

**9510**

*RESOLUCIÓN de 19 de abril de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Manuel López Pardiñas, Notario de Bilbao, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número siete, de Bilbao, a inscribir una escritura de hipoteca unilateral.*

En el recurso interpuesto por don Manuel López Pardiñas, Notario de Bilbao, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número siete de Bilbao, don Carlos Ballugera Gómez, a inscribir una escritura de hipoteca unilateral.

**Hechos****I**

Por escritura otorgada ante el Notario de Bilbao, don Manuel López Pardiñas, el día cuatro de octubre de dos mil cinco (bajo el número de protocolo 2217), don David Tato Velasco, constituyó a favor de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., sobre la finca registral 3.662 del Registro de la Propiedad de Bilbao n.º 7, hipoteca unilateral en garantía de un préstamo concedido al hipotecante por dicha entidad financiera. En la propia escritura calificada obra diligencia (fecha del siguiente día del otorgamiento de la escritura) de aceptación dicha hipoteca unilateral por parte de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.

**II**

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Bilbao n.º 7. Hipoteca unilateral. Contratación a distancia.

Acreditación impuesto. Previo examen y calificación del precedente documento, SE suspende, la práctica de la inscripción solicitada por falta de tracto, al hallarse la finca inscrita a nombre de persona distinta del hipotecante y, además, por no acreditarse el pago, exención o no sujeción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados conforme al art. 122.2 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOB 11 junio).

Se practica anotación preventiva de suspensión por el indicado defecto y el de falta de tracto, a favor de BBVA, S. A. de su derecho de hipoteca con la condición resolutoria de vencimiento anticipado al folio 136 del libro 172 de Casco Viejo, finca 3662, anotación letra A. Sin embargo, se deniega la inscripción de determinadas estipulaciones cuyos motivos se expresan a continuación, pero que no impiden la anotación preventiva de la hipoteca del modo indicado, dado que tratándose de un contrato por adhesión cuyo contenido se halla integrado por condiciones generales de la contratación, la nulidad de que adolecen las cláusulas denegadas es parcial respecto al contrato celebrado, coactiva para el predisponente y de pleno derecho. Todo ello según los motivos que se expresan en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos: 1.º) El precedente documento, consistente en una escritura pública autorizada por don Manuel López Pardiñas el día cuatro de octubre de dos mil cinco, Protocolo 2217, presentada por vía telemática el mismo día cuatro de octubre, Asiento 2168 del Diario 36, consolidada y retirada de este Registro el día trece de Octubre y devuelta a esta oficina el día do de los corrientes. 2.º) En dicha escritura se hipoteca por Don David Tato Velasco la finca número 17761 de Casco Viejo de su propiedad, en garantía del préstamo que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. le concede en la citada escritura.

Fundamentos de derecho. 1.º) Pago del impuesto. No se acredita el pago del impuesto, su exención o no sujeción conforme al art. 122.2 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La autorización contenida en la disposición adicional tercera de la Orden Foral 1443/2005, de 7 de junio, añadida por la Orden Foral 2151/2005, de 9 de setiembre no puede desvirtuar ni vulnerar lo prevenido en una norma de mayor rango conforme al principio de jerarquía normativa. Dicho principio se recoge en los arts. 9.3 CE, 1.2 CC y art. 51.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y ha sido aplicado por la DGRN en las resoluciones de 3, 4, 5 y 6 de noviembre de 2003 y 9 de febrero de 2004, así como por el Tribunal Supremo, en sentencias de su sala civil, de 1.2 de marzo de 2002 y de la sala de lo contencioso administrativo, de 9 de enero de 2003. Por tales razones debe suspenderse la práctica del asiento correspondiente conforme al art. 254 LH.

2.º) Falta de tracto. Al hallarse la finca inscrita a favor del causahabiente –sic– del hipotecante no cabe practicar la inscripción, sino anota-

ción preventiva por el defecto subsanable de falta de tracto conforme al art. 20 LH y 105 de su Reglamento.

3.º) Sistema francés. Por medio de tal sistema se calculan las cuotas de capital a amortizar e intereses de modo semestral, dividiéndose luego en plazos mensuales. En cuanto ello implica el pago de intereses por cantidades de capital ya amortizadas además, de no ser recomendable ni correcto desde un punto de vista bancario, es jurídicamente inadmisibles, pues el cobro de intereses por capital ya amortizado, constituye, en este caso concreto, una ilegalidad y un enriquecimiento no justificado, conforme resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1994 y 10 de octubre de 2001.

4.º) Comisiones. Las de subrogación, apertura y modificación de número de cuotas y condiciones no responden a la prestación de un servicio efectivo con ocasión de una petición específica en beneficio e interés del deudor, contra el apartado tercero del número quinto de la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989. La de apertura al dar lugar a una disminución en la cantidad efectivamente entregada en préstamo va contra el art. 1.II de la Ley de 23 julio 1908 en relación con el 8.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC en adelante). La condición de consumidor de la parte prestataria hacen a la cláusula contraria al apartado 24 de la disposición adicional 1.ª Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU en adelante). Comisiones por reembolso anticipado total y por subrogación. No responden a servicio alguno al prestatario ni a la reparación de un perjuicio al prestamista, quien puede de inmediato colocar su dinero en el mercado interbancario, en el primer caso y, en el segundo, puede asegurarse de la capacidad económica del nuevo deudor, todo lo que es contrario al apartado tercero del número quinto de la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, en relación con los arts. 10.1 a), 10.3 LGDCU, 5 y 7 LCGC. La comisión de subrogación solidaria incluso para el deudor subrogado, que es un tercero respecto del contrato calificado, se establece al margen de su consentimiento lo que es contrario al art. 1255 CC. III) Comisión por reclamación de posiciones deudoras. Con dicha reclamación no se presta servicio alguno, lo que priva a ese desembolso de su condición de comisión, además, tampoco puede considerarse gasto repercutible al cliente ya que no se refiere a los realmente habidos ni justificados, pese a que haya reclamación formal de la posición deudora y se haya estipulado en el contrato. La condición de consumidor de la parte prestataria hace a la cláusula contraria al apartado 24.º de la disposición adicional 1 a LGDCU.

5.º) Gastos. Se ponen a cargo del deudor todo tipo de gastos, judiciales y extrajudiciales vayan en beneficio del acreedor o en el deudor al margen de que sean originados a su solicitud, como son los de seguros, notariales, registrales y procesales. No puede admitirse por principio que todos los gastos, al margen de a quien beneficien, sean a cargo de la parte que no intervino en la formulación del contenido contractual, todo e contrario al art. 1168 CC y apartado 22.º disposición adicional 1.ª LGDCU. Tampoco cabe una remisión genérica a las tarifas sin especificar los gastos concretos que se van cobrar conforme al apartado 4.c del número 7 de la OM de 12 de diciembre de 1989 y arts. 10.1, 10.3 LGDCU, 5 y 7 LCGC. El acreedor no puede imputar sin justificación ni negociación, que no se acredite, al adherente todos los gastos de su actividad dos veces, una por medio del interés y otra directamente. Además, la imputación de costas y gastos procesales no puede inscribirse dado que la mismas halla sujeta a reglas de Derecho necesario, a saber los arts. 241 y 539.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

6.º) Penalizaciones excesivas por demora. La reclamación de posiciones deudoras vencidas acumulativamente unida a la cláusula de intereses de demora, a la de repercusión de costas, gastos, honorarios, daños y perjuicios por incumplimiento y a la de penalización por resolución anticipada, configura indemnización en caso de impago en manifiesta desproporción con los daños previsibles que pudieran causarse a la entidad de crédito. Tales daños no se especifican ni justifican y en el peor de los casos se contraerán a su lucro cesante, el cual conforme al mercado, se cifra en la pérdida de una cantidad próxima al interés interbancario, notoriamente inferior. Todo ello, encierra una penalización excesiva y es contrario a los apartados 3.º, 18.º y 24.º de la disposición adicional 1.ª LGDCU.

7.º) Vencimiento anticipado. No cabe el vencimiento anticipado por el hecho de que el tipo de interés de referencia sea igual a cero, dada la naturaleza gratuita del préstamo en los Códigos civil y de comercio, además, el vencimiento anticipado de la obligación por esa causa es contraria a los arts. 1129 y 1256 Código civil (CC en adelante). El vencimiento de la totalidad del préstamo, automático y apreciado únicamente por el acreedor, es contrario al art. 1256 CC. Por su parte el vencimiento total por suspensión de pagos, quiebra o concurso o por embargos al deudor no afectan a la garantía ni presuponen un incumplimiento de la obligación garantizada conforme a la resolución de la DGRN de 27 de enero de 1986. Además, tales cláusulas tampoco pueden inscribirse por contrariar la resolución de la DGRN de 5 de junio de 1986, en lo que se refiere al embargo y al art. 1129.30 CC. También, se establece el vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones sin relación estrecha con la

principal de devolver el capital y los intereses o marginales respecto de la misma, o por comportamientos ajenos a la voluntad del deudor. La resolución por incumplimiento que implica el vencimiento anticipado tal como se configura en el contrato, ha de deberse a una causa seria y grave, con peso suficiente en la relación entre las partes, sin que quepa la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias de pequeña importancia o la falta de pago de cualquier parte de la obligación por pequeña que sea. De lo contrario, ello sería opuesto a la aplicación del principio general propio del moderno Derecho de la contratación según el cual sólo un incumplimiento esencial puede ser causa de resolución del contrato, lo que para las obligaciones recíprocas se recoge en el art. 1124 CC y su interpretación jurisprudencial. En definitiva, se establecen obligaciones accesorias cuyo incumplimiento, sin embargo, podría propiciar un vencimiento anticipado de la hipoteca lo que contraría también el art. 693.2 LEC, que exige para el del total importe de la hipoteca no sólo que se haya dejado de pagar alguna cantidad por amortización o intereses, sino que el convenio se haya inscrito en el Registro de la propiedad. Por otro lado, la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al vencimiento es contraria a los arts. 7, 10.1 a), 10.3 LGDCU; 5 y 7 LCGC.

8.º) Renuncia a la facultad de imputación de pagos. La imposición de pagos a discreción del acreedor es contraria al art. 1172.1 CC que se lo reconoce al deudor lo que dada su condición de consumidor es contraria al n.º 14 de la disposición adicional 1.ª LGDCU y también al art. 1256 CC.

9.º) Compensación. La compensación de cualquier saldo es contraria al art. 1.200 CC y disposición adicional 1.ª, 11.ª y 18.ª LGDCU. En efecto, la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos o la modificación injustificada del Derecho dispositivo sobre ese punto en su perjuicio y sin negociación es contraria al n.º 11 de la disposición adicional 1.ª LGDCU, pero también al art. 10.1.III de la misma.

10.º) Garantía por pagos a tercero. Los pagos a terceros que se garantizan implican la subrogación de la entidad de crédito pagadora en la posición del acreedor, y conforme a los arts. 1159, 1210.3.º y 1212 CC en sus garantías y privilegios, los cuales, a su vez, determinan, dentro de ciertos límites que en este caso no se han establecido, la preferencia por tales pagos sobre la hipoteca que se inscribe. Por ello, la garantía especial de tales desembolsos con ocasión de la hipoteca que se inscribe deviene inútil, pues se limita a agravar la posición del deudor sin añadir nada a la garantía del acreedor. Ello es contrario al art. 12 LH, a los arts. 7, 10.1 a), y 10.3 LGDCU en relación con los arts. 5 y 7 LCGC y contraviene el apartado 18 de la disposición adicional 1.ª LGDCU.

11.º) Renuncia a desistimiento. El deudor no puede renunciar a su derecho de desistimiento del procedimiento registral dado que el carácter de orden público de su regulación y del carácter eminentemente voluntario de la inscripción, que no puede ser condicionado en perjuicio del consumidor. Por otra parte, la renuncia a las garantías a favor del deudor en orden a la aceptación de la hipoteca va contra el art. 141.II LH. Finalmente, una y otra renuncia son igualmente contrarias al derecho de desistimiento que el deudor reconoce el art. 4 del Real Decreto 1906/1999, de 17 diciembre 1999 que Regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13-4-1998 (RCL 1998/960), de condiciones generales de la contratación interpretado conforme al art. 44 y concordantes de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en relación con la Directiva 2002/65/CE, de 23 septiembre, sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

12.º) Copias con fuerza ejecutiva. La facultad del acreedor de obtener segunda copia ejecutiva va contra el art. 18 de la Ley de Notariado y contra el fundamento jurídico cuarto de la resolución Dirección. General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987 en la que abunda la de 2 de setiembre de 2005.

13.º) Seguro de la finca hipotecada. (I) Obligación de asegurar. El acreedor hipotecario puede asegurar su propio interés la conservación de la garantía, lo que es un coste que debe satisfacer, pero no puede repercutir éste al prestatario sin justificación ni negociación obligándole a constituir un seguro en beneficio del acreedor al margen de la competencia. El acreedor hipotecario se resarce de tales costes con el interés y no puede repercutirlos de nuevo al cliente al margen de la competencia y el mercado, la cual, por otra parte, exige la negociación, ausente por concepto en las meras condiciones generales. Esa práctica, basada en la explotación programada de la utilidad para el acreedor hipotecario del seguro de la finca contratado por su propietario, es muy perjudicial al sector asegurador. En efecto, dada la independencia del interés del acreedor hipotecario del interés del propietario de la finca hipotecada, el no aseguramiento del interés del primero, impuesto al mismo, sin embargo, por la normativa del mercado hipotecario, priva al sector mencionado de un volumen de negocio igual a las cantidades de crédito hipotecario concedidas por las entidades de crédito con el ánimo de acogerse a la normativa del mercado hipotecario. Ello, sobre la base de que es previsible que los propietarios sigan asegurando su propio interés en las fincas hipotecadas, si quieren salvaguardar la continuidad de su disfrute del inmueble hipotecado en caso de siniestro, mediante la correspondiente reconstrucción, cuando

ello sea posible. Por ello esa obligación es contraria a los arts. 8 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y 30 del Real Decreto 685/1982, de 17 marzo, que desarrolla determinados aspectos de Ley de 25 de marzo de 1981, reguladora del mercado hipotecario. La condición de consumidora de la prestataria enfrenta, además, a la obligación de asegurar impuesta con la disposición adicional 1.ª, apartados 2.º, 18.º y 24.º LGDCU, a la que es contraria, por implicar sobre-garantía e imponer prestaciones adicionales no solicitadas y no susceptibles de renuncia por separado. (II) Cesión de la indemnización por seguro. Esa cesión no puede concebirse sin que la obligación esté vencida, pero aun hallándose vencida, sin que el deudor se halle en mora o, al menos, haya incumplido. En consecuencia, es contraria a los artículos 1859 CC en relación con los arts. 621 y 634 LEC, 1176,1877 CC, 205 CCO, 40.2 de la Ley de Contrato de Seguro y 109 y 110.2º de la Ley Hipotecaria. (III) Expropiaciones. La subrogación en el derecho a percibir las indemnizaciones por expropiación es contrario al art. 1859 CC y al 110.2 LH, ya que la subrogación desvirtúa la consignación prevista en el último precepto, se produce al margen del vencimiento de la deuda y del correspondiente procedimiento ejecutivo.

14.º) Limitación de las facultades del deudor en el arrendamiento. La cláusula que limita el derecho del deudor a arrendar excede lo que autoriza la resolución de la DGRN de 27 de enero de 1986 y a la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 CC.

15.º) Obligaciones a cargo de tercero. Se establecen obligaciones a cargo de terceros indeterminados, los adquirentes subrogados en la deuda, que no pueden quedar obligados sin su consentimiento conforme al art. 1255 CC.

16.º) Otras cláusulas. Tampoco se han inscrito, por su naturaleza obligacional, un conjunto de cláusulas que se detallan en la copia informativa que se entrega al interesado, conforme al art. 98 LH.

Por los referidos hechos y fundamentos de derecho, se deniega la inscripción de las cláusulas señaladas, lo que no ha impedido, en pro del adherente, la anotación preventiva parcial de la hipoteca por los indicados defectos subsanables. La presente calificación, en su parte negativa, determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º LH.

Contra dicha calificación negativa cabe recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si el recurso se fundara en normas de Derecho foral o privativo vascos, habrá de interponerse ante el órgano jurisdiccional competente conforme al art. 324.II LH, disposición adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Euskadi. Dicho recurso podrá interponerse en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la calificación mediante escrito dirigido a este Registro o a cualquiera de las Oficinas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 327 LH, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la calificación del Registrador sustituto con arreglo al cuadro de sustituciones del que puede informarse en este Registro, en el plazo de los quince días siguientes a la notificación, conforme a las reglas del artículo 19 bis LH. El interesado podrá también solicitar para que se haga constar a continuación de este acuerdo, conforme dispone el art. 253.3 LH, los medios de subsanación, rectificación o convalidación de las faltas o defectos de que adolece la documentación presentada a efectos de obtener el asiento solicitado, todo ello sin perjuicio de la plena libertad del interesado para subsanar los defectos a través de los medios que estimen más adecuados para la protección de su derecho. Si la complejidad del caso lo aconseja, el interesado en la inscripción podrá solicitar dictamen vinculante o no vinculante sobre la forma de subsanación, bajo la premisa, fiando sea vinculante, del mantenimiento de la situación jurídico-registral y de la adecuación del medio subsanatorio al contenido del dictamen. Publicidad formal relativa al inmueble. Se acompaña nota simple informativa de acuerdo con el art. 19 bis.I LH.

Advertencia especial por la existencia de condiciones generales de la contratación. Se advierte a los interesados qué habida cuenta de la existencia de condiciones generales, el contrato objeto del precedente documento queda sujeto a los efectos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Se entrega a los mismos, copia de las cláusulas que no han sido objeto de inscripción conforme a los anteriores hechos y fundamentos de Derecho. Dada la exclusividad de la predisposición, o si se prefiere, la falta de intervención en la misma del adherente, la imposición a éste por el acreedor del contenido de la hipoteca unilateral, constituye al último en la responsabilidad de informar a su cliente, a cuyos intereses en el contrato ha dado forma unilateralmente el acreedor, del hecho de la denegación conforme a los arts. 1258 CC, 57 CCO, 5.1.I LCGC y a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950 (RJ 1950/387) y 16 de octubre de 1978 (RJ 1978/3076).

Contratos a distancia. Las circunstancias de constitución y aceptación de la hipoteca unilateral, no desvirtuadas en modo alguno por los documentos calificados, exteriorizan un caso de contratación a distancia, por lo que conforme al art. 23 LCGC se pone de manifiesto que la inscripción parcial de la hipoteca, lo es, en todo caso, sin perjuicio del derecho de desistimiento del deudor-hipotecante. Tal derecho se le reconoce al

mismo por los arts. 38.8, 44 y concordantes de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista interpretados conforme a la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 22 de abril de 1999 (asunto Travel Vac), de 10 de mayo de 2001 (en cuanto recoge una jurisprudencia favorable a la interpretación estricta de las exclusiones de su ámbito, de las normas sobre protección de los consumidores) y de 13 de diciembre de 2001 (asunto Heininger). Igualmente, tenerse presentes la Directiva 2002/165/CE, de 23 de septiembre, sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior o «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales». La exclusión de su ámbito de aplicación de las normas de protección de los consumidores, según la jurisprudencia del Tribunal citado, de la que es muestra la citada sentencia del mismo de 10 de mayo de 2001, deben entenderse de forma estricta. Sin embargo, la LOCM no establece en ningún caso una exclusión expresa de los contratos sobre bienes inmuebles, y la hipoteca unilateral con su aceptación que los documentos calificados documentan, lo es. Bilbao, 7 de noviembre de 2005. El Registrador. Firma ilegible.

### III

El Notario de Bilbao, don Manuel López Pardiñas, interpuso recurso frente a dicha calificación el 5 de diciembre de 2005, con base en los siguientes argumentos:

I). Que con fecha 4 de octubre de 2005, y bajo el n.º 2.217 de orden, el suscrito Notario autorizó una escritura pública de préstamo hipotecario, que tiene por objeto, en lo que interesa a los efectos de esta escritura, una vivienda inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 7 de los de Bilbao. (finca registral 3.662, aun cuando en la nota de calificación, en algún punto, se refiere a la finca 17761).

II). La escritura fue presentada por fax en dicho registro, motivando el asiento 2.168, diario 36 con fecha 4 de octubre de 2005, consolidado con fecha 13 de octubre de 2005.

III). Retirada con fecha 13 de octubre de 2005, fue presentada nuevamente para su inscripción con fecha 2 de noviembre de 2005.

IV). En la copia de dicha escritura presentada para su inscripción consta nota extendida bajo la fe pública del suscrito Notario, acreditando la presentación y pago del impuesto, conformidad con lo previsto en la Orden Foral 1443/2005, de 7 de junio, y la Orden Foral 2161/2005, de 9 de septiembre.

V). Mediante fax recibido en mi Notaría con fecha 18 de noviembre se notifica la negativa del Registrador a practicar la inscripción del título, por los presuntos defectos invocados en la nota, íntegramente reproducida en el testimonio de la escritura que se acompaña a este recurso, y que, en esencia consiste: 1).-En no constar el pago o presentación a efectos del pago del impuesto; 2).-En la supuesta «ilegalidad» de determinadas cláusulas del contrato de préstamo.

Contra dicha calificación, el suscrito Notario, interpone recurso para ante la dirección general de registros y notariado, en base a los siguientes:

Motivos de recurso: Primero.-Del procedimiento de notificación.-Con carácter previo este Notario deja constancia formal de su protesta por haberse notificado la calificación sin cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, de conformidad con la doctrina de ese Centro Directivo, en sus Resoluciones consecutivas de 28 de abril de 2005 (BOE n.º 181, de 30 de julio). Este Notario se reserva expresamente por tanto el ejercicio del correspondiente recurso de queja, por cuanto el desacato del Señor Registrador al criterio del Centro Directivo en esta materia es ya reiterado, pues ante ese centro Directivo pende el recurso de queja 11/2005-24, admitido a trámite con fecha 4 de julio de 2005, e interpuesto, entre otros, por el expresado motivo.

Segundo.-De la competencia para conocer de este recurso.-Igualmente conviene aclarar, a los efectos oportunos de competencia, que en rigor, no es objeto de este recurso una cuestión de Derecho Foral, del que deba conocer por tanto el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia. En modo alguno: en primer lugar por que resulta más que dudoso que dentro de tal ámbito de Derecho Foral quepa entender incluidas las normas fiscales; pero en segundo lugar, y sobre todo, por el objeto de debate no es la interpretación de la norma fiscal cuestionada por el Registrador, sino en realidad, si la legislación hipotecaria permite al Registrador en su calificación entrar a examinar la legalidad de las normas. Y eso es, evidentemente, una cuestión general de Derecho Administrativo Hipotecario, que se reduce a la interpretación y alcance del artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Tercero.-De la acreditación del pago del Impuesto. Este motivo constituye uno de los dos principales del recurso, y al se dedican el presente fundamento y los siguientes, hasta el decimotercero inclusive.

El Sr. Registrador suspende la inscripción, por entender que no se ha acreditado la presentación o pago del impuesto. En efecto el artículo 254 de la Ley Hipotecaria establece denominado cierre registral, de manera que no puede practicarse la inscripción en tanto no se acredite la presentación ante Hacienda o pago del Impuesto.

Cuarto.-Ahora bien, en la copia presentada para su inscripción consta diligencia extendida por Notario autorizante acreditativa del pago del impuesto y presentación de copia para, en su caso, la revisión por Hacienda Foral, de la autoliquidación presentada. Y no debe perderse de vista que la finalidad del denominado cierre registral no es otro que tutelar el interés de la Administración competente para el cobro del Impuesto; y por tanto, se incurre en extralimitación por el Registrador al cuestionar los procedimientos de control establecidos por la propia Administración, en el ejercicio de sus competencias.

Quinto.-Tal diligencia ha sido extendida por el Notario autorizante de conformidad y en cumplimiento de las Órdenes Forales 2161/2005, de 9 de septiembre, y 1443/2005, de 7 de junio. Ambas disposiciones se han dictado por el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Excelentísima Diputación Foral de Bizkaia, en desarrollo del artículo 122 del Reglamento del I.T.P. y A.J.D. aprobado por Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio.

Sexto.-Así, en realidad, se comprueba que no es cierto que no conste la presentación y pago del impuesto. La presentación y pago consta de conformidad y al amparo de lo previsto en las Órdenes Forales citadas.

Séptimo.-Por tanto, y en rigor, el fundamento de fondo alegado por el Señor Registrador para suspender la inscripción no es que no se acredite el pago y presentación, sino que a su juicio el procedimiento establecido por el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, no es en opinión del Señor Registrador ajustado a Derecho.

Octavo.-Es obvio que el señor Registrador, como jurista de reconocido prestigio que es, puede legítimamente mantener un criterio propio «iure condendo» sobre la validez formal de las Órdenes Forales citadas. Pero no es menos cierto, que «iure condito» el Sr. Registrador, como el suscrito Notario, no es sino un funcionario sujeto en el ejercicio de su dignísima y transcendental función a la normativa dictada por los órganos competentes, dotada «ex lege» de una presunción de legitimidad que no necesita ser explicada ahora, y correlativamente de ejecutividad. Y es importante subrayar, y el señor Registrador no debiera perder de vista, que la condición de funcionario le obliga a respetar las normas dictadas por los órganos competentes de la Administración; de toda la Administración, y por tanto, y desde luego, como en el presente caso, la Foral.

Noveno.-Por tanto, en tanto las Órdenes Forales citadas no hayan sido anuladas por el órgano judicial correspondiente, no pueden ser ignoradas, sin incurrir en responsabilidad, por los funcionarios encargados de velar por su aplicación, y entre ellos por el señor Registrador.

Décimo.-Tampoco precisa especial justificación el que el Registrador, al extender la nota de calificación cuestionando, en el fondo, la legalidad de las órdenes forales, más aún negándose a acatarlas, se arroga atribuciones jurisdiccionales, que ni remotamente le competen, e incurre en franca ilegalidad al no atenerse a las disposiciones vigentes.

Undécimo.-En definitiva pues, no es ya que la nota no sea ajustada a Derecho, sino pura y simplemente, que el Señor Registrador hace pronunciamientos para los cuales carece en absoluto de competencia. Por tanto, y junto con la revocación de la nota, procede a juicio del recurrente, y así se solicita recordar al señor Registrador que ha de abstenerse de pronunciarse sobre la legalidad de las disposiciones dictadas por los órganos competentes de la Administración.

Duodécimo.-Debe recordarse igualmente que el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado -subrayamos el carácter de ley de la norma- establece que «Los documentos públicos autorizados por Notario, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro con lo dispuesto en esta o en otras leyes». El Registrador niega en su calificación eficacia probatoria a la diligencia de pago puesta por el Notario bajo su fe, con arreglo a las Órdenes Forales, y al hacerlo infringe notoriamente una norma legal.

Decimotercero.-Ha tenido noticia el suscrito Notario que el señor Registrador de la Propiedad ha pretendido se articule por Hacienda Foral un sistema que le permita verificar la realidad del pago. Es decir, el señor Registrador cuestiona la competencia del Departamento de Hacienda de la Diputación para desarrollar el Reglamento regulador del Impuesto, cuestiona la fe pública Notarial, y no contento con ello pretende que, para satisfacer sus pretensiones se dicten normas y establezcan procedimientos para que él verifique el pago. Debiera recordarse al Señor Registrador, que sin perjuicio de su facultad de formular propuestas, como cualquier otro ciudadano, para mejorar los sistemas establecidos por la Administración, lo que no puede en modo alguno es pretender dictar a la Administración qué sistemas deba emplear para proteger el interés de la propia Administración. En resumen, no contento con pretender arrogarse facultades jurisdiccionales pretende, al parecer, arrogarse también iniciativas legislativas.

Decimocuarto.-De la supuesta contravención de la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Este Notario no va a entrar en el, análisis y discusión pormenorizada de los presuntos defectos e infracciones rela-

cionadas por el Señor Registrador en su «nota». Y ello por una razón elemental, y es que ni a este Notario, ni a ninguno, ni tampoco desde luego al Señor Registrador de la Propiedad n.º 7 de los de Bilbao, ni a ningún otro competente efectuar tal tipo de pronunciamiento. Es decir, la cuestión no radica en el concreto análisis de las cláusulas, sino en una cuestión previa perfectamente definible, que no es otra que el adecuado ámbito de la calificación registral. Partiendo del principio básico de que al Registro e presentan títulos, se inscriben derechos y se publican titularidades, debe examinarse la metástasis progresiva que por parte de ciertos registradores ha sufrido su función. Y precisamente esta materia, la relativa a la protección de consumidores y usuarios, y condiciones generales de contratación constituye quizás el más claro ejemplo de esa pendiente que lleva a determinados registradores a invadir, en ocasiones de forma manifiesta, el ámbito jurisdiccional, el de la competencia de Juzgados y Tribunales. En efecto, la nota de calificación cita indiscriminadamente, y de forma más que confusa, preceptos de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), y la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril). Basta la lectura del artículo 10 de la primera de las Leyes citadas, la 26/1984, en su párrafo sexto, que proviene precisamente de la modificación introducida por la Ley 7/1998, para encontrar el marco que define el ámbito de actuación de Notarios y Registradores en esta materia. Y ámbito bien distinto: en relación a la multiplicidad de pactos y estipulaciones contenidas en la contratación bancaria, el Notario puede asumir un papel activo de asesoramiento –el que le encomienda la Ley– respecto del total contenido del contrato. Pero no ocurre lo mismo con el Registrador: y ello por el propio carácter rogado y de jurisdicción voluntaria de su intervención. El registrador ni puede ni debe pronunciarse sobre todas las cláusulas, sino sólo respecto de aquellas que deban ser objeto de inscripción.

No puede ser otro el sentido del artículo 10.6 de la Ley 26/1984 cuando señala que los registradores no inscribirán cláusulas, luego el «prius» lógico de la denegación de inscripción lo constituye el propio carácter inscribible del pacto o estipulación.

Al igual que el ámbito fiscal ha de distinguirse los actos no sujetos de los sujetos pero exentos, aquí ha de distinguirse los pactos o cláusulas no susceptibles de inscripción, ni por ende de calificación, por carecer de trascendencia real, de los pactos susceptibles de inscripción, pero que adolecen de un defecto que impide su constancia registral.

Un pacto de precio aplazado no garantizado con carácter real no es inscribible, pero no porque adolezca de defecto alguno, sino por que no está sujeto a inscripción; por el contrario, si se pacta garantía jurídica real, es susceptible de inscripción, y si se solicita la misma, el Registrador puede y debe analizarlo y calificarlo.

Así por ejemplo todas las referencias que el Registrador hace al sistema francés de amortización –por cierto el más recomendado por el Banco de España–, las comisiones, pactos sobre gastos, etcétera, no ya son superfluas, sino que suponen por parte del Registrador una infracción del principio de congruencia, al pronunciarse sobre algo sobre lo que no se le ha solicitado pronunciamiento por ser cláusulas carentes de trascendencia real, y por otra infracción, más grave aún si cabe, de los límites de su competencia.

Decimoquinto.–La infracción por el Registrador de la Propiedad de los arts. 2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 258.2 de la Ley Hipotecaria, 10.6 de la Ley 26/1984, de Defensa de Consumidores y Usuarios, y artículo 23 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril). La Ley de Condiciones Generales de Contratación explica en su propia génesis la posición que al registrador compete en esta materia. La infracción señalada es evidente a la luz de la propia Exposición de Motivos de esta Ley. En su apartado III) señala literalmente, al referirse a la calificación por el Registro «...Ello no obstante, las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas...» La causa de tal explicación no es otra que el informe del Consejo General del Poder Judicial, en relación a los primeros borradores de la Ley, que pretendía atribuir a la Administración, por medio de registros, la competencia para declarar la nulidad de las cláusulas. Tal pretensión chocaba obvia y frontalmente con pronunciamientos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del propio Texto Constitucional. En congruencia con ello el art. 258.2 de la Ley Hipotecaria, modificado por esta Ley 7/1998 sólo permite el Registro denegar la inscripción de las cláusulas previamente declaradas nulas por los Tribunales, pero en ningún caso autoriza al Registrador como funcionario titular del Registro, a declarar por sí y ante sí tal nulidad, por la obvia razón de que ello comportaría una arrogación de funciones jurisdiccionales. Con dicho texto concuerda el artículo 10.6 de la Ley 26/1984 que no dota por tanto al Registrador de mayor ámbito competencial en esta materia. A falta de tal declaración judicial, al Registrador, como al Notario, sólo le cabe advertir de la posible contravención de la Ley, tal y como prevé el art. 23 de la misma: advertir, pero no declarar, repetimos, por ser esta competencia exclusiva de los Tribunales, ni por ende denegar la inscripción sin previa declaración judicial. Y aún ello claro está en relación a las cláusulas inscribibles, en cuanto a las no sus-

ceptibles de inscripción el Registrador no puede sino limitarse a reseñar tal carácter. La cuestión es así más transcendente –sic– de lo que «prima facie» pudiera pensarse. La cuestión no es pues si las cláusulas son nulas o válidas. Ello no debe ser el objeto de la discusión. Sino si el registrador puede arrogarse la competencia de apreciar la validez o nulidad de las cláusulas, cuando la misma no ha sido cuestionada por las partes judicialmente. Por consiguiente, en nuestro caso, el Registrador incurre en una clara extralimitación de sus competencias, e invade lo que, constitucional y legalmente, está reservado a los Tribunales de Justicia. Es importante subrayar aquí que de lo que en este Fundamento de Derecho se trata es de combatir el intento de los Registradores, en cuanto funcionarios, de invadir la esfera competencial de los Jueces y Magistrados, hasta tal punto patente que las más recientes Resoluciones de la D.G.R.N se han visto obligadas a poner coto a tal pretensión. Baste citar por todas la Resolución de la D.G.R.N de fecha 14 de diciembre de 2004, BOE n.º 10, de 12 de enero de 2005. Y de ahí también la transcendencia –sic– de cortar tal arrogación de funciones. Por lo expuesto solicito se tenga por presentado este escrito, y formulado recurso contra la calificación del Registrador de la Propiedad n.º 7 de los de Bilbao, y que se revoque en su integridad dicha calificación, y se declare: 1).–Su falta de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de las disposiciones dictadas por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. 2).–Su absoluta falta de competencia y facultades para pronunciarse sobre la legalidad de cláusulas en base a la Ley 26/1984 y 7/1998.

Otrosí digo: Que solicito el envío de acuse de recibo de la presentación del presente recurso.

Otrosí digo: Que solicito de la Dirección General de Registros y Notariado se solicite informe al Departamento de Hacienda y Finanzas sobre el objeto del presente recurso y concretamente sobre si el procedimiento empleado se ajusta a la normativa foral dictada, y por tanto resulta acreditado el pago del impuesto.

Otrosí digo: Se acompaña a este recurso testimonio íntegro por mí deducido de la escritura calificada.

#### IV

El funcionario calificador dio traslado del recurso interpuesto a la Diputación Foral de Bizkaia. Dicha Diputación, por medio de su Director General contesta a tal traslado mediante escrito de 28 de diciembre de 2005.

Dicho escrito se ciñe «al contenido de lo planteado en el segundo otrosí del recurso antes mencionado, esto es... si el procedimiento empleado se ajusta a la normativa foral dictada, y por lo tanto resulta acreditado el pago del impuesto...».

El informe comprende, tanto la explicación de la operativa utilizada para realizar el pago del impuesto como su justificación normativa (Disposición Final Primera de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia; Disposición Final Segunda del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; y la Orden Foral 1443/2005, de 7 de junio, aprobada por el Diputado Foral de Hacienda y Finanzas, dictada en ejercicio de las habilitaciones normativas que derivan de las normas anteriores, por la que se otorga el carácter de justificante de pago a determinados documentos emitidos por entidades colaboradoras en la recaudación y se regulan otros aspectos tributarios y telemáticos); añadiendo que, en la Disposición Adicional Tercera de la citada Orden Foral (añadida al texto por la Orden Foral 2161/2005 de 9 de septiembre) se establece que, a efectos de determinar cuando se entiende acreditado el pago del impuesto para los supuestos en los que la presentación de la correspondiente autoliquidación se realice por medios telemáticos, será suficiente, para considerar acreditado el pago del Impuesto, que el documento incorpore una diligencia extendida por el Notario, bajo su fe pública en la que se certifique que se ha procedido al pago.

Por último, y dado su interés para la resolución del presente recurso, de dicho escrito se transcribe, literalmente, lo que sigue (conclusión tercera): «... Tercero.–De acuerdo con el contenido de la mencionada Orden Foral dictada por el Diputado de Hacienda y Finanzas en ejercicio de sus competencias reglamentarias y a la vista de la diligencia extendida el 21 de octubre de 2005 por el notario que autoriza la escritura anteriormente citada de 4 de octubre de 2005, y que consta el final de la misma, se concluye que el procedimiento utilizado se ajusta a lo dispuesto en la normativa tributaria aprobada por esta Hacienda Foral, quedando suficientemente acreditado el pago del impuesto correspondiente».

#### V

El funcionario calificador, una vez interpuesto el recurso por el notario, dicta una resolución «manteniendo parcialmente su acuerdo de calificación de 7 de noviembre de 2005».

En esta resolución se acuerda «1.–Rectificar la calificación en cuanto al sistema francés de amortización y completar con el contenido de la correspondiente cláusula la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable adoptada. 2.–Confirmarla en todo lo demás. Notifíquese. Bilbao, 09 Enero 2006. El Registrador. Firma ilegible.»

Del relato de «hechos» que se reseñan en la citada resolución, resulta que el dominio de la finca registral hipotecada (la 3.662) se había inscrito a favor de Don D. T. V. (deudor hipotecante en la escritura objeto de recurso) en virtud de calificación sustitutoria del Registrador de la Propiedad de Marquina-Xemein, don Esteban Moyano Morales.

Sin embargo, en el expediente remitido por el funcionario calificador no consta nada que permita apreciar a qué obedeció la intervención del registrador sustituto, ni la fecha de calificación de éste.

Consta, igualmente, en el citado relato de hechos que, además de haber dado traslado el registrador de la propiedad a la Diputación Foral de Bizkaia, «el mismo día [se ha de entender el día 15 de diciembre] se remite para alegaciones a los interesados conforme al artículo 327.VI Ley Hipotecaria, copia del recurso».

## VI

El Registrador emitió su preceptivo informe el 14 de enero de 2006. En dicho informe no se hace mención alguna a los hechos a que se refiere el expediente (título calificado, notario autorizante y su fecha; calificación y su fecha; fecha del recurso interpuesto; traslado de ese recurso a terceros interesados; fecha de las alegaciones de éstos; calificación sustitutoria, etc.).

Lejos de ello, el funcionario calificador se limita a defender su nota de calificación, permitiéndose incluso en tal informe solicitar a este Centro Directivo que inadmita el recurso del notario.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1.8.<sup>a</sup>, 161.1 a) y 163 de la Constitución; artículo 14.1 e) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de la Comunidad Autónoma del País Vasco; 18, 66, 254, 258.2, 313 B) k), párrafo segundo del artículo 322, 324 y párrafos quinto, sexto y décimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria; 98 del Reglamento Hipotecario; 58, 59, 71, 74, 79 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común; 10.2 y 6, 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley General 26/1.984 de Defensa de Consumidores y Usuarios; Ley 7/1.998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación y Real Decreto 1828/1999, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación; 112.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Órdenes Forales del Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Vizcaya 1443/2005, de 7 de junio, y 2161/2005, de 9 de septiembre; 31.Cinco y 27.Cinco de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de 14 de noviembre de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona de 24 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Barcelona de 23 de diciembre de 2005 y de la Audiencia Provincial de Almería de 9 de marzo de 2006 y Resoluciones de la Dirección General de 11 de junio, 14 de septiembre y 22 de octubre de 2004, 1 de febrero, 17 de junio y 12 de septiembre de 2005.

1. La primera circunstancia que debe analizar esta Dirección General es su propia competencia para conocer del recurso interpuesto, dado que, en la apariencia, parece referirse la controversia a normas tributarias aprobadas por las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Pues bien, resulta evidente que este Centro Directivo es plenamente competente para el conocimiento de este recurso por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, porque el artículo 324 de la Ley Hipotecaria y la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, deben ponerse en relación con la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco. En efecto, el artículo 14.1 e) del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales radicados en el País Vasco respecto de los recursos sobre «calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad».

Los preceptos citados han de interpretarse sistemáticamente, a su vez, con lo expuesto en el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución Europea que atribuye competencia a las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de «los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Dicha interpretación sistemática implica que este Centro Directivo carece de cualquier competencia para resolver aquellos

recursos que se interpongan respecto de las calificaciones efectuadas por los Registradores de la Propiedad, en cuanto que sus calificaciones versen sobre Derecho Civil, foral o especial, por oposición al común.

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, la calificación recurrida no se ha basado sobre el entendimiento o interpretación que el funcionario calificador hace de normas que pertenezcan a ese ámbito objetivo sino, al contrario, de su particular entendimiento sobre la validez de unas Disposiciones fiscales acerca de cómo hacer constar en el título sujeto a calificación el cumplimiento de las obligaciones fiscales dimanantes de los actos y negocios jurídicos documentados.

Desde esa perspectiva, no sólo porque las Disposiciones fiscales objeto de aplicación no pertenecerían al ámbito objetivo indicado, sino porque en sí misma la objeción del funcionario calificador no se refiere a la interpretación o aplicación de esas normas, sino a su validez, extraviando el ámbito de la calificación a que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, resulta competente esta Dirección General, ya que lo que se debe interpretar es si tal posibilidad –enjuiciamiento de la validez de una Disposiciones que integran nuestro ordenamiento jurídico–, puede ser efectuada por el registrador al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y si, en consecuencia, el citado funcionario ha infringido este precepto que no pertenece al Derecho privativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En segundo lugar, porque aun cuando se pudiera tangencialmente incluir las Disposiciones fiscales aprobadas por los Territorios Históricos del País Vasco en el ámbito objetivo indicado –Derecho privativo del País Vasco–, como se acaba de exponer, basta examinar la calificación del Registrador para apreciar que su parecer no se basa en la interpretación de esas normas sino en su contravención –validez, por tanto– «con una norma de rango superior» que parece ser el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, precepto que, resulta palmario no pertenece al reiterado ámbito objetivo a que se refieren los artículos 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución Española, 14.1 e) del Estatuto de Autonomía del País Vasco y 324 de la Ley Hipotecaria.

En suma, el conflicto se centra en determinar si un funcionario calificador puede cuestionar la validez de unas normas aprobadas por los órganos competentes, cuya nulidad no ha sido declarada judicialmente. Es, pues, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, en su caso, 254 del mismo Texto los que sustentan su calificación.

Tercero y último, porque si todo lo anterior resulta evidente, respecto de las normas y preceptos indicados, con mayor evidencia respecto de los supuestos vicios que dice existir en determinadas cláusulas del título calificado, pues en cuanto a este defecto su calificación se basa, esencialmente, en los artículos 10.2 y 6 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

En conclusión, lo que esta Dirección General debe decidir es si, al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, un funcionario calificador puede impedir el acceso de un título al Registro basándose en su duda acerca de la validez de una norma que debe aplicar. Es, pues, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y su interpretación lo que late en el fondo de la controversia planteada y, obviamente, para resolver la misma el único órgano competente es este Centro Directivo.

2. Expuestas las causas que justifican la competencia de este Centro Directivo, resulta preciso abordar las cuestiones procedimentales que dimanen del expediente, como son: utilización del fax como medio de notificación de la calificación; posibilidad de dictar una nueva resolución calificadora sin que se le haya presentado al registrador nuevamente el título, previa su retirada; posibilidad de dar traslado del recurso a teóricos interesados; ámbito objetivo del informe y posibilidad de inadmitir o declarar caducado el recurso el registrador autor de la calificación recurrida.

Este Centro Directivo ha tenido ocasión de examinar en innumerables ocasiones la cuestión relativa a la procedencia del fax como medio de notificación de la calificación –así, Resoluciones de 11 de junio de 2004, 1 de febrero y 12 de septiembre de 2005–.

La doctrina de esta Dirección General sobre tan particular cuestión es conocida: el fax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa, pues tal notificación queda sujeta ex artículo 322, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, obvio es decirlo, en ninguno de esos preceptos se admite el fax como medio de notificación por una simple razón: el fax no permite tener constancia de la adecuada recepción por el destinatario de la calificación efectuada.

El artículo 59.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no puede ser más explícito en su dicción: el medio de notificación deberá permitir, por sí mismo, dejar constancia de la recepción por el interesado, fecha, identidad y contenido del acto notificado.

Cabe añadir a lo expuesto que, por idéntica razón –dejar constancia de la notificación, acto notificado, recepción por el destinatario y fecha de

recepción— cuando se utilice la vía telemática para notificar al notario la calificación, por imperativo del artículo 112.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, recientemente modificado por el artículo 27.5 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, el registrador deberá notificar su calificación firmada con su firma electrónica reconocida y a través del sistema de información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles debidamente conectado con el sistema de información corporativo del Consejo General del Notariado.

Debe recordarse que tal vicio implica que la notificación esté mal practicada y que, en consecuencia y de conformidad con el artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la misma sólo surte efecto a partir de la fecha en que el interesado —notario en este recurso— «realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y el alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda». En el presente caso, los vicios procedimentales indicados no han impedido al recurrente el ejercicio de su derecho de recurso, habiéndose interpuesto en oportunamente.

En suma, se advierte al funcionario calificador de la improcedencia de su conducta al utilizar como medio de notificación un sistema no previsto legalmente, dado que la doctrina de este Centro Directivo acerca de tal cuestión, y con el valor que para dicho funcionario tiene a tenor del párrafo décimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, ha sido constante.

Como se indicó al comienzo de este fundamento, la segunda cuestión procedimental que debe dilucidarse es la posibilidad de dictar una nueva resolución calificadoras sin que se le haya presentado al registrador nuevamente el título. A tal fin, es preciso traer a colación el párrafo sexto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria que permite que el registrador que realizó la calificación pueda «a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que haya tenido entrada en el Registro los citados escritos».

Pues bien, este inciso es una expresión más del régimen garantista de recurso que implantó la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El mismo no es sino un beneficio establecido a favor del recurrente para evitarle la dilación del ejercicio de un derecho —en el supuesto de la calificación negativa, la inscripción de un título en una oficina pública—. Ahora bien, tal garantía se sujeta, en lo relativo al procedimiento de recurso frente a la calificación negativa, a los siguientes requisitos: primero, que se realice en los cinco días siguientes a contar desde que el recurso o las alegaciones efectuadas tuvieron entrada en el Registro del que es titular el funcionario que ha calificado negativamente y, segundo, deberá limitarse a rectificar, esto es, a indicar qué defecto de los inicialmente expuestos es rectificado, sin añadir nada más, pues no se trata de una nueva calificación, ni mucho menos puede ser utilizada dicha rectificación para exponer nuevos argumentos inicialmente omitidos.

Por ello, la Ley Hipotecaria exige que se notifique al recurrente, ya que obviamente tal rectificación afecta a un derecho del que es titular y que la calificación ha limitado, derecho que, como se expuso, consiste en inscribir una titularidad de un derecho real inmobiliario en un Registro.

Pues bien, aplicados los anteriores requisitos a la denominada por el funcionario calificador «resolución manteniendo parcialmente su acuerdo de calificación», se aprecia claramente la incorrección de la misma.

En efecto, lo primero que debe reiterarse es que tal rectificación no puede ser una nueva calificación o un instrumento para adicionar nuevos argumentos o contestar a los esgrimidos por el recurrente o quien hubiera presentado alegaciones. Sobran, por tanto, todos los extremos a que se extiende esa resolución y que se ordenan en los fundamentos jurídicos de revisión de la calificación y mantenimiento de la misma, esgrimiendo nuevos argumentos para defender la nota de calificación inicialmente recurrida, pues si se admitieran los mismos, en la realidad se estaría permitiendo al registrador calificar sucesivamente, actuación proscrita por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que exige la calificación negativa sea íntegra en lo relativo a los argumentos por los que el título se califica negativamente.

Pero es que, además y a la luz de los mismos hechos de la meritada resolución, la misma es radicalmente extemporánea, pues se dicta habiendo transcurrido notoriamente el plazo de cinco días previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria; por tanto, en un momento en el que la única obligación que compete al registrador es la de formar el expediente de recurso y remitirlo a este Centro Directivo de modo inmediato, pues el plazo para resolver el mismo —tres meses— se computa desde que el recurso tuvo entrada en el Registro de la Propiedad (artículo 327 de la Ley Hipotecaria). Además, a lo anterior no es obstáculo el que tuvieran entrada en tal Registro las alegaciones de la Diputación Foral de Vizcaya el día 30 de diciembre, pues la rectificación en nada se refiere a este extremo.

Por tanto, debe igualmente advertirse al registrador de que la conducta consistente en dictar esa nueva resolución calificadoras, que es lo que en resumen implica la misma, carece de cobertura legal.

Asimismo, y sin que se exprese en el expediente a quién considera interesado el registrador y, mucho menos, los documentos acreditativos de su actuación, aparece que éste ha dado traslado del recurso «para ale-

gaciones a los interesados» —esta actuación se consigna en los hechos de su resolución de 9 de enero de 2006, por la que decide mantener la calificación excepto en un extremo—; aparte de este traslado el registrador remitió el recurso a la Diputación Foral de Bizkaia.

Hemos de comenzar señalando que la actuación del registrador es, en este punto, igualmente incorrecta. En efecto, la fecha de su calificación es de 7 de noviembre; el recurso se interpuso el 9 de diciembre. Por tanto, a la fecha de interposición del recurso del notario ya había entrado en vigor la Ley 24/2005, de 18 de noviembre —entró en vigor el día 20 de ese mes y año— y, por tanto, el funcionario calificador debía haber sujetado su actuación, en lo que a la tramitación del recurso se refiere, a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, sin omitir trámites pero, igualmente, sin crear otros no previstos en la citada norma.

Así, una de las modificaciones llevadas a cabo por la mencionada Ley 24/2005, de 18 de noviembre —en concreto su artículo 31.Cinco—, consistió en modificar el párrafo quinto —que no sexto, como afirma el registrador— que es el que regula la posibilidad de que el funcionario calificador diera traslado a titulares de derechos que consten inscritos, anotados o por nota al margen y puedan ser perjudicados por la resolución que recaiga en su día, así como en aquellos supuestos en que la nota desestimatoria se funde en la omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo o en la falta u omisión del consentimiento de una persona física o jurídica.

La reforma consistió en algo tan simple como volver a la redacción que ese precepto tenía hasta su modificación por la Disposición Adicional decimocuarta de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. En efecto, esta Dirección General ya sostuvo en su Resolución de 14 de diciembre de 2004 que el citado párrafo quinto debía ser «interpretad[o] en sus justos términos, sin que pueda servir de base para reputar como interesado en dicho procedimiento otras personas distintas de dichos titulares. En efecto, mediante el recurso gubernativo se pretende asegurar la efectividad del derecho a la inscripción del título y aunque en la regulación actual de dicho procedimiento se hayan introducido algunas cautelas para asegurar la debida protección de determinados terceros titulares de derechos que pudieran resultar afectados por la inscripción cuya práctica se solicita por el recurrente, ello no autoriza al Registrador para, arrojándose la facultad para actuar como una suerte de juez del procedimiento, reconozca como interesados en éste —aunque sólo sea a los efectos de recibir comunicación sobre la interposición del recurso— a otras personas o entidades, como en este caso ha entendido el Registrador respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.»

Sin embargo, dicho párrafo quinto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria era gravemente perturbador y contrario a la naturaleza del procedimiento de calificación y, sobre todo, de recurso. En efecto, cuando de la inscripción de un título se trata debe recordarse, una vez más, que existe un derecho previo del que es titular exclusivamente quien desea inscribir ese título.

Tal derecho —el que se inscriba una titularidad jurídico real inmobiliaria— está sujeto a un control de legalidad por parte de un funcionario —registrador— que a través de dos medios muy concretos —el mismo título que se califica y los asientos de su registro (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 el Código de Comercio)— debe comprobar la regularidad de las formas extrínsecas de ese documento y la validez de las disposiciones contenidas en el mismo. Ahora bien, en el ejercicio de esa función el registrador carece de la posición de un juez; el documento que se califica no es un medio de prueba más que permite formar la convicción del funcionario calificador, sino que es el medio esencial a través del cual ejerce su función, junto con el examen de los asientos de su registro.

Por ello, la posibilidad de que un recurso frente a una calificación, que parte de una previa actuación voluntaria del titular del acto o negocio documentado consistente en que éste se inscriba, pueda ser trasladado a quien sin previa concreción determine el registrador, atribuía a éste funciones pseudojudiciales de las que carece, pues tal función es más propia de un juez o de un fiscal en el ejercicio de la defensa de la legalidad.

De ahí que el Legislador optara por volver a la redacción previa de esa norma, ya que tal posibilidad, en el breve lapso de tiempo que estuvo en vigor, se había mostrado contraria a la propia esencia del procedimiento de calificación y de recurso frente a la misma, y perturbadora de los derechos del interesado que voluntariamente presenta un título para su inscripción —a salvo de los escasos supuestos de inscripción constitutiva—, pues tal interesado es titular de un derecho previo consistente en que, si lo cree conveniente, pueda acceder a un registro —oficina pública— un bien o derecho del que es titular.

Del modo expuesto, alcanza pleno sentido la esencial postura del registrador en el seno del procedimiento de calificación y ulterior de recurso; pero, también y del mismo modo, se diferencia su posición de la del juez. En efecto, el primer interesado en la inscripción es el otorgante del título, derecho cuya efectividad no puede depender de un tercero nominado o innominado a quien le da traslado el registrador, como si de un juez se tratara, sin previa determinación de aquél y sin que quien desencadena el

procedimiento –interesado en la inscripción-pueda controlar las razones por las que el registrador da traslado a quien considera interesado.

A tal fin, debe recordarse que en un litigio existe contradicción, pretensión de una parte frente a otra; en un procedimiento como el registral tal contradicción no existe, puesto que el interesado titular del derecho a que se inscriba un bien y que decide voluntariamente presentar el título no pretende nada frente a un teórico tercero nominado o innominado. Por tan simple razón, ese inciso del párrafo quinto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria se había mostrado perturbador de la esencia del procedimiento de recurso, ya que al no existir tal contradicción el registrador no puede asumir la defensa de un supuesto derecho de un tercero conocido o desconocido, careciendo de la posibilidad de dar traslado al mismo de un recurso. Lo expuesto se corrobora, asimismo, por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria que claramente distingue entre recurso frente a la calificación del registrador por parte del interesado, de un lado, y la posibilidad de contender los citados interesados entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos.

Aplicado lo precedente, cobra pleno sentido la primigenia –tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre– y actual redacción –Ley 24/2001, de 18 de noviembre– de ese párrafo quinto del artículo 327. El registrador sólo debe trasladar el recurso del interesado al notario, autoridad judicial o funcionario que expidió el título. El funcionario calificador, en suma, actuó incorrectamente cuando dio traslado a la Diputación Foral de Bizkaia y a los interesados que, por otra parte, no se identifican en el único escrito del expediente donde aparece tal actuación y que es la resolución donde se mantiene su calificación y se rectifica un extremo de la misma, respecto del sistema francés de amortización.

En conclusión, el registrador no sujetó su actuación a la legalidad vigente al tiempo de los traslados que efectuó, dado que tal posibilidad no se contemplaba en la norma a la que debe sujetar su actuación en el procedimiento de recurso frente a una calificación.

A su vez, debe igualmente recordarse al funcionario calificador que el informe no es el lugar idóneo para emitir nuevos argumentos en defensa de su nota de calificación, a la luz de los argumentos utilizados por el recurrente. En este sentido, este Centro Directivo ya ha mostrado su parecer acerca del contenido del informe del registrador que deberá limitarse a cuestiones de mero trámite –por todas, Resolución de 17 de junio de 2005 y las que se citan en su vistos-. Este criterio de esta Dirección General ha sido, por otro lado, ampliamente ratificado por las resoluciones judiciales habidas hasta el momento –así, Sentencias de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de 14 de noviembre de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona de 24 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Barcelona de 23 de diciembre de 2005 y de la Audiencia Provincial de Almería de 9 de marzo de 2006–.

Pero es que, además, del informe emitido por el funcionario calificador y del expediente remitido a este Centro Directivo por dicho funcionario, resulta imposible conocer extremos básicos del expediente como son los relativos a la calificación sustitutoria que provoca la inscripción del bien hipotecado a favor del deudor hipotecante.

Debe, por tanto, nuevamente advertirse al registrador que su informe no se sujeta a la doctrina de esta Dirección General vinculante para tal funcionario ex artículo 327, párrafo décimo de la Ley Hipotecaria, siendo así que el incumplimiento de las resoluciones vinculantes de este Centro Directivo puede ser generador de responsabilidades disciplinarias a tenor de lo dispuesto en el artículo 313.B), k) de la Ley Hipotecaria, que entró en vigor el pasado día 20 de noviembre y que, además, el mismo no refleja la realidad de los trámites producidos en el expediente.

Por último, obra en el expediente una comunicación del registrador, de 27 de marzo de 2006, al que acompaña un escrito notificado al notario recurrente en el que el citado registrador le advertía de una serie de incorrecciones en su recurso y del hecho de que si no las subsanaba el mismo quedaría caducado, invocando para ello los artículos 71, 74 y 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pues bien, dicho escrito carece de la mínima cobertura legal exigible a la actuación de un funcionario público. En efecto, atendida la regulación del recurso frente a la calificación en ningún precepto de la Ley Hipotecaria se habilita al registrador para inadmitir el recurso, advertir de su caducidad y, aun menos, declarar caducado el mismo.

El Registrador tiene claramente previstas sus obligaciones en el procedimiento de recurso, a tenor de lo dispuesto esencialmente en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, siendo patente que lo que en ningún supuesto cabrá en un esquema de recurso jerárquico, como es el diseñado en la Ley Hipotecaria frente a la calificación negativa, es que el órgano cuyo acto se recurre –registrador– se erija en órgano resolutorio del recurso, incluso a los solos efectos de declarar su inadmisión o caducidad, pues ésta es una posibilidad que sólo compete a este Centro Directivo, al implicar un medio de resolución del recurso.

En suma, con relación al escrito del funcionario calificador de 27 de marzo, remitido a este Centro Directivo, se advierte al mismo de su clara

improcedencia, al arrogarse funciones no previstas en el ordenamiento jurídico a que debe sujetar su actuación.

3. Examinada la competencia de esta Dirección General y los aspectos procedimentales reseñados se ha de dilucidar acerca de la cuestión de fondo controvertida.

A tal fin, resulta adecuado distinguir entre los dos defectos que se mantienen por el citado registrador. El primero consiste en la, a su juicio, nulidad de determinadas normas tributarias por contravenir, al parecer, el artículo 254 de la Ley Hipotecaria; el segundo defecto se basa en la nulidad de determinadas cláusulas de la hipoteca unilateral que se documenta en el título presentado a calificación.

Pues bien, lo primero que debe destacarse es que el ámbito de la calificación registral se encuentra clara y perfectamente delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al igual que los medios a través de los que debe llevarse a cabo tal esencial función.

El citado ámbito no es otro que el de la calificación (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y del Código de Comercio) de «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, ... , así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas». Los medios de calificación no son otros que el propio título calificado –«lo que resulte de ellas»– y «los asientos del Registro», obviamente, del que es titular el funcionario calificador (así, y por citar dos ejemplos, Resoluciones de la Dirección General de 14 de septiembre y 22 de octubre de 2004, confirmadas por las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Almería de 9 de marzo de 2006 y de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2005).

Respecto del ámbito objetivo de la calificación, por legalidad de las formas extrínsecas habrá de entenderse el cumplimiento de los requisitos formales a que quedan sujetos los diferentes tipos documentales atendida su naturaleza –así, artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento–.

En cuanto a la validez de los actos dispositivos, por tal expresión habrá de entenderse el control de legalidad que compete al registrador atendido el negocio o acto jurídico documentado y las normas que rigen el mismo, esto es, el análisis de si dicho negocio o acto jurídico cumple los requisitos legalmente previstos, examinada su naturaleza jurídica y norma que rige a los mismos.

Ahora bien, como ya exponía esta Dirección General en su Resolución de 14 de diciembre de 2004, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005, según «[e]l artículo 18.2 del Código de Comercio, los Registradores calificarán la validez del contenido de los documentos presentados a inscripción, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de su validez, ni siquiera a la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, existiendo algunas circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.); y la facultad que se atribuye al Registrador para calificar esa validez –a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado, y por lo que resulte de los documentos presentados así como de los propios asientos del Registro– implica la comprobación de que, según los indicados medios que puede tomar en cuenta al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado; pero fuera de tales supuestos no le autoriza para decidir –como acontece en el presente caso, arrojándose funciones propias de los Tribunales– que frente a determinada interpretación de la ley sustentada por la jurisprudencia y por un amplio sector de la doctrina científica deba prevalecer otro criterio de su aplicación, con el resultado de impedir la inscripción solicitada, de suerte que quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión.»

En consecuencia, en el procedimiento registral el registrador no puede ejercer su función pública como si de un juez se tratara –no adopta la posición o función de un juez– pues no sólo el ámbito objetivo de su control se encuentra limitado, sino que también lo está los medios con los que ejerce su función y, todo ello, porque en la calificación de un título el registrador no resuelve acerca de pretensiones contradictorias como, al contrario, sí sucede con el Juez en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Expuestos los principales rasgos de la función calificadora, resulta palmario que, lo que en ningún caso, compete al registrador es analizar la legalidad de las Disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función de control de legalidad.

Así, y en los expresados términos, el registrador deberá apreciar la validez de los actos dispositivos, atendido el ordenamiento jurídico aplicable, pero lo que en modo alguno podrá es enjuiciar la conformidad a ese

ordenamiento de las normas que integran el mismo y que, por ende, tiene que aplicar.

Tal posibilidad, respecto de las normas infralegales, sólo compete a los órganos jurisdiccionales a través de los cauces legalmente previstos y, en su caso y respecto de dichas disposiciones infralegales a la propia Administración autora de las mismas ex artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a través de los cauces de revisión de oficio.

Obviamente, y respecto de las normas con rango o fuerza de Ley aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución, tal función sólo compete al Tribunal Constitucional (artículo 161.1 a) de la Constitución Española) a través de los cauces legalmente previstos, sin perjuicio de que su actuación pueda ser provocada en virtud de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad planteada por órgano jurisdiccional (artículo 163 de la Constitución Española).

Fuera de esos estrictos cauces, el registrador, como funcionario público, carece de la posibilidad de dudar, inaplicar o cuestionar la validez de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. Otra posibilidad no sería sino poner en entredicho la función pública que compete a tal funcionario y subvertir el mismo ordenamiento jurídico.

Por ello, no cabe sino revocar el primer defecto invocado por el Registrador, puesto que invoca en defensa del mismo la supuesta ilegalidad de la Disposición Adicional Tercera de la Orden Foral 1443/2005, de 7 de junio, dictada por el Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Vizcaya, añadida a dicha Orden Foral por la Orden Foral 2161/2005, de 9 de septiembre, por contravenir normas de rango superior. Tal alegación de ilegalidad excede de las funciones calificadoras del citado registrador de la propiedad e infringe el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Pero es más, cabe añadir que la supuesta contravención indicada por tal funcionario no existe. En efecto, basta leer el artículo 254 de la Ley Hipotecaria para apreciar que el mismo no es sino una cautela que hunde sus raíces en la legislación de impuestos de derechos reales y que tiene como objetivo garantizar la indemnidad de la Hacienda ante los actos dispositivos que se incluyen en los hechos imposables previstos en la correspondiente normativa fiscal.

Resulta difícilmente imaginable que la misma Hacienda en cuya garantía se establece una cautela, infrinja ésta a través de las normas que la misma aprueba. En suma, resulta imposible que una garantía prevista a favor de la respectiva Hacienda pueda ser menoscabada o infringida por la misma Hacienda que es competente para establecer el medio de acreditación del pago, exención o no sujeción que ha de utilizarse ante la citada Administración; en otras palabras, que regula cuál es ese medio de acreditación de tales hechos –pago, exención o no sujeción– en garantía de su propia indemnidad y para evitarse asimismo perjuicios.

En suma, no sólo ha infringido el registrador lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al extravasarse con su calificación el ámbito de la misma y, por tanto, dicho precepto, sino que el defecto alegado no existe.

4. El segundo defecto alegado se funda en la ilegalidad de determinadas cláusulas del contrato de hipoteca unilateral. Tal ilegalidad se refiere al clausulado relativo a comisiones, gastos, penalizaciones por excesivas demoras, vencimiento anticipado, renuncia a la facultad de imputación de pagos, compensación, garantía por pagos a tercero, renuncia a desistimiento, copias con fuerza ejecutiva, seguro de la finca hipotecada, limitación de las facultades del deudor en el arrendamiento, obligaciones a cargo de tercero y otras cláusulas.

Se debe comenzar afirmando que el defecto no puede mantenerse y que tiene que ser revocado por las causas que luego se expondrán.

No obstante y de modo previo, debemos hacer tres precisiones: primera, debe resaltarse que la calificación, respecto de las materias arriba indicadas, carece de la debida claridad, porque no sólo no se identifican las concretas cláusulas a que se refiere por razón de su numeración, sino que no se explicitan debidamente los motivos por los que se considera que aquellas son contrarias al ordenamiento jurídico. Así, se citan preceptos y sentencias sin la debida conexión lógica con las cláusulas calificadas.

Segunda, debe destacarse que los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas, que vedarían su acceso al registro a juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de defensa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación –Leyes 26/1984, de 19 de julio, y Ley 7/1998, de 13 de abril–. Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. Dicha posibilidad, como veremos, está vedada al citado funcionario.

Tercera y última, y como adecuadamente manifiesta el recurrente, el registrador confunde dos conceptos: cláusulas no inscribibles por carecer de trascendencia jurídico real y que, por tanto, no deben acceder al registro y respecto de las que el registrador ha de limitarse a declarar su no inscribibilidad por tal motivo; y cláusulas con trascendencia jurídico real

inmobiliaria que deben inscribirse si son conformes al ordenamiento jurídico, y respecto de las que el registrador ha de ejercer su calificación, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, en este particular supuesto, 258.2 del mismo Texto.

Por tanto, resulta un prius lógico exigible al registrador que éste determine qué cláusulas no se inscriben por carecer de tal trascendencia jurídica y qué cláusulas sí son inscribibles, previa su calificación.

Basta leer el enunciado de materias a que se refiere la calificación del registrador para apreciar que el citado funcionario calificador no ha efectuado tal actividad previa, confundiendo de ese modo el ámbito de la calificación e infringiendo el mismo artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Esta razón bastaría para revocar el defecto invocado, pues con tal proceder ha extravasado el ejercicio de su función e infringido el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pues la calificación que debe efectuar, como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador.

Pero es que además, y aunque esta Dirección General asumiera la función de examinar la trascendencia jurídico real de las cláusulas calificadas negativamente, el registrador ha extravasado, igualmente, su función.

En efecto, afirmábamos antes que el registrador deniega el acceso al registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios.

Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el registrador por las razones que a continuación se señalan.

Primera, porque como se expuso el registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento.

Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es ad exemplum.

Tercera, lo anterior, esto es la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser, en consecuencia, revocado este segundo defecto,

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación 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 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, 19 de abril de 2006.—La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de Bilbao número 7.

**9511** *RESOLUCIÓN de 19 de abril de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Manuel López Pardiñas, Notario de Bilbao, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 7 de Bilbao, a inscribir una escritura de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don Manuel López Pardiñas, Notario de Bilbao, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 7 de Bilbao, don Carlos Ballugera Gómez, a inscribir una escritura de hipoteca.

## Hechos

### I

Por escritura otorgada ante el Notario de Bilbao, don Manuel López Pardiñas el día 7 de octubre de 2005 (bajo el número de protocolo 2258), don Gabriel-María Amann Jáuregui y doña Macarena Melgosa Peral constituyeron un derecho real de hipoteca, sobre la finca de su propiedad, registral 623, del Registro de la Propiedad de Bilbao, número 7, en garantía de un préstamo concedido a su favor por la entidad «Bilbao Bizkaia Kutxa».

### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Bilbao número 7. Previo examen y calificación del precedente documento, se suspende la práctica de la inscripción solicitada por no acreditarse el pago, exención o no sujeción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados conforme al artículo 122.2 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE 11 junio). También, se deniega la inscripción de determinadas estipulaciones cuyos motivos se expresan a continuación, pero que no impiden la inscripción de la hipoteca, dado que tratándose de un contrato por adhesión cuyo contenido se halla integrado por condiciones generales de la contratación, la nulidad de que adolecen las cláusulas denegadas es parcial respecto al contrato celebrado, coactiva para el predisponente y de pleno derecho. Todo ello según los motivos que se expresan en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos: 1.º) El precedente documento, consistente en una escritura pública autorizada por don Manuel López Pardiñas el día 7 de octubre de 2005, presentada por vía telemática el mismo día, asiento 2214 del diario 36, y consolidada el día veinte del pasado mes de octubre, v se ha devuelto a este Registro, el día ocho de los corrientes. 2.º) En dicha escritura se hipoteca por don Gabriel María Amann Jauregui y su esposa doña Macarena Melgosa Peral la finca número 623 de Casco Viejo de su propiedad, en garantía del préstamo que Bilbao Bizkaia Kutxa le concede en la citada escritura. Fundamentos de Derecho: 1.º) Pago del Impuesto. No se acredita el pago del Impuesto, su exención o no sujeción conforme al artículo 122.2 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La autorización contenida en la disposición adicional tercera de la Orden Foral 14 312005, de 7 de junio, añadida por la Orden Foral 2151/2005, de 9 de septiembre no puede desvirtuar ni vulnerar lo prevenido en una norma de mayor rango conforme al principio de jerarquía normativa. Dicho principio se recoge en los artículos 9.3 CE, 1.2 CC y artículo 51.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, y ha sido aplicado por la DGRN en las resoluciones de 3, 4, 5 y 6 de noviembre de 2003 y 9 de febrero de 2004, así como por el Tribunal Supremo, en sentencias de su Sala Civil, de 12 de marzo de 2002 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de enero de 2003. Por tales

razones debe suspenderse la práctica del asiento correspondiente conforme al artículo 254 LH. 2.º) Sistema francés. Por medio de tal sistema se calculan las cuotas de capital a amortizar e intereses de modo anual, dividiéndose luego en plazos mensuales. En cuanto ello implica el pago de intereses por cantidades de capital ya amortizadas además, de no ser recomendable ni correcto desde un punto de vista bancario, es jurídicamente inadmisibles, pues el cobro de intereses por capital ya amortizado, constituye, en este caso concreto, una ilegalidad y un enriquecimiento no justificado, conforme resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1994 y 10 de octubre de 2001. 3.º) Comisiones. I. Comisión de apertura no responde a la prestación de un servicio efectivo con ocasión de una petición específica en beneficio e interés del deudor, contra el apartado tercero del número quinto de la Orden ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989. Además, al dar lugar a una disminución en la cantidad efectivamente entregada en préstamo va contra el artículo 1.11 de la Ley de 23 julio 1908 en relación con el 8.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC en adelante). La condición de consumidor de la parte prestataria hacen a la cláusula contraria al apartado 24.º de la disposición adicional 1.ª Ley General para la Defensa de los Consumidores v Usuarios (LGDCU en adelante). II) Reembolso anticipado. No entraña servicio alguno al prestatario ni responde a la reparación de un perjuicio al prestamista, quien puede de inmediato colocar su dinero en el mercado interbancario, lo que es contrario al apartado tercero del número quinto de la Orden ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, en relación con los artículos 10.1.a) LGDCU, 5 y 7 LCGC, ya que supeditar el montante de la comisión a que la legal no sea mayor constituye una cláusula salvatoria que adolece de falta de transparencia, lo que la descalifica sobre la base de los preceptos citados en relación con el artículo 8.1 LCGC. 4.º) Gastos y créditos conexos. I. Gastos. Se ponen a cargo del deudor todo tipo de gastos, judiciales y extrajudiciales vayan en beneficio del acreedor o en el deudor al margen de que sean originados a su solicitud, como son los notariales, de conservación, seguros, y registrales. No puede admitirse por principio que todos los gastos, al margen de a quien beneficien, sean a cargo de la parte que no intervino en la formulación del contenido contractual. El acreedor no puede imputar sin justificación al adherente todos los gastos de su actividad dos veces, una por medio del interés y otra directamente. Todo ello contradice al artículo 1.168 CC y apartado 22.º disposición adicional 1.ª LGDCU. Tampoco cabe una remisión genérica a las tarifas sin especificar los gastos concretos que se van cobrar conforme al apartado 4.c) del número 7 de la OM de 12 de diciembre 989 y artículos 10.1.a) LGDCU y 5 y 7 LCGC. El profesional no puede desplazar sus costes al cliente sin la oportuna negociación la cual no se acredita lo que es contrario a los artículos 10.1.a), 10 Código de comercio y 5.5. LCGC. La imputación al prestatario en exclusiva de los gastos procesales es contraria a, preceptos imperativos, en particular a los artículos 241 y 539.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil. II. Créditos conexos. Entre ellos se incluyen gastos del más variado régimen, que se pretenden cubrir con la garantía hipotecaria por costas y gastos, lo que en algunas ocasiones, como en el caso de subrogación por pago de impuestos que llevan aparejada preferencia legal sobre la hipoteca constituida, gozan de un rango superior al de la hipoteca misma, por lo que su garantía con ella encierra sobre-garantía contra el número 18 de la disposición adicional 1.ª LGDCU. La inclusión indiscriminada de tales créditos heterogéneos en una misma cláusula con sujeción a idénticos efectos adolece de oscuridad, lo que contraviene los artículos 10.1 a) LGDCU 5 y 7 LCGC. 5.º) Anatocismo. El pacto de anatocismo, tal como se encuentra configurado en la escritura que se califica, contraría el principio de especialidad conforme a las resoluciones de la DGRN de 20 de mayo de 1987, 14 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1997, 21,30 de enero y 2 de febrero de 1998, 6 de noviembre de 2000 y 25 de junio de 2001, y por contrariar los artículos 12 LH y 220 RH. 6.º) Vencimiento anticipado. Se establece el vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones sin relación estrecha con la principal de devolver el capital y los intereses o marginales respecto de la misma, o por comportamientos ajenos a la voluntad del deudor. La resolución por incumplimiento que implica el vencimiento anticipado tal como se configuran en el contrato, ha de deberse a una causa seria y grave, con peso suficiente en la relación entre las partes, sin que quepa la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias de pequeña importancia o la falta de pago de cualquier parte de la obligación por pequeña que sea, lo que sería contrario a la aplicación del principio general propio del moderno Derecho de la contratación según el cual sólo un incumplimiento esencial puede ser causa de resolución del contrato, lo que para las obligaciones recíprocas se recoge en el artículo 1.124 CC y su interpretación jurisprudencial. En definitiva, se establecen obligaciones accesorias cuyo incumplimiento, sin embargo, podría propiciar un vencimiento anticipado de la hipoteca lo que contraría también el artículo 693.2 LEC, que exige para el del total importe de la hipoteca no sólo que se haya dejado e pagar alguna cantidad por amortización o intereses, sino que el convenio se haya inscrito en el Registro de la propiedad. Por otro lado, la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al ven-