por el artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la reforma de 2007, y en la doctrina de esta Dirección General, pues si estas cláusulas conculcan el principio de libertad de contratación, entonces no tienen efecto jurídico real, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser sólo «transcritas» sin realizar calificación alguna; y lo mismo respecto de los denunciados «pactos obligacionales» a que se sigue refiriendo la nota. Por todo ello, debe entenderse que el citado precepto 12.2 de la Ley Hipotecaria es taxativo, de modo que sólo cabe inscribir mediante calificación previa las cláusulas especificadas en el párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley Hipotecaria y, si éstas se califican favorablemente, entonces en los préstamos a favor de entidades de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario se transcribirán (sin calificarlas) las demás cláusulas en los términos que resulten de la escritura de formalización. Este ha sido el criterio de este Centro Directivo ya desde la Resolución de 21 de diciembre de 2007 (Resoluciones de 22 de marzo y 16 de mayo de 2008). Asimismo, el apartado 1.c) de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 no tiene como propósito establecer que la muerte del prestatario es la única causa de vencimiento anticipado

posible de la hipoteca inversa. La norma está describiendo los rasgos típicos de una hipoteca inversa, en el sentido de que es una hipoteca cuyo devengo de amortización se produce con la muerte. Pero no quiere decir que no quepan causas de vencimiento anticipado distintas de la contingencia típica descrita como rasgo definitorio en la norma. f) En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado por enajenación de la vivienda habitual, la propia Ley 41/2007, en su disposición adicional primera, apartado cinco, párrafo 2.º, la establece como causa expresa de vencimiento anticipado. La hipoteca constituida cumple con los requisitos establecidos en tal precepto, y sería contraproducente para los interesados negar la inscripción de tales cláusulas, pues constituyen la condición misma de posibilidad de este producto hipotecario perfectamente adaptado a personas mayores, pues de lo contrario las personas mayores no podrían contratar hipotecas inversas, o lo harían a un coste mucho mayor, ya que la entidad financiera tendría que cobrarse el riesgo de enajenación del inmueble. g) Respecto del arrendamiento como posible cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 13.2.7 de la escritura) el examen de tal cláusula ha de partir del hecho de que la esencia de la hipoteca inversa consiste en centrarse en la vivienda habitual del hipotecante, por lo que no tendría sentido que si se constituyera una hipoteca sobre la vivienda habitual (para gozar de las exenciones y bonificaciones previstas por el legislador), luego desaparezca tal característica esencial de la misma (arrendarse a un tercero o dejar de habitarla con carácter permanente), y conlleve un perjuicio para el acreedor, que está sujeto a la imposibilidad de reclamar los intereses que se van generando hasta un plazo de 12 meses desde el fallecimiento del último de los acreditados, pudiendo deducirse la admisibilidad de la cláusula de la doctrina de la Resolución de esta Dirección General de 24 de marzo de

2008. h) Respecto de las condiciones generales de la contratación, este Centro Directivo ha repetido con contundencia en reiteradas ocasiones que no es tarea del Registrador realizar un control de las cláusulas conforme al régimen de condiciones generales o cláusulas abusivas, arrojándose una potestad judicial. En resumen, la calificación recurrida topa frontalmente con la doctrina de este Centro Directivo, una de cuyas más destacadas funciones, como puso de relieve la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, fue formar una jurisprudencia ajustada al espíritu de la Ley, que constituya complemento necesario del precepto escrito y asegure la uniformidad en su aplicación, correspondiendo, por tanto al Centro Directivo aclarar y fijar la verdadera interpretación de las Leyes. Por ello, se solicita que, tras los trámites pertinentes, se deje sin efecto la calificación recurrida y en consecuencia se inscriba el derecho real de hipoteca y se transcriban todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, de conformidad con el artículo 12.1 y 12.2 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de esta Dirección General.

IV

El Registrador emitió informe el día 20 de agosto de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348, 647, 1172, 1255, 1256, 1753, 1857 y 1911 del Código Civil; 317 del Código de Comercio; el Preámbulo, el artículo 2 apartado 3, el artículo 11 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 8 de diciembre); 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 33, 37, 82, 104, 114, 130, 142, 153, 153 bis, 258.2 y 326 de la Ley

Hipotecaria; 7, 9, 51 y 220 del Reglamento Hipotecario; 517, 551, 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su vigente redacción; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto-Legislativo 1/2007–; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08); las Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de julio de 1928; 25 de noviembre de 1935; 16 de junio de 1936; 18 de noviembre de 1960; 4 de noviembre de 1968; 4 de julio de 1984; 27 de enero de 1986; 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987; 8 de octubre de 1991; 24 de abril de 1992; 4 de marzo y 8 de noviembre de 1993; 19 de enero, 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 18, 20 y 21 de marzo y 16 de julio de 1996; 22 de abril de 1997; 11 de febrero, 15 de julio y 24 de agosto de 1998; 28 de abril y 27 de julio de 1999; 3 de abril, 27 de septiembre y 3, 6 y 18 de noviembre de 2000; 7 de junio de 2001; 2 y 3 de septiembre de 2005; 19 de abril de 2006; 21 de diciembre de 2007 (dos), y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero, 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo, 5, 6, 14, 16, 19 y 20 de mayo y 24 de julio de 2008; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa.

Denegada la inscripción por las razones que el Registrador expresa en su extensa nota de calificación, el recurrente impugna determinados extremos de ésta. Por ello, la presente Resolución se centra en el examen de tales extremos, lo que se llevará cabo siguiendo el mismo orden expresado en el recurso, para una mayor claridad expositiva. No obstante, algunas de tales cuestiones se relacionan con el alcance que la ley atribuye a la función calificadora del Registrador cuando de la inscripción de la hipoteca se trata, por lo que las consideraciones que se expresan sobre tales extremos han de ser aplicables, en lo pertinente, a toda la calificación efectuada en el presente caso, pues el recurrente solicita en su escrito impugnatorio que se inscriba el derecho real de hipoteca y se transcriban todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pactadas en la escritura calificada.

2. Antes de entrar a resolver sobre los referidos extremos, debe señalarse que la calificación registral impugnada se ha emitido vigente la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. 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 marzo, 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».

El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas únicamente pueden ser resueltas tras recordar los objetivos perseguidas por el legislador con la reforma y después de realizar un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula, al igual que el precepto mencionado, otros aspectos del mercado hipotecario.

A la luz de estos presupuestos, que serán desarrollados a continuación, es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

3. Como expresa el Preámbulo de la citada ley modificativa (Apartado VII, pá-

rrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria constituye una medida que, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «...por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Pues bien, esta finalidad de la Ley, que se plasma en el tenor literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, no se alcanzaría si dicho precepto se interpretase en el sentido de que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debieran ser objeto de calificación registral conforme a las reglas generales. Para el legislador tal interpretación supondría el mantenimiento de la diversidad de calificaciones registrales y, con ello, la falta de uniformidad de los asientos de inscripción de hipoteca, lo que en la práctica implicaría la frustración de los objetivos perseguidos con la reforma, centrados en la necesidad de dotar de homogeneidad a los contratos destinados a la contratación en masa utilizados en el mercado hipotecario, con el objetivo de impulsar y fomentar el mercado hipotecario. El legislador ha considerado que de forma excepcional y con base en razones de política legislativa que así lo justifiquen, resulta necesario delimitar la función calificadora en relación con ciertos aspectos del negocio, a fin de facilitar el acceso al Registro de los productos financieros. Se trata, en consecuencia, de una limitación al juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que responde a un intento de adaptación a las necesidades concretas del mercado hipotecario en el momento de su promulgación, con el objetivo de favorecer la contratación en masa.

Sin embargo, asumido lo anterior, lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas

que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 14/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que «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 o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a la

aplicación de las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto Notarios como Registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –traspuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo).

En la misma línea, se acaba de manifestar recientemente la Corte Comunitaria en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la

ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase «*ipso iure*», sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Es cierto que se han levantado voces en defensa de la supuesta inoponibilidad de este tipo de cláusulas pero una interpretación en este sentido, no sólo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros, sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Recuérdese que dicho precepto establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». En consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

De hecho, si recurrimos a la lectura de los trabajos parlamentarios se advierte sin

esfuerzo la estrechísima relación existente entre el mencionado precepto y el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de que la redacción de ambos evolucionaba en paralelo. Ello evidencia de forma incontestable que el legislador, al señalar en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria que la ejecución directa de los bienes hipotecados deberá realizarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título y que se hayan incorporado al asiento respectivo, sin hacer exclusión de ninguno de estos extremos y con independencia de su naturaleza, era plenamente consciente de la inclusión en el mencionado precepto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a las que se refiere el artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Tal y como ha sido configurado por el legislador tras la última reforma, el artículo 12 constituye una concreción de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sin que el contenido del inciso final del artículo 51 6.^a del mencionado Reglamento suponga obstáculo alguno a esta interpretación, desde el momento en que debe considerarse, en su concreto ámbito de aplicación y en cuanto sea incompatible, tácitamente derogado por la Ley 41/2007.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de

vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la interven-

ción del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. Como señala el Preámbulo de la propia Ley 14/2007 (Ap. VII), «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos». Téngase en cuenta además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación (...) no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento

jurídico comunitario» (principio de efectividad) (véanse, al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-168/2005, C-78/98, C-392/04, C-422/04 y C-40/08). No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en el ámbito de los contratos de consumo, ámbito calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08), unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atendería de forma palmaria contra esta exigencia.

A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas. Resulta evidente que la intervención simultánea de Notarios y Registradores, en el caso de estos últimos, en los términos antes apuntados, constituye un serio desincentivo a la solicitud de tales medidas y, claro está, un evidente obstáculo a su concesión.

4. Pasando ya a analizar las cuestiones materiales o de fondo planteadas en el recurso, han de realizarse primeramente dos precisiones a la vista de la regulación que se contiene en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

En primer lugar, por lo que resulta del propio título (en este punto no cuestionado por el Registrador en su calificación) y como afirma el recurrente en su escrito, la entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, estando acreditada ante el Banco de España, en tanto que inscrita en el Registro Oficial de Entidades desde el 22 de enero de 2008, por lo que la entidad acreedora cuyo derecho se garantiza con la hipoteca inversa constituida cumple el requisito establecido por el apartado 2 de la citada disposición adicional primera de la Ley 41/2007, conforme al cual las hipotecas inversas previstas en la misma «sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España», circunstancia ésta de la que se derivan una serie de consecuencias, y no sólo las previstas en la citada disposición adicional, sino también las resultantes del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, con la interpretación y las precisiones antes apuntadas.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que aunque el Ministerio de Economía no haya dictado aún las normas de desarrollo previstas en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 41/2007, tales normas de desarrollo no son imprescindibles para que el nuevo producto –hipoteca inversa– pueda desplegar sus efectos, ya que como señalara la Resolución de 26 de octubre de 1973, a propósito de una figura carente de una completa regulación legal (hipoteca cambiaria), «no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y

Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal...». Y es que en los supuestos de remisión normativa hecha por una Ley mediante un reenvío a una normativa reglamentaria ulterior a favor de la Administración, fuera de los supuestos de delegación legislativa o remisión recepticia (caso de las Leyes de Bases a que se refiere el artículo 82 de la Constitución Española), la Ley remitente tiene fuerza normativa directa y propia, de forma que del desarrollo de la remisión legal al Reglamento surge una norma estrictamente reglamentaria, y por ello subordinada a la propia Ley de remisión, sin que la «vis obligandi» de ésta quede condicionada a la previa producción de la norma reglamentaria, salvo que así lo hubiere previsto expresamente aquella Ley o resulte imprescindible por razón de su contenido. Por ello, a diferencia de las Leyes de Bases que no tienen fuerza normativa directa y propia, en los casos de delegación no recepticia la Ley delegante remite al Reglamento para completar con mayor o menor extensión su propia regulación, pero sin impedir la entrada en vigor y aplicabilidad de sus mandatos normativos, pues la actuación reglamentaria debe producirse «en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad» (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 14 de octubre de 1995, entre otras muchas). Esta relación de subordinación la ha confirmado el Tribunal Constitucional afirmando que no se excluye «que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 23

de julio, fundamento jurídico 4, confirmado, por todos, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre). Por ello, como ha destacado también nuestra jurisprudencia, las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la misma Ley (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967 y 6 de julio de 1972).

Lo señalado supone en el presente caso que las previsiones que contiene la Ley 41/2007, de 7 de diciembre en su Disposición Adicional Primera, sobre regulación de la hipoteca inversa, entraron en vigor, con el resto de la Ley, el día siguiente a la su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (cfr. disposición final décima), sin que la misma se haya de entender postergada al momento en que el Ministerio de Economía y Hacienda proceda a dictar las normas reglamentarias sobre transparencia y protección de clientela previstas en los apartados 3 y 4 de la citada disposición adicional primera, conforme a la habilitación normativa contenida en la misma.

5. Por lo que se refiere a las cuestiones concretas que son objeto de debate en este recurso, procede analizar el primero de los defectos –apartados 1 y 2 del Hecho II de la nota–, en el que el Registrador pone de relieve que, si bien en la estipulación primera se concede al acreditado un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 219.640,21 euros, de lo pactado en la estipulación segunda y tercera resulta que el acreditado sólo ha podido disponer de 39.424,31 euros en concepto de comisión de apertura, cancelación de hipoteca preferente y gastos notariales y registrales, y podría disponer de 31.347,69 euros una vez hubiere sido inscrita la hipoteca, de modo que –a su juicio–, «en cuanto al resto del principal se trataría de un crédito indisponible (“sin que puedan efectuarse otras disposi-

ciones del crédito o del saldo que, en su caso, pudiera presentar la cuenta a favor del acreditado”). Y entiende que no cabe articular la garantía de tales cantidades (las que corresponden a la diferencia) mediante su inclusión en la cifra del principal de un crédito en cuenta corriente, «pues dicho principal, por su propia naturaleza –la de un préstamo–, precisa de la entrega o al menos de la posibilidad de disposición, sin que puedan tampoco confundirse y ser tratados conjuntamente los conceptos y cantidades correspondientes al principal de la deuda y a los intereses que genere dicho principal».

Frente a tal apreciación, argumenta el recurrente que en dicha calificación se confunde «límite de responsabilidad» con «límite de crédito», toda vez que, en el supuesto que motiva el recurso, la totalidad del crédito disponible ya habría sido dispuesto tras el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral, devengando desde entonces intereses hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria.

Varias son las razones que impiden confirmar la calificación recurrida en este extremo. En primer lugar, porque se incurriría en la confusión de extender el régimen jurídico del préstamo mutuo a la apertura de crédito en cuenta corriente, siendo así que es esta figura contractual, acompañada de la constitución del gravamen hipotecario, y no aquella la que se ha convenido entre los contratantes en el presente caso. Ambas modalidades contractuales pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Pero debiendo diferenciarse los con-

ceptos y regímenes jurídicos de ambos contratos. La distinción es clara y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 7 de abril de 2004).

Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente –acreditado– y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente –como sucede en el presente caso–, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, ya que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas. De este modo, el concedente tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolu-

ción de 18 de junio de 2001). Se trata de un contrato que, aunque aludido en el número 7 del artículo 175 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico, hasta que lo reconocieron expresamente las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de esta Dirección General de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que, como aclara la Sentencia de la misma Sala y Tribunal de 11 de junio de 1999 se trata de un «contrato de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario» (vid. en el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1976 y de 27 de junio de 1989). Tratándose en el presente supuesto de un crédito en cuenta corriente, en los términos en que acaba de ser definida esta figura, no es correcto afirmar que la naturaleza de la operación es la de un préstamo y exigir, en consecuencia, la entrega del capital. Otra cosa es que ciertamente sí resulte precisa la disponibilidad del capital en el tiempo, forma y cuantía pactados, por ser ésta la prestación a que se obliga el acreditante.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta las especiales características de la hipoteca inversa, señaladamente por lo que se refiere al devengo de los intereses ordinarios pactados, ya que, por la propia naturaleza y operatividad de la figura, sobre tales intereses gravita el riesgo que para la entidad concedente se deriva de la aleatoriedad en lo relativo al vencimiento del crédito, ya que conforme a la letra c) del apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 «la deuda sólo sea exigible por

el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios». Por ello, es especialmente útil en muchos casos, para el desenvolvimiento del producto en el mercado financiero, el mecanismo de la cuenta corriente, pues permitirá englobar las diversas partidas que configurarán el saldo final –o deuda– exigible al tiempo del vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca inversa constituida.

Entre esas partidas que conformarán la deuda finalmente exigible adquieren especial relevancia los intereses, lo que lleva a analizar si, en puridad, existe lo que se conceptuaría como una capitalización de intereses en la hipoteca inversa, en particular –por ser el caso objeto de este recurso– cuando la operación financiera garantizada se instrumenta a través de una apertura de crédito en cuenta corriente. A tal efecto, en este tipo de hipoteca la incertidumbre existente sobre el momento del vencimiento del préstamo o crédito garantizado impide un cálculo exacto del riesgo financiero, por lo que debe permitirse que los intereses se sumen al capital, a través de la correspondiente partida de cargo en la cuenta.

Sobre esta cuestión es ilustrativo lo que, respecto de la hipoteca inversa, se indica en el Preámbulo de la Ley 41/2007, ya que facilita enormemente tanto la comprensión del problema analizado como la finalidad perseguida por el legislador: «...Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza

disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito...».

Por ello es lógico que, dado que los intereses devengados no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, puedan acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado –ni garantizarse por tanto– por separado.

En tercer lugar, a esta misma conclusión se llega si se analiza la operación bajo el prisma de su caracterización como una apertura de crédito en cuenta corriente garantizada mediante hipoteca. Es cierto, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de enero y 16 de julio de 1996, y 19 de marzo de 2008, entre otras), que en el ámbito hipotecario los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y convencionales, pero no englobados en el capital. Así resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (vid. artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. artículo 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses deven-

gados sobre los garantizados –dejando a salvo la posibilidad que para el caso de ser propietario del bien hipotecado el propio deudor prevé el artículo 692.1 párrafo segundo– con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Ahora bien, esta doctrina no rige en el ámbito del crédito en cuenta corriente, por razón de su propia naturaleza y régimen jurídico. Como ya señalaran las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio y 13 de julio de 1999 y la posterior de 4 de julio de 2001, «la atipicidad del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes, de suerte que, en lo que a los intereses se refiere, tanto puede convenirse que los mismos se contabilicen como una partida más de adeudo en la cuenta, perdiendo así su exigibilidad aislada, como que se configuren como créditos independientes, aunque accesorios del principal, que al no asentarse en aquélla serán exigibles con independencia del saldo de liquidación que la misma arroje. No obstante, incluso en el primero de los supuestos, su adeudo ha de entenderse que tan sólo es vinculante para el concedente del crédito en la medida en que el saldo de disponibilidad de la cuenta lo permita, pues tan sólo hasta el límite fijado está obligado a conceder crédito y a asentar como partidas de cargo las convenidas, y tan sólo hasta ese límite es el contrato de apertura de crédito el título que permita la exigibilidad del saldo de liquidación». Y esta es precisamente la fórmula prestacional acogida en el contrato examinado (y no sólo en cuanto a los intereses, sino también en cuanto a comisiones y gastos), al pactarse que la cuenta corriente aperturada «reflejará como partidas de adeudo las cantidades de que el acreditado disponga inicialmente conforme a lo indicado en la estipulación precedente, más los intereses, comisiones, impuestos y gastos... que se devenguen o adeuden», intereses que se calculan sobre el saldo deudor

existente en cada momento, al tipo pactado, con devengo diario y liquidaciones mensuales.

Por todo ello, no existe contradicción entre la estipulación segunda, según la cual el acreditado sólo puede disponer de un total de 70.772 euros sin que quepan nuevas disposiciones del crédito o saldo, y las estipulaciones primera y vigesimoprimeras, en las que se garantiza con hipoteca el saldo de 219.640,21 euros derivados de una cuenta en la que se van cargando intereses, comisiones y gastos. No existe contradicción con el régimen jurídico de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, pues existe disponibilidad a favor del deudor, lo que ocurre es que se ha agotado, en virtud de la disponibilidad inicial, la totalidad del límite disponible por razón de capital, siendo el resto hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte del saldo garantizado correspondiente a las partidas de cargo de los intereses, comisiones y demás gastos garantizados.

6. La conclusión anterior no se ve desvirtuada por la doctrina de este Centro Directivo en relación con el denominado pacto de anatocismo, por el que las partes estipulan que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados (cfr. Resoluciones de 20 de mayo de 1987, y 30 de enero y 2 de febrero de 1998), doctrina citada por el Registrador en apoyo de su calificación.

Es cierto que la doctrina de este Centro Directivo, sin prejuzgar en sus más recientes Resoluciones la validez civil del pacto de anatocismo (que negó en algunos de los precedentes para los préstamos mercantiles), viene sosteniendo que en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuantales y dentro de los límites legales y convencionales, pero nunca englobados en el capital. Así lo impone el principio re-

gistro de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca exige la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (cfr. artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), y el necesario respeto a la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resoluciones de 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008). Ahora bien, en cuanto a la validez del pacto como tal, no puede desconocerse que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de noviembre de 1994 (Sala Primera), admite expresamente la validez del pacto de anatocismo, incluso en el contrato de préstamo mercantil. (...) Esta doctrina ha sido reiterada por la más reciente Sentencia del mismo Tribunal de 4 de junio de 2009, generando jurisprudencia con el valor que la reconoce el artículo 1 número 6 del Código Civil.

Y en cuanto a los límites de la actuación del pacto de anatocismo en el ámbito hipotecario, como ya advirtiera la Resolución de 19 de marzo de 2008, los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto a los intereses que se pueden pactar en perjuicio de terceros, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa la excepción prevista actualmente en el apartado 6 de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, a que nos referimos en el siguiente fundamento jurídico. A ello hay que añadir otra especialidad sobre esta materia en relación con las hipotecas en garantía de crédito en cuenta corriente, en cuanto a su ámbito objetivo en relación con los intereses, pues, como ha señalado la doctrina más autorizada, en rigor tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, sólo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente. Por ello, la hipoteca no garan-

tiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino sólo el saldo final de la cuenta. Esto supone que hasta que no se determina el saldo final al cierre de la cuenta no hay ninguna deuda impagada, ni por capital ni por intereses. Y ello es así porque sólo con el saldo final surge la deuda exigible y sólo en relación con ésta puede preverse que la garantía, a partir de la fijación de dicho saldo, se extienda a los intereses sucesivos, intereses que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios. Por ello, en rigor en estas hipotecas no puede hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de Comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino sólo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles.

7. En cuanto al defecto relativo a las cláusulas de la escritura en las que se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla, o arrendarla –punto 3 del hecho III de la nota de calificación–, y la previsión del vencimiento anticipado en estos casos, procede confirmar la nota del Registrador.

En efecto, estos pactos infringen normas imperativas como los artículos 27 («Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro...») y 107 n.º 3 de la Ley Hipotecaria («Podrán también hipotecarse: ... n.º 3. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar»).

Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo (Sala Primera)

en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009. En concreto:

a) En cuanto a las limitaciones de la facultad dispositiva del hipotecante (prohibición de vender o disponer de cualquier otro modo salvo previo consentimiento por escrito del acreditante), la citada Sentencia (vid. fundamento jurídico decimotercero) señala que «En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales), por lo que entiende que «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar».

Es cierto, no obstante, que la Sentencia del Tribunal Supremo citada no se pronunció sobre este concreto pacto de vencimiento anticipado en relación específicamente con una hipoteca inversa, la cual plantea en este punto una clara singularidad (cfr. párrafo segundo del número 5 de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007). Ahora bien, no por ello la conclusión anterior queda desvirtuada. En efecto, por una parte, ha de tenerse en cuenta que la exclusión de dichos pactos se debe entender confirmada por la nueva Ley 41/2007, pues, por un lado, la reitera respecto de la hipoteca mobiliaria en su disposición final tercera –modificación del artículo 2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954–. Y, por otro lado, si bien se admite dicho pacto, como supuesto de excepción, en el caso precisamente de la hipoteca inversa –vid. Disposición Adicional Primera, número 5– (en atención al carácter «in tuitu personae» de esta hipoteca), se limita al supuesto de la transmisión –sin extenderse a la constitución de gravámenes o dere-

chos reales limitados- y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de «sustituir la garantía de manera suficiente», en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1129 n.º 3 del Código Civil, lo que ratifica la ilegalidad, y consiguiente rechazo registral, del pacto si no consta la indicada salvedad, como sucede en el presente caso.

b) En cuanto a la prohibición absoluta de arrendar -«no concertar contrato de arrendamiento de la finca en ninguna circunstancia»- afirma de forma concluyente la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (vid. fundamento jurídico duodécimo) que «el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 Ley Hipotecaria). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada-».

Es cierto que la doctrina de este Centro Directivo ha venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema. En este sentido se pueden citar las Resoluciones de 28 de enero de 1998 y de 22 de marzo de 2001. La primera de ellas afirma que «Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ul-

teriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta». Pero, esta admisibilidad, como ha explicado certeramente la reseñada Sentencia de 16 de diciembre de 2009, se justifica por el hecho de que «en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta».

Por el contrario, cuando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Por ello, la citada Sentencia de 16 de diciembre de 2009 concluye que «las cláusulas que someten a

limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda ex art. 13 LAU de 1994», declarando abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado que «no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo -coeficiente- que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar. La declaración de abusividad se basa en los apartados 14 y 18, inciso primero, Disposición Adicional 1.ª de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normativa general del artículo 10 bis Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con doctrina jurisprudencial en la materia».

8. Respecto del defecto señalado en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la nota recurrida, según el cual, al no expresarse la cifra máxima de responsabilidad en concepto de intereses ni el número de años a que se extiende la garantía de los mismos resultaría que sólo estuviesen garantizados los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad en curso por no acordarse en la escritura presentada el pacto en contra permitido por el artículo 114.1 de la Ley Hipotecaria, debe señalarse que –y aparte lo expuesto en los apartados anteriores–, la aplicación de las reglas hermenéuticas que resultan de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil conduce a la revocación del defecto, toda vez que la exigencia del Registrador desembocaría en un excesivo formalismo poco acorde con los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, el acuerdo reflejado sobre este punto en la escritura no puede ser calificado de meramente conjetural, sino, más bien, como algo perfectamente comprensible conforme a las reglas interpretativas citadas,

en unión a las siguiente consideraciones.

Por un lado, el inciso final del apartado sexto de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 establece que, a estos efectos (el recobro por parte del acreedor), no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es, no es aplicable a las hipotecas inversas el límite legal ordinario que impide pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. Es cierto que la excepción no se extiende al párrafo primero del citado artículo 114 en el que, en defecto de pacto en contrario, la hipoteca no asegura, en perjuicio de tercero, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. Pero en el caso de las hipotecas inversas en que, como se ha señalado anteriormente, la deuda garantizada, incluidos los intereses devengados, no resulta exigible, salvo los supuestos de vencimiento anticipado, hasta el fallecimiento del prestatario o acreditado –o del último beneficiario–, la extensión de los intereses más allá del límite de los dos años del artículo 114 de la Ley Hipotecaria debe entenderse como parte de su contenido natural, salvo que de los términos del propio contrato resulte lo contrario. Por ello, en el presente caso en que se pacta que la cantidad adeudada será el saldo que arroje la cuenta corriente del crédito a su vencimiento, que dicho saldo resultará del conjunto de partidas de cargo y abono, siendo partida de cargo los intereses que se vayan devengando durante la vigencia del crédito, y que éste no vencerán ni será exigible hasta «el día en que se cumplan doce meses a contar desde el fallecimiento del acreditado», no cabe negar que existe el pacto contrario al límite legal de dos años de intereses y que, por tanto, éste no es aplicable.

9. En cuanto al defecto relativo a la denegación de las cláusulas segunda, ter-

cera, cuarta, quinta, sexta, séptima, undécima, duodécima, y decimoquinta –apartados VIII y X de los Fundamentos de Derecho de la nota de calificación– relativas a disposición de fondos, apertura de cuenta y movimiento de fondos, intereses, comisiones –distintas de las analizadas en el Fundamento de Derecho anterior–, y cancelación anticipada, por no estar garantizadas especialmente con la hipoteca, debe revocarse, al tratarse de cláusulas financieras, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución, según la interpretación que debe darse al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la Ley 41/2007, de manera que su reflejo registral es procedente, con independencia de si están o no cubiertas por la cifra de responsabilidad hipotecaria.

En cuanto a la cláusula decimotercera, relativa a costas y gastos, su inscripción deriva de que están expresamente comprendidas en la cifra de responsabilidad hipotecaria según la estipulación vigésima.

10. No es inscribible la cláusula undécima relativa a determinadas obligaciones del acreditado por carecer de trascendencia real, pues las allí contempladas en efecto ni son financieras ni están comprendidas en la cifra de responsabilidad hipotecaria.

11. El apartado XI de los Fundamentos de Derecho de la calificación impugnada tiene el siguiente contenido: «De conformidad con el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, y en relación con el completo contenido de la escritura, dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, y sujeto a la existencia de condiciones generales, se advierte que el conjunto de la operación pudiera resultar contrario a las exigencias

de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, conforme a sus artículos 82 y siguientes, cuya incidencia pueda ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nulidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación».

Sobre tal cuestión deben tenerse presentes las consideraciones antes expresadas en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución sobre la calificación registral del carácter abusivo de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. A la vista de los términos en que se ha redactado este apartado de la nota de calificación, basada en una valoración genérica, falta detallar la concreta cláusula que se considere abusiva y las razones de ello, mediante una operación de subsunción del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos y no basada en conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo. La consecuencia de ello es la imposibilidad de confirmar la calificación del Registrador en este extremo.

Tampoco puede confirmarse la nota en el extremo relativo a la falta de traducción al castellano de la oferta vinculante, de su original inglés, pues, aunque la misma figure incorporada a la escritura, es un documento preparatorio que no forma parte del contrato o acto inscribible, que es el que ha de ser calificado.

En el mismo sentido debe entenderse que el Registrador, al señalar en su informe que las referencias a las normas sobre protección de datos no son sino cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 222.6 de la Ley Hipotecaria, no considera como causa impeditiva de la

inscripción, y en tal medida se ha de entender revisada la calificación, las manifestaciones que se contienen en el apartado IV n.º 5 de los «Hechos» y en el apartado VIII de los «Fundamentos de Derecho» a la legislación sobre protección de datos de carácter personal en relación con las obligaciones sobre comunicación, cesión y uso de tales datos.

12. Finalmente, en cuanto a la cláusula relativa al poder irrevocable que concede el deudor al acreedor para que este último proceda a realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, que sean necesarias para inscribir la escritura, incluso en caso de autocontratación, ha de afirmarse que se trata de un pacto meramente obligacional, que no tiene el carácter de cláusula financiera, por lo que no debe acceder al Registro de la Propiedad (cfr. artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria), siendo suficiente con que la calificación se limite a tal extremo. En efecto, es evidente que el carácter irrevocable del referido apoderamiento o su ejercicio en caso de autocontratación en nada afecta al derecho inscribible ni es materia que deba acceder al Registro, conforme al artículo 12 o cualquier otra norma de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente, confirmando también en parte la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 11 de enero de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alconera contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Zafra, por la que se suspende la inscripción de una certificación de acuerdo municipal de reversión de finca a favor del Ayuntamiento en unión de sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Badajoz ratificando dicho acuerdo. («BOE»núm. 40 de 16 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alconera contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Zafra, don Luis José Moreno Camacho, por la que se suspende la inscripción de una certificación de acuerdo municipal de reversión de finca a favor del Ayuntamiento en unión de sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz ratificando dicho acuerdo.

HECHOS

I

Por acuerdo municipal del Pleno del Ayuntamiento de Alconera de 25 de noviembre de 2005 se decretó la resolución del contrato de enajenación realizado por el referido Ayuntamiento de la finca registral 1.834 de dicho término municipal por incumplimiento de la condición resolutoria establecida en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas –consistente en destinar el solar a la construcción de vivienda en un plazo de cinco años desde la adjudicación definitiva de modo que en caso de incumplimiento

revertirá la propiedad del solar al Ayuntamiento y cuanto se halle edificado, con pérdida de las cantidades satisfechas–, con reversión de los bienes enajenados de manera expresa y automática. Recurrido el Acuerdo ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Badajoz por, entre otros, don F. J. C. G., titular registral con carácter ganancial de la finca, alegando, entre otros motivos, que tratándose de un contrato privado, la Administración carece de potestad para resolverlo sin acudir a los Tribunales Civiles. El Tribunal, por sentencia de 19 de octubre de 2006: afirmó que el contrato de enajenación que ocupa tiene naturaleza administrativa y no civil; desestimó el recurso; y acordó la ratificación del acuerdo impugnado por ser plenamente ajustado a derecho.

II

Presentada certificación del acuerdo municipal junto con testimonio de la sentencia en el Registro de la Propiedad de Zafra, fue objeto de la siguiente nota de calificación, de fecha 27 de abril de 2009: «...se suspende la inscripción en él pretendida por observarse el siguiente defecto: 1. Encontrándose la finca inscrita a favor de los compradores don F. J. C. G. para su sociedad de gananciales con doña C. B. G. según la inscripción de la misma al folio 179 del tomo 1.334, libro 27 de Alconera, de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y dos y habiéndose practicado dicha inscripción 1.ª en virtud de escritura pública, estando además inscrita una obra nueva en construcción por la inscripción 2.ª de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y tres. No es posible practicar la reinscripción a favor del Ayuntamiento, sobre la base de un hipotético incumplimiento de una supuesta Condición Resolutoria que no consta en el Registro, la cual implica una cancelación de la inscripción del titular Registral, si no es por medio de otra escritura en la

que preste su consentimiento para la cancelación dicho titular o, en su defecto, por sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación en la que se decrete la resolución y se ordene la cancelación o reinscripción a favor del Ayuntamiento, ya que la fotocopia de la sentencia que se acompaña, aparte de no ser documento auténtico a los efectos de la inscripción no es una sentencia dictada en procedimiento seguido contra el titular registral –supletoria de su consentimiento– por la que se hubiese declarado la resolución y ordenado la reinscripción a favor del Ayuntamiento, con la consiguiente cancelación de la inscripción del titular registral, sino sólo una sentencia por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por éste frente al acuerdo municipal de resolución, con reversión, en su caso, de lo edificado y pérdida de las cantidades satisfechas. Arts. 3, 18, 20, 32, 38, 82 de la Ley Hipotecaria y 99 y 100 del Reglamento Hipotecario y demás preceptos concordantes. Contra la presente (...). Zafra a 27 de abril de 2009. El Registrador de la Propiedad. (Firma ilegible). Firmado. Luis José Moreno Camacho».

III

El 27 de abril de 2009 se aporta al Registro escrito del Sr. Alcalde por el que se solicita la práctica de anotación preventiva de suspensión, la cual se lleva a efecto el 5 de junio de 2009. Junto al escrito se aportan testimonio de la sentencia anteriormente fotocopiada y otros documentos relativos al expediente de reversión.

IV

Contra la anterior nota de calificación, don Manuel Galea Santos, Alcalde de Alconera, actuando en nombre y representación del citado Ayuntamiento, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 27 de mayo de 2009, sosteniendo las si-

guientes alegaciones: Frente la falta de firmeza, se alega que la propia sentencia contiene, tras su parte dispositiva, declaración de su propia firmeza. Y, a mayor abundamiento, que se presentó testimonio auténtico de la diligencia de ordenación expedida por la Secretaría del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, acreditativa de la firmeza de la sentencia, al no haberse interpuesto contra la misma recurso de apelación. Por otra parte, se aportó testimonio auténtico de acta de comparecencia de 18 de mayo de 2009, en la que la Secretaría del citado Juzgado manifiesta: «(...) que no existe en este procedimiento, presentados por ninguna de las partes escritos interponiendo recurso de apelación contra la sentencia, ni por lo tanto recurso de casación (...)». No cabe duda, por tanto, de la autenticidad de la sentencia aportada, de modo que son predicables, del documento presentado a inscripción, las condiciones de publicidad y autenticidad que garantizan la seguridad del tráfico jurídico. Ante la eventualidad de que pudiera pensarse que la presentación de la sentencia testimoniada es extemporánea, hemos de señalar que dicha presentación ha de entenderse, sobre la base del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, como referida a documentación complementaria, a fin de subsanar uno de los defectos puestos de manifiesto por el Registrador, bien es verdad que casi incidentalmente, a la vista de la redacción otorgada a su resolución de calificación y teniendo en cuenta que no puso en duda la autenticidad del acuerdo municipal que referida sentencia ratifica plenamente. Así las cosas, cualquier motivo de suspensión de la inscripción referido a una supuesta falta de autenticidad de la sentencia, de su falta de firmeza o de que contra la misma no se hubiere interpuesto recurso de casación, debe decaer. La falta de consentimiento del titular ha sido suplida por una sentencia judicial. Es doctrina reiterada de la Dirección General de Registros

y del Notariado la que otorga relevancia indiscutible al llamado principio de consentimiento. Según esta doctrina, los asientos registrales, están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), y, con carácter general, los mismos no pueden ser cancelados más que con el consentimiento de su titular o por medio de resolución judicial obtenida en procedimiento entablado contra todos aquellos a los que el asiento reconozca algún derecho (artículos. 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria). Véase, entre otras, la Resolución de ese Centro Directivo de 26 de abril de 2006 (Boletín Oficial del Estado de 19 de junio). En virtud de lo anterior, podríamos entender las dudas del Registrador, respecto a que no consta el consentimiento del actual titular registral, si, por una parte, no estuviera ya suplido su consentimiento por una resolución judicial o si, por otro lado, la inscripción pretendida por el Ayuntamiento afectara a terceros. Pero la inscripción pretendida no afecta a terceros, como se deduce de la propia calificación del Registrador, pues el único interesado o titular del derecho es don F. J. C. G. y su esposa, en cuanto el bien pertenece a su sociedad de gananciales. Resulta acreditado en el supuesto que nos ocupa que la negativa don F. J. C. G. a prestar el consentimiento correspondiente a fin de que el inmueble revierta al Ayuntamiento, de forma, digámoslo así, amistosa o no contenciosa, oposición negativa que se deduce tanto del procedimiento administrativo de reversión, como de su oposición posterior a la misma en sede judicial, es suplido finalmente por la sentencia judicial firme tantas veces citada y que constituye, junto al acuerdo municipal que en todos sus términos ratifica y declara acorde a derecho, justo título para inscribir el bien nuevamente a favor de la Corporación, lo que conllevaría lógicamente la cancelación de la inscripción del actual titular registral. La razón por la cual nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, esa Dirección General

otorgan a las sentencias judiciales, poder supletorio del consentimiento de los particulares, estriba no sólo en el hecho formal de que dimanen de un poder del Estado, sino de que son el resultado de un procedimiento judicial previo contradictorio en el que se han salvaguardado todas y cada una de las garantías procesales para las partes y, esencialmente, para el afectado por la pretendida alteración registral. Exigencia esta que la Ley Hipotecaria refuerza, en su artículo 82, cuando exige que la sentencia que se esgrima como título para la inscripción no se halle pendiente de recurso de casación, tal y como ocurre en nuestro caso. Por lo tanto, no puede negarse virtualidad registral a la sentencia aportada por esta parte y al acuerdo administrativo indisolublemente unido a ella. (...) Podrían entenderse las dudas del Registrador, si sólo pretendiéramos la inscripción de la resolución administrativa, aún cuando fuera firme, porque, al fin y al cabo, serían predicables de ella ciertas notas de unilateralidad (sin perjuicio de que los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos, véanse los artículos 56 y siguientes de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), pues la Administración habría sido juez y parte en un procedimiento administrativo, aún cuando cumpliera el debido principio de audiencia respecto al interesado. Pero es que, no es ese nuestro caso, donde la resolución administrativa tiene el aval determinante y definitivo de un órgano judicial competente. No se trata, como dice textualmente el Registrador en su calificación: de «(...) sólo una sentencia por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por éste frente al acuerdo municipal de resolución, con reversión, en su caso, de lo edificado y pérdida de las cantidades satisfechas (...)»; el Juzgado no sólo desestima el recurso, sino que ratifica expresamente (véase el fallo de la sentencia), el acuerdo

impugnado, por ser plenamente ajustado a derecho. Prueba del escrupuloso cumplimiento del principio de contradicción que la inspira, la sentencia, según se observa en la misma, no sólo aborda cuestiones procesales previas o formales, sino que incide sustancialmente en el fondo del asunto, para declarar al final que procede confirmar en todos sus términos el acuerdo municipal que acordó resolver el contrato y la reversión del inmueble a favor del Ayuntamiento. Aunque nos remitamos genéricamente a la misma y a los extractos que de sus fundamentos jurídicos hemos reseñado en el hecho segundo de este recurso, merece la pena poner negro sobre blanco las siguientes conclusiones: a). Don F. J. C. G. es parte en el pleito. Su posición procesal fue la de demandante. b). Las cuestiones formales planteadas por la Administración, concretamente, la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, fue expresamente rechazada por la Juzgadora. c). Al examinar el fondo del asunto, la sentencia considera: c.1: Que la naturaleza jurídica del contrato no es civil, sino de contrato administrativo especial, lo que tiene indudables implicaciones en cuanto a la jurisdicción competente y al valor también de una sentencia dimanante del orden de lo contencioso administrativo que, al decidir, como en seguida se dirá, sobre la resolución del contrato y la reversión del inmueble al Ayuntamiento, es capaz de provocar alteraciones registrales. c.2. Que sigue en vigor la condición resolutoria que obligaba a los adjudicatarios, entre otros a don F. J. C. G., a construir su propia vivienda en el solar objeto de compraventa, en el plazo de cinco años, y que el incumplimiento acreditado de esta condición, reconocida por otra parte por el propio don F. J. C. G., da lugar a la resolución del contrato y a la reversión del inmueble al Ayuntamiento. c.3. Que la acción resolutoria hecha efectiva por el Ayuntamiento y los efectos que de la misma derivan, no estaban prescritos. A lo anterior añadamos,

que ninguna de las anteriores conclusiones contenidas en la misma, han sido recurridas o discutidas en apelación, en casación, o en forma alguna, por don F. J. C. G. En suma, como podemos observar y apuntamos arriba, la sentencia aborda todas y cada una de las cuestiones de fondo transcendentales jurídicamente, a efectos de determinar si es correcta la resolución contractual y los efectos de la misma; es decir, lo mismo que nos propone ahora el señor Registrador en la resolución aquí recurrida, para suplir la falta de consentimiento del titular registral e inscribir nuestro derecho. En otras palabras, lo que, a nuestro juicio, propone el Registrador es una verdadera repetición del juicio, esta vez, ante la jurisdicción civil, desde el momento en que habla en la resolución recurrida, de un (...) procedimiento seguido contra el titular registral supletorio de su consentimiento por la que se hubiese declarado la resolución y ordenado la reinscripción a favor del Ayuntamiento (...). Considera el recurrente que el planteamiento referido va de forma improcedente, más allá de las facultades que los Registradores tienen respecto a la calificación de los documentos expedidos por la autoridad judicial, límites establecidos claramente en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Además se alega que no existen terceros hipotecarios que pudieran verse afectados por la inscripción a favor del Ayuntamiento de su derecho y consiguiente cancelación del inscrito a favor del actual titular. Por la contundencia y clarividencia de su fallo, cita el recurrente la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 2001, que resuelve un caso en el que el Registrador de la Propiedad se negaba a inscribir a favor de un Ayuntamiento, un acuerdo municipal por el que se resolvía la enajenación de un inmueble y su inscripción a favor nuevamente del Ayuntamiento, y un auto (ni siquiera una sentencia) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Murcia, (luego ratificado por el Tribunal Supremo), por la que se acordaba no suspender dicho acto administrativo (ni siquiera ratificarlo). Que el actual titular registral no es tercero y que no existen tampoco ni terceros hipotecarios, ni derechos de terceros hipotecarios que puedan verse afectados por la reinscripción del bien a favor del Ayuntamiento, son, por tanto, dos razones más para atender la reivindicación municipal, entender que el asiento pretendido está protegido por el principio de legitimación registral y estimar este recurso. La sentencia aportada tiene autoridad de cosa juzgada. El indubitado testimonio de su autenticidad, así como las diligencias judiciales todas ellas acreditativas de su firmeza y de que contra la misma no se ha interpuesto recurso alguno, incluido el de casación, nos llevan a considerar que la resolución aportada, en cuanto sentencia firme, entraña el efecto de cosa juzgada formal; pero, además, su amplitud dialéctica, las cuestiones jurídicas que, prácticamente con carácter exhaustivo, la propia sentencia resuelve y a las que nos hemos referido con profusión, excluyen conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y ello con independencia de que haya sido emitida por un órgano judicial de lo Contencioso Administrativo, orden jurisdiccional al que no cabe minusvalorar o situar en posición subordinada de otros órdenes, por las razones a las que ya nos hemos referido. La resolución del Registrador afirma, asimismo, que no está inscrita en el Registro la condición resolutoria habilitadora de la inscripción a favor del Ayuntamiento y que implica la cancelación de la inscripción a favor del actual titular registral. Respecto a ello, hay que reiterar que resulta indiferente que dicha condición resolutoria esté o no inscrita en el Registro de la Propiedad, pues se dispone de la sentencia tantas veces citada en este recurso. Sin perjuicio

de ello, no es menos cierto que tanto la resolución administrativa de adjudicación del inmueble, como la escritura que elevó a público dicha compra venta, se refieren decisivamente al pliego de condiciones administrativas que rigió la enajenación, cuyas cláusulas resultan determinantes pues forman parte de las obligaciones que los contratantes asumen al formalizar la transmisión. Hasta tal punto ello es así, que el contrato en cuestión no se entendería sin considerar al pliego como parte integrante del mismo: no en vano, este dato provoca la consecuencia fundamental de que el contrato no es civil, sino administrativo especial, véase la sentencia aportada, y, en general, todo el bloque probatorio adjunto, en especial, el dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura inserto en el expediente administrativo. Siendo ello así, podemos afirmar que el Registrador de la Propiedad, en el momento en que tuvo a la vista las escrituras de 20 de julio de 1992, por la que se transmite el inmueble a don F. J. C. G. y a su esposa, escrituras en las que expresamente se cita el pliego de condiciones, la normativa vigente en materia de Régimen Local en lo que a enajenación de bienes se refiere, y una constante remisión de las partes a tan citado pliego en orden a regular tanto las obligaciones como los derechos de los contratantes, bien pudo solicitar del presentante de la escritura que completase la documentación acompañando el pliego de condiciones o valorar su trascendencia, de modo que debió inscribir entonces todas las cláusulas de relevancia real que de él se dedujeran (artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario), y resulta evidente que las cláusulas resolutorias y/o de reversión en él contenidas, tienen indudablemente este carácter. Aún cuando la ausencia de constancia en el Registro de dicha condición resolutoria carezca de virtualidad a efectos de lo pretendido en este recurso, como ya hemos dicho, en ningún caso pueden recaer sobre el Ayuntamiento, que carece

de responsabilidad alguna en ello, las consecuencias de esta omisión. Sobre una eventual ejecución de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz. Exigir la ejecución de la misma, equivaldría en este punto a requerir en primer término y nuevamente al interesado para que prestara su consentimiento en orden a la devolución del inmueble al Ayuntamiento; y, si no cumplimentara el requerimiento, obtener una nueva resolución judicial, esta vez ejecutoria, que supliera el consentimiento del titular. No obstante, junto a lo anterior, hemos de decir que el fallo de la sentencia, dado que ratifica en todos sus términos la resolución administrativa de la que trae causa, ya supone en sí mismo un verdadero requerimiento al actual titular registral para que preste su consentimiento voluntario a la reversión del bien al Ayuntamiento. Es más, la resolución municipal previa ya requiere al interesado para que preste tal consentimiento, mucho antes de que recayera la meritada sentencia. Por lo tanto, es evidente que se han producido ya sobrados requerimientos al actual titular registral, y que su consentimiento ya está suplido por la sentencia que presentada ante el Registrador.

V

El Registrador dio traslado del expediente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, que mediante Providencia de 9 de junio de 2009 hizo constar que por el Juzgado no se estima necesario realizar alegación alguna, y, por último, emitió informe el día 15 de junio de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria; 4.2 y 52 del Decreto

923/1965, de 8 de abril, de Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado; 100, 174 y 175 del Reglamento Hipotecario; 39 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988; así como las Resoluciones de esta Dirección General de 17 de septiembre de 2001, 13 de diciembre de 2002, 20 de diciembre de 2005, 26 de marzo y 27 de octubre de 2008, y 29 de enero de 2009.

1. Subsanao, según declara el propio Registrador en su informe, el defecto relativo a la forma auténtica de la sentencia aportada, se debate en este recurso la inscribibilidad de una certificación administrativa expedida por el Ayuntamiento de Alconera de un acuerdo municipal por el que se declara resuelta la venta que el referido Ayuntamiento realizó sobre una finca registral por incumplimiento de la condición resolutoria establecida en el Pliego de condiciones económico-administrativas, con la consiguiente reversión a favor del Ayuntamiento de manera expresa y automática. Se acompaña Testimonio de sentencia dictada por un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo por la que se afirma que el contrato de enajenación tenía naturaleza administrativa no civil, se desestima el recurso contencioso-administrativo, y se ratifica el acuerdo impugnado. El Registrador suspende la inscripción porque, encontrándose la finca inscrita a favor de los compradores y habiéndose practicado la inscripción en virtud de escritura pública, no es posible practicar la reinscripción a favor del Ayuntamiento sobre la base del hipotético cumplimiento de una supuesta condición resolutoria que no consta en el Registro a menos que medie otra escritura pública o sentencia firme en la que se decrete la resolución y se ordene la cancelación o reinscripción.

2. El defecto no puede ser sostenido. Como ha mantenido este Centro Directivo en otras ocasiones (véase Resoluciones citadas en los Vistos, en particular la Resolución de 27 de octubre de 2008 y 29 de enero de 2009) a efectos de atribuir la competencia a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, debe seguirse la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1988 y distinguir los «actos de la Administración» de los «actos administrativos», pues sentado que sólo estos últimos son susceptibles de la vía administrativa, dicha calificación la merecen solamente aquellos actos que, junto al requisito de emanar de la Administración Pública, son realizados como consecuencia de una actividad de «imperium» o en ejercicio de una potestad que sólo ostentaría como persona jurídico pública y no como persona jurídico privada.

En este caso, por sentencia judicial firme emanada de procedimiento instado, precisamente, por el titular registral de la finca, el contrato resuelto ha sido calificado de administrativo y el acuerdo municipal de resolución, cancelación y reversión ha sido ratificado judicialmente en sus términos. Por tanto, la compraventa ahora objeto de resolución constituía un contrato administrativo especial instrumentalizado a través de licitación pública y pliego de condiciones cuyo incumplimiento ha sido la causa de la resolución. En virtud del artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (aplicable por razón de la fecha del contrato, según las disposiciones transitorias de las Leyes 13/1995, de 18 de mayo; Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y Ley 30/2007, de 30 de octubre), debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 del mismo texto, de forma que al Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, le corresponde acordar la resolución del contrato. Según doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 24 de febrero de 2009), es suficiente para

obtener la reinscripción la certificación administrativa del acto firme no sólo en vía administrativa sino, como en este caso, también judicial sin necesidad de obtener otra sentencia diferente o escritura pública.

3. Por otra parte, el hecho de que no conste en el Registro el pliego de condiciones y, por tanto, la condición resolutoria administrativa, no supone ningún obstáculo para proceder a la reinscripción ya que como señaló la Resolución, de este Centro Directivo, de 17 de septiembre de 2001, no habiendo pasado la finca a poder de terceros, la persona contra quien se ejercita queda afectada por la resolución como parte contractual.

Este mismo es el criterio sostenido en la actualidad por el artículo 39, apartado 4, letra a), del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que permite la resolución unilateral por la Administración por incumplimiento de condiciones impuestas en la transmisión, siempre que la resolución sea firme en vía administrativa y jurisdiccional.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 11 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos interpuestos por «Comercial Vascongada Recalde, SA» contra las notas de calificación de los registradores mercantiles y de bienes muebles XII y VIII de Madrid, recursos todos acumulados en el mismo expediente, por las que se deniegan las inscripciones de escrituras de elevación a público de acuerdos sociales. («BOE»núm. 40 de 16 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por don F. J. J. J., en nombre y representación de «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», contra la nota de calificación del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Madrid, don Adolfo García Ferreiro; por don F. J. J. J., en la misma representación, contra la nota de calificación de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles VIII de Madrid, doña María Dolores Estella Hoyos; y por don I. M. C.G., en la misma representación, contra la nota de calificación del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, recursos todos acumulados en el mismo expediente, por las que se deniegan las inscripciones de escrituras de elevación a público de acuerdos sociales.

HECHOS

I

Con fecha 15 de julio de 2009, se presenta en el Registro Mercantil de Madrid, copia de la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado, el 9 de julio de 2009, con el número 1152 de protocolo. Dicha escritura es subsanada mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez, el 10 de septiembre de 2009, con el número 1702 de

protocolo, por la que don L. E. S. S., en nombre y representación de la mercantil «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», eleva a público los acuerdos de la Junta General de fecha 30 de marzo, 29 de abril y 9 de julio de 2009, que constan en la certificación unida, de carácter de universal de la Junta, adoptándose los acuerdos por unanimidad, relativos a: 1) reducción del capital social; 2) redacción del artículo 7.º de los estatutos sociales; 3) restitución de aportaciones.

II

Presentadas copias autorizadas de dichas escrituras en el Registro Mercantil de Madrid, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Entidad: Comercial Vascongada Recalde, S.A. Defectos subsanables; Presentada nuevamente en unión de escritura autorizada el 10 de septiembre de 2009 (N.º 1702) por el Notario de Madrid don Antonio Huerta Trólez se observa lo siguiente: 1) Los acuerdos de la juntas celebradas el 30 de marzo, el 29 de abril y el 9 de julio de 2009 elevados a público en la presente escritura han sido anulados y dejados sin efecto por las juntas celebradas el 22 de mayo de 2009 que causó la inscripción 13 de la Hoja Social, el 10 de julio de 2009, que causó la inscripción 15 y por la Junta celebrada el 17 de septiembre de 2009, elevada a público en escritura autorizada el 18 de septiembre de 2009 (n.º 3075) por el Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín y que ha sido presentada en este Registro el 18 de septiembre de

2009 bajo el número de asiento 1175 del diario 2032, número entrada 113.304, que se encuentra vigente (Arts. 115 LSA y 6, 10 y 11 RRM y resoluciones de 17 de febrero de 1992, 25 de julio de 1998 y 5 de abril de 1999). 2) Don L. E. S. S. no está facultado ni para certificar, ni para elevar a público los acuerdos contenidos en dicha escritura n.º 1702/09 ya que fue cesado como administrador único en la junta celebrada el 24 de julio de 2009 que además declaró nula y dejó sin efecto los acuerdos de la junta celebrada el 21 de julio de 2009 y que se elevó a público en escritura autorizada el 27 de julio de 2009 (N.º 2654) por el Notario de Madrid don Francisco Javier Monedero San Martín que se presentó el 31 de julio de 2009 bajo el asiento número 787 de Diario 2023, n.º entrada 111.024 que se encuentra vigente (arts. 115 LSA y 6, 10, 11, 108 y 109 RRM y resoluciones antes citadas). 3). Con relación a las rectificaciones de los acuerdos de las juntas celebradas el 30 de marzo y el 9 de julio de 2009, elevadas a público en dicha escritura n.º 1702/09, no se acredita el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 164, 165 y 166 LSA, 170 RRM y resolución de 14 de julio de 1995. Sin perjuicio (...) Madrid, 29 de Septiembre de 2009. El Registrador (firma ilegable y sello con el nombre y apellidos del Registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. J., en nombre y representación de la mercantil «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 29 de octubre de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: 1.–Calificación nula por incompleta: falta la consulta a los demás titulares del correspondiente sector del Registro Mercantil, artículos 18.8 del código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil; 2.–Ineficacia de los acuerdos adoptados en la Junta de los días 22 de mayo de 2009, 10

de julio de 2009 y 17 de septiembre de 2009. Estos acuerdos han sido revocados por los adoptados por la Junta General de 26 de octubre de 2009, que, además, ha declarado la vigencia de los acuerdos de 30 de marzo de 2009, 29 de abril de 2009 y 9 de julio de 2009; 3.-Inexistencia de acuerdos incompatibles. No existe incompatibilidad alguna, se trata simplemente de acuerdos sucesivos en el tiempo que se anulan o revocan sucesivamente, pero que tienen una inequívoca vigencia temporal cuya legítima publicidad en el Registro Mercantil está inequívocamente amparada por el sistema registral, con cita de las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 2 de enero de 2002, 5 de abril de 1999 y 25 de julio de 1998; 4) Plena facultad certificante y para elevación a público de los acuerdos sociales del administrador único, don L. E. S. S.-el único cargo inscrito de administrador único de la entidad es el de don L. E. S. S.; 5) Con relación al tercero de los defectos: Absoluta falta de motivación de la calificación. Cumplimiento de todos los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para la reducción de capital.

IV

El Registrador emitió informe el día 30 de noviembre de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

V

Mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez, el 23 de julio de 2009, con el número 1.437 de protocolo, don L. E. S. S., en nombre y representación de la mercantil «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», eleva a público los acuerdos de la Junta General de fecha 29 de junio de 2009, que constan en la certificación unida, donde se hace constar la presencia del Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez, el carácter de universal de la Junta adoptándose los acuerdos por

unanimidad, relativos a: 1) transformación de las acciones en nominativas, con modificación del artículo 7 de los estatutos sociales; 2) se añaden dos nuevos párrafos al artículo 12 de los Estatutos Sociales, con una Disposición Transitoria.

VI

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Entidad: Comercial Vascongada Recalde, S.A». Defectos subsanables: 1) Los acuerdos de la junta celebrada el 22 de julio de 2009 elevados a público en la presente escritura han sido anulados y dejados sin efecto por acuerdo de la junta celebrada el 17 de septiembre de 2009 que se elevó a público en escritura autorizada el 18 de septiembre de 2009 (n.º 3.075) por el Notario de Madrid Don Francisco Javier Monedero San Martín que se presentó el 18 de septiembre de 2009 bajo el asiento 1175 del diario 2.032, n.º entrada 113.304. Estando vigente el asiento y calificado con defectos el título (arts. 115 LSA y 6, 10 y 11 RRM y Resoluciones de 17 de febrero de 1992, 25 de julio de 1998 y 5 de abril de 1999). 2) Don L. E. S. S. no está facultado ni para certificar, ni para elevar a público los acuerdos ya que fue cesado como administrador único en la junta celebrada el 24 de julio de 2009 que además declaró nula y dejó sin efecto los acuerdos de la junta celebrada el 21 de julio de 2009 y que se elevó a público en escritura auto-

rizada el 27 de julio de 2009 (N.º 2654) por el Notario de Madrid don Francisco Javier Monedero San Martín que se presentó el 31 de julio de 2009 bajo el asiento número 787 de Diario 2023, n.º entrada 111.024 que se encuentra vigente (arts. 115 LSA y 6, 10, 11, 108 y 109 RRM y Resoluciones antes citadas). 3) Según los datos obrantes en este Registro Mercantil el capital social es de treinta y siete millones quinientos ochenta y cinco mil novecientos catorce euros con cuarenta y un céntimos (artículos 10 y 11 del R.R.M.). Sin perjuicio (...) Madrid, 29 de Septiembre de 2009 El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora)».

VII

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. J. J., en nombre y representación de la mercantil «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 29 de octubre de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: 1.–Calificación nula por incompleta: falta la consulta a los demás titulares del correspondiente sector del Registro Mercantil, artículos 18.8 del código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil; 2.–Ineficacia de los acuerdos adoptados en la Junta de 17 de septiembre de 2009. Estos acuerdos han sido revocados por los adoptados por la Junta General de 26 de octubre de 2009, que, además, ha declarado la vigencia de los acuerdos de 30 de marzo de 2009, 29 de abril de 2009 y 9 de julio de 2009; 3.–Inexistencia de acuerdos incompatibles. No existe incompatibilidad alguna, se trata simplemente de acuerdos sucesivos en el tiempo que se anulan o revocan sucesivamente, pero que tienen una inequívoca vigencia temporal cuya legítima publicidad en el Registro Mercantil está inequívocamente amparada por el sistema registral, con cita de las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 2 de enero de 2002, 5 de abril

de 1999 y 25 de julio de 1998; 4) Plena facultad certificante y para elevación a público de los acuerdos sociales del administrador único, don L. E. S. S.–el único cargo inscrito de administrador único de la entidad es el de don L. E. S. S.; 5) Reducción de capital previamente presentada a calificación.–No existe en este punto defecto alguno, toda vez que la cifra de capital consignada en la escritura de modificación de estatutos objeto de calificación incorpora ya la cifra de capital social resultante de la reducción de capital previamente otorgada y previamente presentada a inscripción, y que se encuentra pendiente de inscripción.

VIII

La Registradora emitió informe el día 30 de noviembre de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

IX

Mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, el 27 julio de 2009, con el número 2.654 de protocolo, don I. M. C. G., en nombre y representación de la mercantil «Comercial Vascongada Recalde, S.A.» eleva a público los acuerdos de la Junta General de fecha 24 de julio de 2009, que constan en la certificación unida, donde se hace constar el carácter de universal de la junta adoptándose los acuerdos por unanimidad, relativos a: 1) cese del administrador único; 2) revocación de cualquier poder o autorización que pudiera tener el administrador cesado; 3) nombramiento de nuevo administrador; 4) anular y dejar sin efecto los acuerdos de la junta general de 21 de julio de 2009. Presentada la indicada escritura en el Registro Mercantil de Madrid el 31 de julio de 2009, fue objeto de una primera nota de calificación, con fecha 10 de septiembre. Dicha escritura fue objeto de una Diligencia de rectificación de fecha 14 de septiembre de 2009.

X

Con fecha 14 de septiembre, se presenta nuevamente el documento relacionado, en unión de acta autorizada por el mismo Notario, el día 5 de agosto de 2009, con el número 2.824 de su protocolo y testimonio de la diligencia de fecha 14 de septiembre de 2009. Es objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Entidad: Comercial Vascongada Recalde, S.A.: Defectos subsanables: Presentada nuevamente en unión de acta autorizada por el mismo Notario con el número 2824/09 y de testimonio de diligencia librado el 14 de septiembre de 2009 se observa que se encuentran presentadas las siguientes escrituras en que se elevan a público acuerdos de la misma sociedad que se oponen y resultan incompatibles con la presente: la autorizada el 23 de julio 2009 (n.º 1.437) por el Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez que causó el asiento 1090 del diario 2021, n.º entrada 96.542, la autorizada el 9 de julio de 2009 (n.º 1152) por el Notario de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado que causó el asiento número 204 del diario 2017, n.º entrada 110.859 y la autorizada el 18 de septiembre de 2009 (n.º 3.075) por el Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero que causó el asiento 1175 del diario 2032, n.º entrada 113304. Dichos títulos han sido calificados con defectos en esta misma fecha y están vigentes los respectivos asientos de presentación (arts. 6, 10 y 11 RRM y Resoluciones de 17 de febrero de 1992, 25 de julio de 1998 y 5 de abril de 1999).

Sin perjuicio (...) Madrid, 29 de Septiembre de 2009 El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del Registrador)».

XI

Contra la anterior nota de calificación, don I. M. C. G. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 22 de octubre de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: 1) Que personado a primera hora del día 14 de septiembre de 2009 en el Registro Mercantil en la planta baja en «presentaciones de documentos», averiguó que dicho defecto se refiere a la existencia de dos escrituras de la citada sociedad de las que desconozco su existencia hasta dicha fecha, y que deben ser inscritas por el tracto sucesivo previamente, a saber: a) 1152/2009, de 9 de julio de 2009, del Notario de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado, con el número de entrada inicial en el Registro Mercantil 89.653 y posterior 109.305. b) 1437/2009, de 23 de julio de 2009, del Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez con el número de entrada en el Registro Mercantil 96.542. 2) Que con fecha 17 de septiembre de 2009 presentó escrito número 112.682 al Registro Mercantil, documento número 7 que se adjunta con los documentos aportados al Registro Mercantil, por el que solicitaba la no inscripción de las escrituras notariales número 1152 de la Junta de 9 de julio de 2009 y número 1.437 de la Junta de 22 de julio, respectivamente números de entrada en el Registro Mercantil 89.653 y 96.542 porque adolecían de graves defectos de nulidad en cuanto a la convocatoria y asistencia de las Juntas al ser declaradas universales porque no intervenían los legatarios. Todas las Juntas impugnadas y anuladas celebradas con carácter universal, el 30 de marzo de 2009, el 29 de abril de 2009 y el 9 de julio de 2009 y a la que se dicen asistieron todos los accionistas de las mismas, cuestión materialmente imposible dado

el fallecimiento de don J. M. C. R., como accionista único de dicha sociedad, y no haber sido convocados ni asistido los legatarios, únicos y legítimos titulares de las acciones, desde su fallecimiento. Además, ambas Juntas de 9 de julio de 2009 y de 22 de julio de 2009 y sus correspondientes escrituras notariales han sido anuladas y dejadas sin efecto mediante la escritura notarial número 3.075 del 18 de septiembre de 2009 del Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, presentada al Registro Mercantil el 18 de septiembre de 2009 con el número de entrada 113.304, documento número 8, en la que se elevan a público los acuerdos alcanzados en la Junta de la sociedad de fecha 17 de septiembre de 2009 que en los puntos 2.º y 3.º del Orden del día anula y deja sin efecto dichas Juntas y todos los acuerdos allí alcanzados. Además como ya se ha dicho la nulidad de dichas Juntas y sus correspondientes acuerdos fue publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el correspondiente periódico, documento número 1 de los anteriormente presentados en el escrito de 17 de septiembre. 3) Que en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 15 de septiembre de 2009, N.º 176, en la página 29.599, documento número 9, aparece anuncio de la sociedad «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», con la cuantía de la reducción del capital social fijada en la Junta General Extraordinaria de 30 de marzo de 2009 posteriormente modificada por la Junta de 29 de abril de 2009. Todo lo referente a dichas Juntas ha sido anulado expresamente en la Junta General Extraordinaria de la sociedad de fecha 17 de septiembre de 2009 que ratifica lo acordado en anteriores Juntas que motivaron la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, N.º 119, página 23.455, de 26 de junio de 2009 y en el periódico «El Economista» del 23 de junio de 2009 del anuncio de anulación de dichas Juntas, tanto la del 30 de marzo de 2009 como la de 29 de

abril de 2009. Por tanto, el Registro Mercantil no debería dar ninguna validez, ni debería tener ningún título de publicidad frente a terceros dicho anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil que trata de dos Juntas anuladas anteriormente. 4) Que con fecha 28 de septiembre de 2009 el Registrador Mercantil devuelve íntegramente la documentación aportada en escrito de 17 de septiembre de 2009 diciendo que conforme a los artículos 50 y 94 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que por su forma y contenido no puede provocar operación registral alguna, documento número 10. 5) Que no estando conforme con la respuesta dada por el Registrador y en contestación al escrito del Registro Mercantil de fecha 28 de septiembre de 2009, vuelvo a presentar escrito, número de presentación 117.852, que se adjunta como documento número 11, insistiendo en la oposición a la inscripción de las escrituras a las que se refiere mi escrito de fecha entrada 17 de septiembre de 2009 y ampliación de dicho escrito de fecha 30 de septiembre de 2009, toda vez que los artículos citados por el Registrador para oponerse, ya que no provocan operación registral alguna, no son de aplicación a este supuesto en concreto y van en contra de todo lo actuado hasta la fecha por el Registro Mercantil al cual pertenece. Lo que se pretende es poner en conocimiento del Registro Mercantil, si se hubiesen analizado los documentos aportados, una serie de hechos gravísimos que deben incidir en la no inscripción de la escritura 1152 y 1437 ambas del 2009 de los Notarios de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado y don Antonio Huerta Trólez, respectivamente, que han motivado la presentación de la correspondiente querrela criminal y demanda de impugnación de los acuerdos mercantiles de dichas Juntas de 9 de julio de 2009 y de 22 de julio de 2009, demandas cuyas copias se adjuntaban dentro de la documentación aportada al Registro. Que con fecha 30 de septiembre

de 2009 el Registrador Mercantil devuelve íntegramente la documentación aportada en escrito de 29 de septiembre de 2009 diciendo que conforme a los artículos 50 y 94 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que por su forma y contenido no puede provocar operación registral alguna, documento número 12.

6) Que con fecha 5 de octubre de 2009 retiro en mano, del Registro Mercantil, las escrituras presentadas de la sociedad números de protocolo 2654 de 27 de julio de 2009 y número 3075, de 18 de julio de 2009, ambas del Notario Monedero San Martín, que incluyen nota del Registro Mercantil que dice textualmente: «presentada nuevamente en unión de acta autorizada por el mismo notario con el número 2824/09 y de testimonio de diligencia librado el 14 de septiembre de 2009 se observa que se encuentran presentadas las siguientes escrituras en que se elevan a público acuerdos de la misma sociedad que se oponen y resultan incompatibles con la presente: la autorizada el 23 de julio de 2009 (1437) por el Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez, la autorizada el 9 de julio de 2009 (1152) por el Notario de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado, y la autorizada el 18 de septiembre de 2009 (3.075) por el Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín. Dichos títulos han sido calificados con defectos en esta misma fecha y están vigentes los respectivos asientos de presentación (artículos. 6, 10 y 11 del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de 17 de febrero de 1992, 25 de julio de 1998 y 5 de abril de 1999)», documento número 1 del presente recurso de alzada. 7) Debo entender que finalmente e indirectamente el Registro Mercantil acepta en parte mis argumentaciones y decide no inscribir las citadas escrituras notariales referentes a la reducción de capital, a saber las escrituras citadas como que se oponen y resultan incompatibles con la por mi presentada son la número de protocolo 1.152, de 9 de

julio de 2009, del notario de Madrid, don Pedro Antonio Mateos Salgado, y la número de protocolo 1.437, de 23 de julio de 2009, del Notario de Madrid, don Antonio Huerta Trólez, con las presentadas de fecha 2.654, de 27 de julio de 2009, y 3.075, de 18 de septiembre de 2009, ambas del Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín. Sorprendentemente ahora, pero entiendo que correctamente, actúa el Registro Mercantil cuando no inscribe las escrituras opuestas e incompatibles de reducción de capital o la de modificación de estatutos sociales cuando además dichas Juntas y sus acuerdos han sido anulados por Juntas posteriores elevadas a público y sus acuerdos han obtenido publicidad frente a terceros con la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En cualquier caso inscribir los acuerdos acordados por los herederos en las Juntas de 9 de julio de 2009 y 22 de julio de 2009 supondrá automáticamente que también se inscriban los acuerdos alcanzados por los legatarios en la junta de 17 de septiembre de 2009 que revoca lo acordado en esas Juntas, y en este juego de revocaciones, ahora también de estatutos sociales y nombramientos de nuevos administradores, de acuerdos alcanzados en las Juntas podemos estar, ambas partes, hasta que los Tribunales de Justicia se pronuncien, con el desgaste y descrédito de las funciones de publicidad para el Registro Mercantil frente a terceros. 8) Pero, sin embargo, la citada acta notarial 2.654, de 27 de julio de 2009, tiene un orden del día de la Junta distinto en algunos puntos a las de las otras Juntas y se puede proceder a inscribir, por lo menos, el nombramiento del nuevo administrador de la sociedad, punto 1 y 3 del orden del día de la escritura 2654 de 27 de julio del Notario don Francisco Javier Monedero San Martín, que no se opone ni es incompatible con los números de protocolo 1.152 y 1.437 antes indicados. Es más, el Registro Mercantil, en circunstancias similares y con una documenta-

ción parecida ha procedido a inscribir las escrituras notariales con ceses y nombramientos de administradores únicos de la sociedad constando la oposición al mismo. Por tanto, ¿por qué no se inscribe el cese y nombramiento de un administrador único de la sociedad como se ha hecho hasta ahora? La última escritura inscrita de la sociedad referente al cese y nombramiento de cargos es la 1.371, de 21 de julio de 2009 del Notario don Antonio Huerta Trólez, documento número 13. Contra dicho nombramiento los legatarios como propietarios de «Comercial Vascongada Recalde, S.A.», desde el 8 de marzo de 2009 celebran la Junta General Extraordinaria con carácter de universal recogida en la escritura notarial 2.654 del Sr. Monedero y que ahora se decide no inscribir porque se dice incompatibles con otras dos entre cuyos acuerdos de orden del día no aparece nada referente al cese y nombramiento de administradores de la citada sociedad. Así a saber, las inscripciones practicadas hasta la fecha, esto es, la números 12, 13, 14, 15 y 16, que van desde la Junta de 30 de marzo de 2009 hasta la Junta de 21 de julio de 2009, todas ellas con ceses y nombramientos de administrador único de la citada sociedad se encuentran inscritas con una oposición en cada caso a los acuerdos adoptados e inscritos, pendientes de las resoluciones judiciales oportunas, documento número 14. En este supuesto no acabamos de entender los motivos por los que en un caso se actúa por el Registro Mercantil de una manera y en similares casos se actúa de la manera contraria. Y como elemento adicional de esta Dirección General de Registros y del Notariado, cabría decir que desde el fallecimiento de don J. M. C R., el 8 de marzo de 2009, como propietario del 100% de las acciones de la sociedad, se ha modificado e inscrito en el Registro Mercantil cinco veces, estando pendiente esta sexta, en brevísimo espacio de tiempo, el cargo de administrador único de la sociedad «Comercial

Vascongada Recalde, S.A.», tres por parte de los herederos de acuerdo a las Juntas de 30 de marzo de 2009, de 9 de julio de 2009 y de 21 de julio de 2009, y otra tres de los legatarios conforme a las Juntas de 22 de mayo de 2009, 10 de julio de 2009 y 24 de julio de 2009, esta última pendiente de inscripción, como ya se ha dicho, y que motiva la presentación del presente recurso de alzada.

XII

El Registrador emitió informe el día 26 de noviembre de 2009, junto con el informe emitido por el Notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, de fecha 16 de noviembre de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo. Con fecha 30 de junio de 2010, don I. M. C. G. aporta Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid, de 14 de junio de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 440, 882 y 885 del Código Civil; 18.2 del Código de Comercio; 326 de la Ley Hipotecaria; 6, 10, 11, 15 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de 25 de junio de 1990, 2 de enero de 1992, 6 de junio de 1994, 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 13 de noviembre de 2001, 2 de enero de 2002, 31 de marzo de 2003 y 8 de noviembre de 2003, y 6 de julio y 14 de diciembre de 2004.

1. En la presente Resolución se acumulan tres recursos, dada su vinculación entre ellos. Se trata de tres escrituras de elevación a público de acuerdos de la Junta General de accionistas de la sociedad «Comercial Vascongada Recalde, S.A.» –de reducción de capital, transformación de acciones al portador en nominativas y nombramiento de administrador, entre otros–, contradictorios entre sí y

también contradictorios respecto de otros acuerdos de Junta General, previamente inscritos en fechas recientes, o que resultan de títulos presentados con posterioridad, que evidencian una situación de conflicto entre dos grupos que se atribuyen la titularidad de las acciones. Unos proceden de Juntas Universales adoptados por quienes se consideran socios en cuanto legatarios de cosa específica de las acciones; y otros acuerdos proceden de Juntas Universales de otras personas que se consideran accionistas como herederos de las acciones, sin que conste la entrega del legado por los herederos.

En el Registro Mercantil figuran asientos sucesivos, primero de nombramiento de administrador único de la sociedad a favor de don L. E. S. S. –grupo herederos– y a continuación otros de nombramiento de administrador único a favor de don I. C. G. –grupo legatarios–, así en total hasta cinco, todos ellos con notificación al anterior administrador conforme al artículo 111.1 del Reglamento del Registro Mercantil; y cinco notas marginales de interposición de querellas sucesivas por falsedad de las certificaciones de los acuerdos.

Los Registradores deniegan la inscripción de los acuerdos por cuatro defectos –tomados en conjunto–: 1) porque los acuerdos cuya inscripción se pretende han sido declarados nulos en virtud de otra Junta Universal y en consecuencia el administrador único que los eleva a públicos carece de legitimación registral para ello; 2) porque no se reúnen los requisitos exigibles para la reducción de capital, aunque no se especifican; 3) porque no pueden inscribirse acuerdos de modificación estatutaria mientras no esté inscrita la reducción de capital, en cuanto afecta a la determinación de las mayorías exigibles; 4) porque no se puede inscribir el nombramiento de administrador del grupo legatarios por ser incompatible con los títulos presentados con anterioridad.

2. Debe señalarse, con carácter previo, que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, por lo que no cabe tener en cuenta en el expediente del recurso, documentos presentados al interponer el recurso y no tenidos en cuenta en la calificación registral (Resoluciones de 30 de mayo y 31 de octubre de 2002).

3. Igualmente, como cuestión previa alega el recurrente que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 18.8 del Código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe recordarse que dicho precepto reglamentario establece para el caso del Registro Mercantil servido por varios titulares que «siempre que el Registrador a quien corresponda la calificación de un documento aprecie defectos que impidan practicar la operación solicitada, los pondrá en conocimiento del cotitular o cotitulares del mismo sector, a quienes pasará la documentación. El que entendiere que la operación es procedente, la practicará bajo su responsabilidad». Pues bien, los Registradores manifiestan en su nota de calificación que han dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, afirmación que reiteran en sus informes, por lo que esta Dirección General, dentro del ámbito de este recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), debe ceñirse a la nota de calificación.

4. Entrando en las cuestiones sustantivas, el primer defecto debe ser confirmado. Es cierto, por lo que resulta del historial registral de la sociedad (donde constan sucesivos nombramientos contradictorios de administrador único e interposición de sucesivas querellas por falsedad de las certificaciones de los

acuerdos sociales), así como de los títulos presentados y de las propias alegaciones de los recurrentes, que se trata de una situación de conflicto entre dos grupos que pretenden ostentar los derechos políticos de las acciones. La pretensión del primer grupo deriva de su condición de legatarios de cosa específica (las acciones de la sociedad), y como tales, propietarios de las acciones legadas desde la muerte del testador, conforme al artículo 882 del Código Civil; mientras que la pretensión de los segundos, deriva de su condición de herederos, quienes ostentan la posesión civilísima, conforme al artículo 440 del Código Civil. No obstante, debe partirse de la necesaria entrega del legado por el heredero o albacea, si se hallare autorizado para darla, conforme al artículo 885 del Código Civil, entrega que no se ha efectuado.

5. Este Centro Directivo ha sostenido como regla general la aplicación del principio de prioridad, permitiendo –por su orden de presentación– la inscripción sucesiva de acuerdos sociales que pudieran ser contradictorios, sin perjuicio de la posibilidad de pedir la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales o resolución judicial firme de suspensión de los acuerdos (cfr. Resoluciones citadas en los Vistos; por todas, la Resolución de 6 de julio de 2004). Ahora bien, ante situaciones de conflicto entre socios que se traducían en contenidos documentales contradictorios que no permitían comprobar si se había logrado o no un determinado acuerdo, o cuál de entre los que se pretendía que se hubieran adoptado debía prevalecer, se ha respaldado la decisión de rechazar la inscripción a fin de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto a institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2003, entre otras).

6. Por otra parte, como ya dijera esta Dirección General –en su Resolución de

fecha 8 de noviembre de 2003–, al estar sujeta a la calificación registral la validez de los actos a inscribir (cfr. artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), tratándose de acuerdos de órganos colegiados de una sociedad lo primero que habrá de valorarse para juzgar sobre esa validez, en cuanto es presupuesto de la misma, es la regularidad de la reunión, condicionada, a su vez, bien a la convocatoria en forma, bien a la concurrencia de los requisitos que habilitan su celebración como universal.

7. Pues bien, de la documentación presentada –que motiva los tres recursos acumulados– resulta la existencia de una situación de conflicto respecto de la titularidad civil de las acciones, que no corresponde a este Centro Directivo decidir.

Unos acuerdos proceden de Juntas Universales y fueron adoptados por quienes se consideran socios en cuanto legatarios de cosa específica de las acciones. Por el contrario, otros acuerdos proceden de Juntas Universales de socios que se consideran accionistas como herederos de las acciones, basándose en que no se ha efectuado la entrega del legado.

Consecuentemente, en el presente caso y atendiendo a las circunstancias concurrentes, que se deducen de las inscripciones anteriores de la hoja de la sociedad (inscripciones 13, 14, 15 y 16), de las notas de calificación, de los títulos presentados y de las alegaciones de los recurrentes, se advierte que se está haciendo un uso impropio del Registro Mercantil, institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas y no a la resolución de las diferencias entre los eventuales titulares de las acciones, siendo los Tribunales de Justicia quienes deben resolver esos conflictos.

8. En cuanto al segundo defecto –no cumplimiento de los requisitos exigibles

en materia de reducción de capital– debe estimarse el recurso. La integridad en la exposición de los argumentos sobre los que el Registrador asienta su calificación es requisito «sine qua non» para que el interesado o legitimado en el recurso (artículo 325 de la Ley Hipotecaria) pueda conocer en su totalidad los razonamientos del Registrador, permitiéndole de ese modo argumentar en vía de recurso frente a la decisión de éste. Sobre el Registrador pesa el deber ineludible de motivar su calificación cuando es de carácter negativo. Por ello, deben exigirse al Registrador, en orden al cumplimiento de su deber de motivar la calificación, la denominada tempestividad (esto es, que sea oportuna en tiempo) y la suficiencia de la motivación ofrecida. Respecto de este requisito –que ha de tener la motivación–, esta Dirección General (cfr., por todas, las Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo y 1 y 28 de abril de 2005, entre otras más recientes) ha acotado qué debe entenderse por suficiencia de la calificación negativa, y, en el presente caso, debe reconocerse la falta de concreción de los defectos apreciados, toda vez que la simple remisión a los artículos 164, 165 y 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 170 del Reglamento del Registro Mercantil, es insuficiente, dados los múltiples requisitos que establecen dichos preceptos para la inscripción de un acuerdo de reducción de capital social. El Registrador debería haber precisado los concretos requisitos que imponen dichos preceptos y que no han sido debidamente cumplidos, de modo que permitiese, al interesado, alegar cuanto le conviniese en su defensa.

9. En cuanto al tercer y cuarto defecto no procede entrar, dada la estimación del primero, en tanto no se clarifique judicialmente la titularidad de las acciones.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente

el recurso en cuanto al segundo defecto en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos, y desestimarlos en cuanto a los demás defectos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN 1ª de 18 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Jávea, don Juan Luis Millet Sancho, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Alicante, a inscribir la escritura de constitución de una sociedad limitada profesional. («BOE»núm. 41 de 17 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Jávea, don Juan Luis Millet Sancho, contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco José Salvador Camperá, a inscribir la escritura de constitución de una sociedad limitada profesional.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Jávea, don Juan Luis Millet Sancho, el 10 de marzo de 2009, se constituyó por dos fundadores una sociedad

limitada profesional bajo la denominación «Dura-Harvey Lawyers, S. L. P.», con la circunstancia de que el primero de los apellidos del socio profesional es Dura y el del socio no profesional es Harvey.

II

El mismo día del otorgamiento se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Alicante; causó asiento número 63 del Diario 251, y fue objeto de calificación negativa el 12 de marzo de 2009. Presentada nuevamente el 13 de mayo de 2009, se suspendió la inscripción mediante calificación de 18 de mayo de 2009, que a continuación se transcribe en lo pertinente en este recurso: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada, conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos... Fundamentos de Derecho (defectos). 1.–Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de que habiendo adoptado la sociedad una denominación mixta (Dura-Harvey Lawyers, S. L. P.), con mezcla de elementos subjetivos (el primer apellido de los dos socios, Dura-Harvey) y objetivos (Lawyers), se incluye en la parte subjetiva de dicha denominación el apellido de uno de los socios no profesionales (Harvey), en contra de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 2/07 Sociedades Profesionales. 2.–...Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del R. R. M., contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro».

III

El 20 de mayo de 2009, la calificación fue notificada al Notario autorizante, quien presentó recurso contra aquélla el

19 de junio de 2009, en el que alega, en esencia, que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 de la Ley 2/2007 debe restringirse a las denominaciones sociales puramente subjetivas, por tres razones: a) porque sólo a éstas se refiere literalmente el precepto; b) porque la inclusión de elementos objetivos en la denominación desnaturalizaría su aplicación; y c) porque toda limitación al principio general de libertad de elección de la denominación social debe interpretarse restrictivamente. Añade, además, que para que una denominación merezca el calificativo de subjetiva debe estar integrada por el nombre propio y al menos un apellido de las personas, según resulta de los artículos 400 y 401 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de esta Dirección General de 8 de octubre de 1998 y 14 de abril de 2000.

IV

Mediante escrito con fecha de 26 de junio de 2009 el Registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 2 de julio de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales; 126 y 146 del Código de Comercio; 2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 400 y 401 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 8 de octubre de 1998, 14 de abril de 2000 y 14 de mayo de 2007.

1. Se plantea en el presente recurso si una sociedad profesional constituida por dos socios –uno profesional y otro no profesional– puede o no adoptar una denominación en la que se incluyen refe-

rencias a unos apellidos que coinciden con el primero de cada uno de tales socios («Dura-Harvey») junto a un elemento objetivo («Lawyers»).

Para resolver la cuestión planteada deben tenerse en cuenta algunas consideraciones generales sobre el significado de la denominación de las sociedades mercantiles y de las distintas consecuencias que se deriven del carácter subjetivo u objetivo de la misma.

2. La atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquélla, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujeto de Derecho que se erige en centro de imputación de derechos y obligaciones.

Respecto de la utilización de una denominación subjetiva, y como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 8 de octubre de 1998, «[el] distinto régimen jurídico de las sociedades personalistas frente al aplicable a las de capital ha llevado al legislador a imponer unos distintos criterios a la hora de integrar el signo distintivo de las mismas que es su denominación. Y así, aparte de las reglas relativas a las menciones identificativas de la forma social, nos encontramos con que las primeras han de girar bajo el nombre de todos los socios colectivos, de algunos de ellos o de uno solo, debiendo añadir en los dos últimos casos, al nombre o nombres que se expresen, las palabras «y Compañía», y en el caso de ser comanditaria simple, las de «Sociedad en comandita», nombre colectivo que constituirá la razón o firma social (artículos 126 y 146 del Código de Comercio). Esa exigencia legal de inclusión del nombre de alguno de los socios colectivos se traduce a nivel reglamentario en la necesidad de expresar su nombre y apellidos o al menos el nombre y uno de los apellidos, sin que, curiosamente, se

haya regulado el supuesto de ser el socio colectivo una persona jurídica (artículo 400.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Para las segundas, si bien a nivel legal tan solo existe la prohibición de adoptar una denominación idéntica con la de otra sociedad preexistente y la necesidad de incluir la indicación de la forma social (cfr. artículos 2 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada [actual artículos 6 y 7 de la Ley de Sociedades de Capital]), se admite en sede reglamentaria que puedan optar por una denominación de fantasía u otra subjetiva, caso éste en que la inclusión total o parcial de nombre o seudónimo de un persona exige su consentimiento, que se presume prestado cuando dicha persona sea socio de la misma (artículo 401.1 del mismo Reglamento)».

En dicha Resolución se concluyó que el simple recurso al criterio sistemático en la interpretación de dichas normas debe conducir a entender que el nombre cuya inclusión en la denominación social contempla el artículo 401 del Reglamento del Registro Mercantil ha de ser el mismo que necesariamente ha de estar incluido en la razón social a que se refiere el artículo 400.2 del mismo Reglamento, es decir, que debe como mínimo referirse al nombre propio y al menos un apellido. Y en la Resolución de 14 de mayo de 2007 este Centro Directivo entendió que la norma del artículo 401.1 del citado Reglamento pretende garantizar la seguridad jurídica y la protección de los terceros en el tráfico jurídico, en tanto en cuanto trata de impedir las confusiones que en dicho tráfico pudieran derivarse de una falsa apariencia sobre la composición personal de una sociedad o sobre su vinculación con determinada persona.

3. En relación con la denominación de las sociedades profesionales el artículo 6 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, establece un principio de libertad al permitir que puedan adoptar una denomina-

ción subjetiva u objetiva. De este modo, se admite que tengan este último carácter aunque sean sociedades personalistas.

Sin embargo, en el apartado 2 de dicho precepto legal se dispone que si la denominación es subjetiva «se formará con el nombre de todos, de varios o de alguno de los socios profesionales». Se trata de una norma que se fundamenta en la enorme importancia que en este tipo de sociedades tienen el prestigio y la reputación de los profesionales que la integran como socios respecto de la clientela. Desde este punto de vista, es lógico que se excluya la posibilidad de incluir en la denominación social el nombre de los socios no profesionales (bien porque no reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social o bien porque, aun reuniéndolos, no la ejerzan en el seno de la sociedad).

Habida cuenta de la «ratio legis» de dicha norma, no puede compartirse la interpretación del recurrente según la cual la denominación cuestionada carecería de carácter subjetivo por el hecho de no haberse integrado por el nombre y al menos un apellido de los socios. En efecto, es claro que la mera inclusión del apellido de los socios en la denominación social afecta al aspecto reputacional referido, sin necesidad de abordar en este recurso cuáles sean los requisitos concretos que haya de cumplir la composición de la denominación subjetiva y si resulta en todo caso aplicable el artículo 400.2 del Reglamento del Registro Mercantil (extremo éste que puede tener evidente trascendencia, por ejemplo, cuando haya varios socios profesionales con el mismo apellido que integre la denominación social y deban aplicarse las normas que establece el artículo 6.3 de la Ley 2/2007 en caso de pérdida de la condición de socio profesional de uno de aquéllos).

Tampoco puede acogerse el criterio del recurrente, según el cual no quedaría vedada la inclusión del nombre de un socio no profesional en la denominación social por el hecho de añadirse a ésta una referencia objetiva. La solución negativa debe mantenerse también en este caso: en primer lugar, porque la añadidura de ese elemento objetivo no haría sino favorecer el fácil incumplimiento de la norma imperativa del artículo 6.2 de la Ley de Sociedades Profesionales. Dicho precepto establece un límite que responde a la necesidad de evitar que se genere frente a terceros una falsa apariencia sobre la composición personal de la sociedad. En este caso, además, se incluye una referencia añadida –aunque sea en idioma inglés– a la actividad profesional de abogados que constituye el objeto social, por lo que no puede entenderse que deje de tratarse de una denominación subjetiva. Esta conclusión se basa en el artículo 400.2 del Reglamento del Registro Mercantil al admitir que forme parte de la denominación de tal carácter alguna expresión que haga referencia a una actividad que esté incluida en el objeto social.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN 2ª de 18 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso Manuel Cavallé Cruz, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Las Palmas de Gran Canaria, a inscribir una escritura de apoderamiento. («BOE»núm. 41 de 17 de febrero de 2011.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso Manuel Cavallé Cruz, contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, a inscribir una escritura de apoderamiento.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 11 de mayo de 2009 por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso Manuel Cavallé Cruz, la sociedad «Binter Formación, S. L. U.», confirió determinado apoderamiento a favor de varias personas que en dicha escritura se relacionan, señalando como limitación de tal poder la siguiente: «Limitación: El presente poder tendrá vigencia hasta el día 31 de junio de 2010, en cuyo momento quedará automáticamente revocado sin valor ni efecto alguno».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil I de de Las Palmas de Gran Canaria, fue calificada el 8 de junio de 2009 con la siguiente nota: «Registro Mercantil Las Palmas... El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de confor-

midad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho... Fundamentos de Derecho (defectos). 1. Aclarar limitación temporal del poder otorgado. La fecha en que el poder queda automáticamente revocado no puede ser la de 31 de Junio de 2010, teniendo en cuenta que el mes de Junio está integrado por solo treinta días. 2. El/los defecto/s anterior/es tiene/n la consideración de subsanable/s, no habiéndose tomado anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 62.4 del Reglamento del Registro Mercantil por no haberse solicitado. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R. R. M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación...» (Sigue la indicación de la aplicación del cuadro de sustituciones y los posibles recursos, fecha y firma del Registrador).

III

El 29 de junio de 2009, el Notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alegó, en síntesis:

1. Que no le había sido notificada en forma la calificación efectuada por el Registrador Mercantil, si bien había tenido conocimiento de la misma por los propios interesados.

2. Que la fijación de la fecha de revocación del poder el día «31 de junio de 2010» constituye un simple error material, carente de trascendencia, que debería haberse resuelto entendiendo hecha la mención al último día del mes de junio y que no justifica la paralización del tráfico ni las incomodidades, perjuicios y gastos que se ocasionaban al ciudadano con la no inscripción. Cita además en defensa de su postura el contenido de la

Resolución de este Centro Directivo de 19 de julio de 2006, y otras que revocan defectos por un exceso de rigor en los formalismos.

IV

El Registrador formó expediente que, en unión de su preceptivo informe (al que acompañaba una fotocopia de la comunicación de la calificación al fax del Notario autorizante en determinada fecha y con confirmación de su recepción), remitió a este Centro Directivo para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 45.1, 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 107, 108 y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos; el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; y las Resoluciones de esta Dirección General de 29 de octubre de 1984, de 19 de junio de 1990, 20 de julio de 1994, 4 de septiembre y 23 de diciembre de 1998, 26

de enero y 24 de noviembre de 1999, 17 de noviembre de 2000, 21 de noviembre y 13 de diciembre de 2001, 8 de abril de 2003, 12 y 27 de septiembre, y 15 de octubre de 2005, 6 y 19 de abril, y 26, 30 y 31 de mayo, y 17 y 19 (dos) de julio de 2006, 12 y 30 de mayo, 26 de junio, 16 y 19 de julio, 1 y 31 de octubre, 7, 13, 14, 15 y 19 de noviembre, y 1 y 16 de diciembre de 2007, 2 y 28 de febrero de 2008, 2 de marzo, 26 de mayo, 29 de julio y 1 de octubre de 2009, y 12 de enero, 22 de septiembre y 16 de octubre de 2010, entre otras.

1. Como cuestión formal previa, plantea el Notario recurrente que no ha recibido en forma la notificación de la calificación registral, mientras que el Registrador alega que ha realizado dicha notificación mediante telefax (adjunta a su informe copia de lo que denomina «reporter» de determinada comunicación, realizada por dicho medio y dirigida al número de telefax correspondiente al referido Notario).

Conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria (según redacción resultante de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), el Registrador de la Propiedad debe notificar la calificación negativa al Notario autorizante del título, en el plazo y la forma establecidos en dicho precepto legal, que establece que dicha notificación se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El referido artículo 59 de esta Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que las notificaciones «se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado».

Ciertamente, en principio, el telefax no comporta estas garantías, toda vez que el

recibo del mismo lo realiza el aparato emisor y no el receptor, sin que deje constancia de la recepción (que puede no haberse producido por otros motivos, como, por ejemplo, por ausencia de papel en dicho aparato receptor, inexistencia de persona que recoja el escrito, etc.) y sin que conste dato alguno sobre la persona que recoja la comunicación, ni la fecha y momento en que ésta se produce.

Por ello, respecto de la regularidad de la notificación de la calificación negativa en relación con la fijación del «días a quo» del cómputo del plazo para la interposición del recurso –así como en relación con el inicio del plazo de prórroga del asiento de presentación– (cfr., artículo 323 de la Ley Hipotecaria), este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 12 de mayo, 19 de julio, 14 de noviembre y 1 de diciembre de 2007, y 28 de febrero de 2008, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve reiteradamente que el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa.

Es cierto que el propio artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente. Se trata ésta de una disposición, redactada por la citada Ley 24/2001, concordante con el texto que entonces tenía el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992 («Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos»). Pero es también cierto que este último apartado fue derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos

a los Servicios Públicos. Asimismo, la referida disposición del artículo 322 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretada atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (en virtud de lo previsto en los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre) se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos (cfr., los artículos 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; y, en otro ámbito, los artículos 45.1 de la Ley 30/1992, 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; y las Resoluciones de 29 de julio y 1 de octubre de 2009, y 12 de enero, 22 de septiembre y 16 de octubre de 2010, entre otras).

No obstante, en el presente caso, el hecho de que el Notario reconozca que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, como lo demuestran, además, los términos en ha interpuesto el recurso, tiene como consecuencia que el posible defecto formal en que se hubiera incurrido hubiera quedado sanado, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992.

2. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se presenta a inscripción una escritura de apoderamiento en la que se expresa que éste «tendrá vigencia hasta el día 31 de junio de 2010, en cuyo momento quedará automáticamente revocado sin valor ni efecto alguno».

El Registrador Mercantil suspende la inscripción de dicha escritura mientras no se aclare cuál es la fecha prevista para

la finalización de la vigencia de dicho apoderamiento, toda vez que el mes de junio sólo tiene treinta días.

El Notario alega que se trata de un simple error material, que debería haberse resuelto entendiendo hecha la mención al último día del mes de junio.

Es cierto que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», especialmente las de 17 y 19 de julio de 2006, 26 de junio de 2007, 2 de marzo de 2009 y 16 de octubre de 2010), el correcto ejercicio de la función calificadora del Registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato correcto.

Ahora bien, lo que no puede hacer el Notario autorizante de la escritura calificada es trasladar al Registrador la responsabilidad de la subsanación del error padecido en el presente caso respecto de una cuestión que no puede ser resuelta por vía meramente interpretativa para dar por supuesto que, al referirse al inexistente día 31 del mes de junio, se quería aludir al último día del mes de junio, puesto que carece de elementos que permitan alcanzar la certeza de que ésa era la verdadera voluntad del otorgante y descartar que éste quisiera referirse al último día de otro mes de los que comprenden treinta y un días, como el de julio –cuya grafía diverge en una sola letra de la del mes de junio–. El Notario contaba con elementos de juicio sufi-

cientes (especialmente, la voluntad de las partes expresada en el momento del otorgamiento de la escritura) para saber si se refería al último día de junio, pero no el Registrador.

Por tanto, son razonables las dudas expresadas por el Registrador y su exigencia de que el extremo erróneamente consignado en el título sea subsanado, y no es atendible la cita que el Notario recurrente hace de la Resolución de 19 de julio de 2006, en defensa de su postura, pues con una simple diligencia, conforme artículo 153 del Reglamento Notarial, se daría adecuada respuesta al problema planteado, sin necesidad de cualquier actuación posterior, como la interposición del presente recurso, que provoca lo que precisamente dicha Resolución aconseja evitar: la reiteración de trámites innecesarios que no proporcionan garantía adicional alguna y retrasan la inscripción solicitada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de diciembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.