

dico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria –las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de LH– hubieran sido calificadas favorablemente».

Por tanto, para los supuestos de calificación registral que haya de realizarse una vez entrada en vigor la nueva norma, deberá el Registrador proceder no a la inscripción de tales cláusulas, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resulten del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna respecto de aquéllas.

No obstante, al tratarse el presente caso de una calificación anterior a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, debe ahora concluirse únicamente que la concreta nota de calificación, en cuanto a los extremos ahora analizados, no hace sino incluir una referencia que es superflua porque tiene por objeto cláusulas que son evidentemente de carácter obligacional y ninguna relación tienen con el contenido jurídico real del derecho que se inscribe, por lo que aquéllas quedan extramuros de la calificación del registrador, como ha quedado anteriormente expuesto. Por ello, en el presente supuesto, y a la vista de la calificación así como de los razonamientos anteriores, lo que procede es estimar que tales referencias o advertencias han de ser expurgadas de la nota de calificación referida.

VI

Finalmente, y aunque el presente recurso únicamente puede tener como objeto la calificación de la registradora sustituida («a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador sustituido», establece la regla 5.ª del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), debe abordarse la cuestión relativa al contenido de la calificación sustitutoria. Y, a tal efecto, no puede entenderse que quede correctamente realizada con la mera ratificación o confirmación de la calificación objeto de recurso. Igualmente, sería reprochable que el registrador cuando actúa como sustituto de otro mantuviera un criterio diferente al que utiliza para calificar en el Registro del que es titular, siempre que, por supuesto, se trate de un acto o negocio jurídico idéntico o similar. En suma, la predictibilidad y seguridad del tráfico jurídico no se compadece con actuaciones diferentes del mismo registrador dependiendo de si actúa como titular de su registro o como sustituto de otro registrador. De hacerlo así, se estaría incurriendo en un evidente defecto que podría generar responsabilidades de todo tipo, dado que con tal actuación se estaría, en la realidad, incumpliendo la norma (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria).

Y, desde luego, la calificación sustitutoria no puede ser entendida por el registrador sustituto como un mero trámite que quepa despachar, sin más, confirmando la calificación inicial, como sucede en este caso, ya que en ese supuesto se estaría produciendo un resultado contrario al deseado por la norma.

Debe recordarse que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar ésta no está conforme con la inicialmente efectuada. En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación.

Por ello, esta calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el Registrador sustituido, por cuanto no cabe la «reformatio in peius» mediante la ampliación de la calificación con la alegación de nuevos defectos por el Registrador sustituto (cfr. art. 19 bis, reglas 4.ª y 5.ª, de Ley Hipotecaria).

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado revocar la calificación de la Registradora, debiendo añadirse que la presente Resolución es definitiva y, por tanto, pone fin a la vía administrativa, siendo inmediatamente ejecutiva, por lo que deberá practicarse la inscripción en los plazos reglamentarios, sin que sea óbice la interposición de recurso alguno.

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, 29 de febrero de 2008.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

5812

RESOLUCIÓN de 13 de marzo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid don Ignacio Martínez-Gil Vich, contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 2, de Navalcarnero, a inscribir una escritura de compraventa.

En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid don Ignacio Martínez-Gil Vich contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Navalcarnero (Registro número 2), don Juan Antonio Pérez de Lema y Munilla, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

El día 4 de septiembre de 2007 don Ignacio Martínez-Gil Vich, Notario de Madrid, autorizó una escritura de compraventa de una vivienda, adosada, situada en determinado Bloque en la Urbanización «La Mocha Chica», en término de Villanueva de la Cañada. En esta escritura se expresa que tiene «Coeficiente General: 0,3530 % y Coeficiente Especial o del Bloque: 5,55 %»; y se añade el siguiente apartado que ahora interesa: «II.–GASTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD: En relación con lo dispuesto en el artículo 9.1 e) de la Ley 49/1960 de 21 de julio, en la redacción dada por la Ley 8/1999, la parte transmitente manifiesta, bajo su responsabilidad, que la finca descrita no pertenece a ninguna comunidad de propietarios».

Dicha escritura fue objeto de calificación negativa de fecha 30 de Octubre de 2006, si bien caducó la vigencia del asiento de presentación, según se expresa por el recurrente y luego se dirá.

II

En lo que ahora interesa, el título se presentó en el Registro de la Propiedad número 2 de Navalcarnero el 29 de marzo de 2007, con asiento 2434 del Diario 16; y fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe parcialmente:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y concordantes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo emanen y calificación del documento presentado el día de ayer... ha resuelto no practicar su inscripción por los siguientes HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO:

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Arts. 9 L.P.H.; 6.3, 1216, 1223, 1225 y 715 C.C.; 3 L.H. y 33 R.H.

La Ley 8/1999, de 6 de abril, ha incorporado al art. 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal (por medio de la letra e) de su apartado 1), una medida de seguridad jurídica preventiva (nueva en nuestro Derecho) consistente en prohibir la autorización de instrumentos públicos relativos a negocios por los que se transmita un espacio físico que se encuentre sujeto a Régimen de Propiedad Horizontal si «en el momento» (sic) de su otorgamiento no tiene lugar un presupuesto legal de doble exigencia: Que el transmitente declare la situación de la finca a los efectos de los gastos de Comunidad y que presente un certificado del Administrador de la misma que corrobore su declaración. Se exceptúa el supuesto en que el adquirente exonere al transmitente de dicha exigencia.

En la escritura calificada no se cumplimentó el presupuesto legal examinado.

Efectivamente, dentro del apartado «II.–Gastos Generales de la Comunidad», la única manifestación que hace el transmitente se presenta ante el juicio del Registrador que suscribe, como ajena o extraña a la materia (pues la Ley no le pide hacer esa declaración sino otra distinta) inoperante (no cambia la realidad de las cosas, es decir, que no exista la propiedad Horizontal cuando existe) e inexacta (pues en contra de lo que asevera en documento público y según resulta de este Registro (compruébase la nota simple informativa incorporada) y se supone que del título que debió tenerse a la vista al tiempo del otorgamiento de la escritura calificada, la finca vendida se integra en una Comunidad constituida en Régimen de Propiedad Horizontal. Buena prueba de ello es que, en la página 4.ª de la citada escritura, se asignan dos cuotas de participación al departamento transmitido: Una, en la Urbanización general, y otra, en el Bloque al que pertenece).

Por otro lado, la exoneración por parte del adquirente de los debes [sic] de manifestación y prueba ya mencionados, no resulta expresamente del texto del documento presentado.

Evidenciada la ausencia de presupuesto legal entra en juego la medida de seguridad jurídica preventiva según la cual el concurso [sic] notarial debe excusarse (art 145 RN.)

Resumiendo y con afán generalizador: toda actuación contraria a una norma prohibitiva con rango jerárquico de Ley que veta la autorización de escrituras públicas (en el caso que nos ocupa, es la del art. 9 L.P.H. pero existen y han existido, en otras áreas del Derecho, más normas de nuestro ordenamiento jurídico que establecen la misma prohibición (y, a veces, la de no inscribir), como el art. 259 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (T.R. de 21 de junio de 1992), el art. 143 de la Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid (ley 9/2001 de 17 de Julio), el art. 25.5 de la Ley de Montes (L. 21 de noviembre de 2003), o el art. 20.1 y la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación (L. de 5 de noviembre de 1999) necesariamente ha de participar de la sanción jurídica que establece el art. 6.3 C.C. con las consecuencias que esto conlleva, referentes a la prestación de la forma notarial (art. 1218 C.C.; Ley y Reglamento Notariales) al valor jurídico del documento originado y, en particular, a la necesidad de cumplir con el principio de titulación pública y auténtica que establece el art. 3 L.H.

De una forma más concreta, nadie puede dudar que, en el documento creado en las circunstancias dichas, no quede formalizado un negocio válido y eficaz por cuanto que los interesados coinciden y consienten sobre la cosa y la causa del mismo (tesis sostenida por la D.G.R.N. en Resoluciones de 11/12/2003 y 19/10/2005 para afirmar la posibilidad de su inscripción) pero la forma de ese negocio, la que presta la intervención notarial, la que confiere al documento ese plus valor que no tienen los demás, es decir, la forma pública notarial, esa no se le puede reconocer al documento presentado, por lo dicho en el párrafo anterior.

El documento creado, entonces, queda reducido (según declaran nítidamente las leyes vigentes interpretadas en este sentido por la Doctrina notarial mas acreditada (vide los Tratados de Derecho Notarial de Jiménez Arnau, Núñez Lagos y Ávila Álvarez) a la categoría de documento privado (art 1223 y 715 C.C.) con fecha fehaciente (art 1227 C.C.) solamente eficaz entre los que lo firmaron y sus causahabientes (artº 1225 C.C.) y, consecuentemente, no supera la exigencia establecida en el art 3 L.H. para que el negocio documentado tenga acceso al Registro de la Propiedad (aspecto este último (de forma notarial y principio registral de documentación pública) cuyo tratamiento no se contempla en las Resoluciones citadas y que justifica, por medio de la presente nota de calificación, su planteamiento).

Se entiende defecto SUBSANABLE, SUSPENDIÉNDOSE SU INSCRIPCIÓN, sin que se haya tomado anotación de suspensión por defectos subsanables por no haberse solicitado expresamente.

Contra esta calificación cabe, potestativamente, interponer recurso...

Navalcarnero, a veintinueve de marzo de 2007. El Registrador de la Propiedad. Fdo.: Juan Antonio Pérez de Lema y Munilla».

III

No consta en este expediente la fecha en que la calificación fue notificada al Notario autorizante de la escritura.

El mencionado Notario solicitó la calificación sustitutoria el 3 de abril de 2007 en el Registro de la Propiedad número 42 de Madrid. La Registradora titular de dicho Registro, doña María Luisa Irurzun Ipiens, mediante calificación con fecha 8 de mayo de 2007, y además de alegar que el Notario autorizante carece de legitimación activa para solicitar dicha calificación sustitutoria y, subsidiariamente, que el expediente había caducado (por alegar la Registradora que dicho Notario autorizante solicita el día 3 de abril segunda calificación directamente al Colegio de Registradores de la Propiedad, recibiendo de éste contestación de igual fecha [extremo que no consta acreditado en este expediente] en que se le indica la necesidad de que aporte al Registro sustituto la documentación que se le indica en el plazo de diez días, entre la que se encuentra el título calificado; que este título no se presenta al Registro nº 42 de Madrid hasta el 23 del mes de abril, esto es, habiendo ya transcurrido en exceso el plazo de 10 días previsto en el citado artículo 71 de la Ley 30/1992). Y, también subsidiariamente, confirmó la calificación negativa realizada el 29 de marzo por el Registrador sustituto, argumentando, en esencia, que no existe identidad de razón entre el supuesto de la Resolución de 11 de diciembre de 2003 y el presente; que la Resolución de 19 de octubre de 2005 ha sido anulada por Sentencia dictada el 20 de octubre de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Almería; y que, sobre todo, el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal establece que sin la certificación del estado de deudas y sin la exoneración por el comprador de su aportación por el vendedor «no podrá autorizarse el otorgamiento», precepto incumplido en la escritura que se califica.

Aunque no consta en este expediente la fecha de notificación de la calificación sustitutoria al Notario autorizante, éste reconoce tener conocimiento de ella en su escrito que tiene fecha de 6 de junio de 2007, que se presentó en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid el día 8 del mismo mes, por el que dicho Notario interpuso recurso contra la calificación del Registrador sustituto, en el que alegó lo siguiente:

1.º Que la escritura de compraventa autorizada el día 4 de septiembre de 2006 fue calificada con fecha 30 de octubre de 2006 por el titular del Registro de la Propiedad número 2 de Navalcarnero.

Que, tal y como consta en la denuncia ante esta Dirección General presentada el día 12 de marzo de 2007, no se le notificó esta calificación, de la que tuvo noticia por la gestoría encargada de la tramitación de la escritura.

Que con posterioridad se instó la calificación del Registrador sustituto, que fue el titular del Registro de la Propiedad número 41 de los de Madrid, el cual no entró en el fondo del asunto sobre la base de que había caducado el asiento de presentación. Así se desprende del testimonio de la escritura incorporado.

Que la caducidad del asiento de presentación vulnera directa y flagrantemente lo prescrito en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, y genera indefensión, tal y como se denunció ante esta Dirección General oportunamente con fecha 3 de abril de 2007.

Que esto no obstante, el título fue nuevamente presentado ante el Registro de la Propiedad número 2 de Navalcarnero y fue objeto de nueva calificación de fecha 29 de marzo de 2007.

Que nuevamente se acudió al Registrador sustituto, que esta vez fue la titular del Registro de la Propiedad número 42 de los de Madrid, en cuya calificación sustitutoria, después de denegar la legitimación del Notario autorizante para solicitar la sustitución, contra la doctrina reiterada de esta Dirección General (véase por todas la resolución de 3 de marzo de 2007), y tras alegar defectos de plazo en la recepción de la documentación, realiza algo absolutamente inadmisibles teniendo en cuenta la naturaleza de la calificación del Registrador sustituto, que como también reiteradamente ha sostenido esta Dirección General debe ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido y manifestar o no su acuerdo con ellos.

En este caso, la Registradora sustituta no hace la más mínima referencia al único argumento utilizado por el Registrador titular sino que realiza una calificación distinta con argumentos totalmente diferentes, en los que no ahora no se puede entrar.

Que el recurso, como también tiene reiteradamente declarado esta Dirección General, sólo cabe contra la primera calificación. Así, lo dice también la Registradora sustituta, con incongruencia puesto que ni tiene derecho a utilizar argumentos distintos ni se entiende por qué los plantea si no cabe recurrirlos.

Con la calificación de la Registradora sustituta se produce un hecho insólito. En ningún momento manifiesta estar ni de acuerdo ni en contra de lo dicho por la nota de calificación.

Que quizá sería oportuno que esta Dirección General volviese a aclarar, una vez más, el contenido exclusivo que puede tener la calificación del Registrador sustituto.

2.º Que a los expresados hechos son de aplicación los siguientes, fundamentos de Derecho:

Primero.—La calificación recurrida se basa en un solo argumento. Nada menos que el Registrador, por sí y ante sí, declara la nulidad de una escritura por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal. Aplica literalmente el artículo 6.3 del Código Civil. Y en consecuencia, no existe título inscribible (art. 3 Ley Hipotecaria).

Ante una calificación de este estilo, pionera en su género, no es necesario alegar argumento alguno. El Registrador se permite, por sí y ante sí, decretar la nulidad de una escritura, y con ello cree haber encontrado un «hueco» para oponerse a la inscripción sin contradecir las resoluciones de esta Dirección General de 11 de diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2005.

Segundo.—Con lo anterior sería suficiente y debería terminar el recurso. Pero ante la imputación al Notario autorizante de incumplimiento de las funciones que legalmente le han sido atribuidas, deben añadirse algunas consideraciones.

En la escritura calificada no hay incumplimiento por omisión de lo que dispone el artículo 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, que era el supuesto de hecho de las resoluciones de 11 de diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2005, que atribuyeron nula trascendencia a efectos de inscripción a la omisión total de cualquier referencia a los gastos de la propiedad horizontal.

En la escritura, y no por omisión, sino de forma positiva, se hace referencia al artículo 9.1 e) de la LPH, y se hace constar que la finca no pertenece a ninguna comunidad de propietarios.

Dada la referencia al artículo 9 de la LPH y al constar en la propia escritura que la finca tiene cuota en una división horizontal, no hace falta un gran esfuerzo interpretativo para entender correctamente lo que se dice: que no se ha constituido la comunidad de propietarios y la finca no pertenece por tanto a ninguna comunidad de propietarios, hipótesis perfectamente normal, no contemplada directamente por el artículo 9.1 e) pero que es frecuente en la práctica, especialmente en casos como el que nos ocupa, en el que se trataba de una propiedad horizontal «tumbada» en que no existía zona común susceptible de generar gasto alguno.

Por tanto, el Notario, en su función de controlar la regularidad material del negocio, adaptó lo dispuesto en la Ley a las circunstancias del

caso concreto, adaptación que fue naturalmente aceptada por la parte compradora, tras la correspondiente lectura y explicación por parte del Notario autorizante de la escritura. El cumplimiento literal de lo prescrito en el artículo 9.1 hubiese sido imposible, porque cuando no hay comunidad de propietarios constituida ni hay posibilidad del comprador de exonerar de aportar una certificación referida a unos gastos que no han llegado a nacer, ni por supuesto órganos de una comunidad inexistente que certifiquen nada. Subyace aquí, por parte del Registrador, la confusión entre pertenecer a una división horizontal, que genera una copropiedad sobre los elementos comunes que necesariamente se materializa en la existencia de una cuota sobre el valor total del inmueble (artículo 5 LPH) y la pertenencia a una comunidad de propietarios a los efectos del artículo 9.1 e) LPH, que es la única que puede emitir los certificados de los que deba preocuparse el Notario al redactar la escritura.

El Registrador no distingue entre la copropiedad sobre los elementos comunes naturalmente ligada a cualquier fenómeno de propiedad horizontal y la pertenencia a una comunidad de propietarios que solamente en algunos casos llega a constituirse.

Por último, y no es baladí, en el caso presente se está impidiendo la inscripción de un comprador sin que exista protección de ningún derecho de nadie, sino simple perjuicio para dicho comprador, que meses después de completar con éxito su adquisición, comprueba alarmado que existe una discordancia del Registro con la realidad material, potencialmente peligrosa para él.

Resulta preocupante que un Registrador se atreva a arrogarse funciones judiciales sin procedimiento contradictorio y declare por sí y ante sí la nulidad de un documento, sin tener en cuenta incluso el contenido de la escritura, puesto que no hay omisión sino explícita cita del artículo 9.1.e) y como ya se ha reiterado, adaptación al caso concreto en el momento de la verdad, que es el de la celebración del negocio adquisitivo.

3.º Que, por lo expuesto solicita:

1. Que se revoque la nota de calificación ordenando al Registrador la inscripción de la escritura.
2. Que se impongan las costas de este recurso al Registrador por la evidente extralimitación de la «argumentación» de la calificación.
3. Que se le imponga al Registrador, único culpable del retraso en la inscripción, la reducción arancelaria del 30 % prevista en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

IV

El 15 de junio de 2007, causó entrada el expediente en este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal; 23, 24, 25 y 27 de la Ley del Notariado; 9.1.ª, 18, 19 bis, 322, 323, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 3, 6.3, 1261 y siguientes, 1223, 1281, 1283, 1284, 1285, 1286 y 1300 del Código Civil; 98 y 130 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964; y las Resoluciones de 17 de junio de 2004 –Sistema Registral–, 11 de diciembre de 2003, 14 de diciembre de 2004, 4 de mayo, 19 de octubre y 26 de septiembre de 2005, 19 de abril y 13 de diciembre de 2006 y 3 de marzo y 13 de noviembre de 2007, entre otras.

1. En el supuesto al que se refiere el presente recurso, se presenta una escritura de compraventa de una vivienda, adosada, situada en determinada urbanización. En esta escritura se expresa que tiene «Coeficiente General: 0,3530 % y Coeficiente Especial o del Bloque: 5,55 %»; y se añade el siguiente apartado: «... GASTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD: En relación con lo dispuesto en el artículo 9.1.e) de la Ley 49/1960 de 21 de julio, en la redacción dada por la Ley 8/1999, la parte transmitente manifiesta, bajo su responsabilidad, que la finca descrita no pertenece a ninguna comunidad de propietarios».

El Registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, se infringe la citada norma legal, que prohíbe la autorización de la escritura (sin que la infracción quede salvada por el hecho de que se incluya la referida manifestación del transmitente, toda vez que la finca vendida se integra en una comunidad en régimen de propiedad horizontal), y, por ello, dicha escritura queda reducida a la categoría de documento privado con fecha fehaciente que no supera la exigencia establecida en el art. 3 Ley Hipotecaria para que el negocio documentado tenga acceso al Registro de la Propiedad.

2. La cuestión planteada debe resolverse mediante la simple aplicación de la doctrina de esta Dirección General, sentada en las Resoluciones de 11 de diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2005, que es vinculante mientras no se sean declaradas nulas por sentencia firme que haya sido publicada en el Boletín Oficial del Estado (cfr. artículo 327 de la Ley Hipotecaria), circunstancia esta última que no se ha producido respecto de ninguna de tales resoluciones.

En ellas considera este Centro Directivo (y a pesar de que en la segunda el Registrador alegó infracción de la legalidad de las formas extrínsecas a que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria) que ni el incumplimiento de las obligaciones que se imponen al transmitente ni la prohibición de autorización de la escritura pública afectan «a la validez del negocio celebrado, por lo que si el mismo, en este caso una compraventa, reúne los requisitos que para su validez exigen las leyes (artículos 1261 y siguientes y 1300 del Código Civil) no existen obstáculos para que pueda acceder al Registro, todo ello al margen de las acciones que al adquirente competan frente a quienes hayan incumplido o quebrantado aquellas obligaciones y prohibición, en cuanto, pese a la inscripción, habrá de soportar la afectación real de la finca transmitida que la misma norma impone por razón de tales gastos». Y es que la omisión que el Registrador achaca a la escritura calificada no se sanciona especialmente por la Ley como defecto impeditivo de la inscripción, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que la falta del requisito establecido (como, por ejemplo, la manifestación sobre la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según el artículo 25.5 de la Ley de Arrendamiento Urbanos) constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

Por otra parte, las apreciaciones que el Registrador expresa sobre la nulidad formal de la escritura calificada por el hecho de la pretendida infracción de la norma prohibitiva es de todo punto impropio, habida cuenta del ámbito de su función calificadora conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario. Y lo mismo cabe concluir en el plano de la interpretación del artículo 1223 del Código Civil que invoca en su nota impugnada el funcionario calificador.

En efecto, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los Registradores calificarán «...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...». Asimismo, dicha norma legal delimita los medios a través de los que debe llevarse a cabo tal función esencial: El propio título calificado –«lo que resulte de ellas»– y «los asientos del Registro».

No obstante, como ya expresó esta Dirección General en su Resolución de 14 de diciembre de 2004, con un criterio reiterado por otras posteriores (cfr., por todas, la de 19 de abril de 2006), «... 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».

Consecuentemente, 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 están 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, en cambio, sucede con el Juez en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Respecto del referido 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–.

Ahora bien, si conforme a tales normas los Registradores pueden apreciar la inobservancia de las prescripciones que sobre la forma del instrumento público derivan de la normativa notarial, no implica que puedan declarar la nulidad formal del mismo cuando se trate de requisitos o circunstancias cuya omisión no lleve aparejada tal sanción.

Así, las causas de nulidad formal de las escrituras están esencialmente establecidas en el artículo 27 de la Ley del Notariado (falta de idoneidad de los testigos instrumentales, falta de fe de conocimiento o de identificación supletoria, falta de firma de los otorgantes y de los testigos, así como la falta de autorización –firma, rúbrica y signo del Notario–); a las que cabe añadir la ausencia de testigos en los casos en que fuera preceptiva su intervención, la falta de lectura de la escritura o la expresión documental de la lectura y la falta de redacción de la escritura en castellano o otra lengua española que sea procedente (artículo 25 de la Ley del Notariado).

Además, aunque a las normas de la Ley del Notariado y de su Reglamento que regulan en general los requisitos formales de las escrituras les sea también aplicable el artículo 6.3 del Código Civil, debe tenerse en cuenta la interpretación restrictiva de este precepto según la doctrina del Tribunal Supremo que exige analizar las circunstancias del acto o contrato cuya nulidad se postule de suerte que sólo puede accederse a ésta cuando concurren determinados presupuestos (cfr., por todas la Sentencia de 10 de noviembre de 1964). Por ello, cabe concluir que en tales casos la nulidad formal de la escritura, que será excepcional, sólo puede ser declarada cuando lo impone una ley o se trate de un requisito esencial o cuya infracción contravenga el orden público. En cambio, las restantes infracciones de los requisitos de forma establecidos en la normativa notarial carecen de fuerza invalidante y, por ende, no están subsumidas en el supuesto normativo del artículo 1223 del Código Civil (que, en puridad, es aplicable no a las escrituras que tengan cualquier defecto sino a las formalmente nulas), sin perjuicio de que puedan dar lugar a otras sanciones distintas de la nulidad formal.

A «fortiori», debe concluirse que tampoco existirá nulidad formal de las escrituras que, aun cumpliendo las prescripciones establecidas por la normativa notarial, carecen de determinados requisitos exigidos por otras normas y por ello están privadas de ciertos efectos que de ordinario les son propios, como acontecería, por ejemplo, con una escritura que –aun identificando el objeto del negocio– no contuviera la descripción del inmueble con las circunstancias establecidas en los artículos 9.1.ª de la Ley Hipotecaria: Se trataría de una escritura válida formalmente pero no inscribible en el Registro de la Propiedad.

En definitiva, de los razonamientos precedentes se desprende paladinamente que, en el presente caso, la omisión que el Registrador achaca a la escritura calificada ni constituye causa de nulidad formal del título por incumplimiento de la normativa notarial, ni dicho funcionario es competente para declarar la nulidad formal de aquél por la mera inobservancia de la norma del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, ni esta presunta falta impediría la inscripción solicitada según la doctrina vinculante sentada por las citadas Resoluciones de este Centro Directivo de 11 de diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2005.

A mayor abundamiento, y aunque es evidente que desde que existe una situación como la referida en el artículo 396 del Código Civil no puede negarse la existencia de propiedad horizontal, con independencia de que se haya formalizado o no el correspondiente título constitutivo, en el presente caso ni siquiera puede afirmarse que la norma del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal haya sido infringida, pues como sostiene el recurrente, y podría haber entendido con buen sentido el Registrador (quien, en cambio, ha optado por obstaculizar la inscripción con argumentos carentes de fundamento), puede considerarse que la manifestación del vendedor significa que no puede efectuarse la entrega de la certificación a la que dicha norma subordina la posibilidad de la autorización del instrumento público porque no existe comunidad de propietarios formalmente constituida, lo que es frecuente tratándose de situaciones de propiedad horizontal «tumbada» (calificativo éste bajo el cual suelen cobijarse situaciones que responden no sólo al tipo de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, sino también al tipo de auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. Y es que la Ley de Propiedad Horizontal es de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley –cfr. el artículo 2 de la misma–; cfr. la Resolución de 27 de enero de 2006). A tal efecto, no puede olvidarse que el contenido de la escritura calificada ha de ser analizado e interpretado en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículos 1281, 1283, 1284, 1285 y 1286 del Código Civil).

2. Por lo que se refiere a la calificación sustitutoria, en primer lugar, respecto de la solicitud que el Notario autorizante de la escritura hizo de calificación por el Registrador que correspondiera por el cuadro de sustituciones (sin que, por otra parte, se haya acreditado en este expediente cuál habría de ser el «dies a quo» en el cómputo del plazo de diez días para

presentar la documentación a que se refiere la Registradora sustituta), debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 17 de junio de 2004 –Sistema Registral–, 4 de mayo y 26 de septiembre de 2005, 13 de diciembre de 2006 y 3 de marzo y 13 de noviembre de 2007) según la cual es evidente el derecho que tiene el Notario a acudir a dicha calificación sustitutoria o, por el contrario, recurrir directamente la calificación del funcionario territorialmente competente ante esta Dirección General.

A tal fin, es terminante la literalidad de los artículos 18, 19 bis, 322 y 325 de la Ley Hipotecaria. Resulta obvio, mediante la aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, que el Notario puede acudir a la calificación sustitutoria, del mismo modo que puede recurrir ante este Centro Directivo la calificación negativa del Registrador territorialmente competente.

Desde ese punto de vista, la disquisición de la funcionaria calificadora acerca de la hipotética interpretación que deba darse a la expresión «interesado» lesiona de modo directo el derecho del Notario a acudir a dicha calificación sustitutoria, pues resulta patente que pudiendo lo más –recurrir la calificación del Registrador territorialmente competente– podrá lo menos –evitar dicho recurso acudiendo a la calificación sustitutoria–.

Por otra parte, respecto del contenido de la calificación sustitutoria, es cierto que no puede el Registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido. Así, el párrafo segundo de la regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria señala terminantemente que «en la calificación el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Por tanto, la calificación sustitutoria se ha de ceñir así, tanto respecto del legitimado para instarla, como respecto del registrador sustituto, a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente. Y es que debe recordarse una vez más que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del registro, porque el legitimado para instar aquella no está conforme con la inicialmente efectuada; pero, por esta precisa causa, dicha nueva calificación sustitutoria debe ceñirse a la disconformidad que el legitimado para instarla manifieste respecto de los defectos inicialmente expuestos por el registrador sustituido.

En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido.

Por tales razones, la calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el Registrador sustituido, por cuanto no cabe la «reformatio in peius» mediante la ampliación de la calificación con la alegación de nuevos defectos por el Registrador sustituto (cfr. artículo 19 bis, reglas 4.ª y 5.ª, de Ley Hipotecaria), ya que, como expresa el primer párrafo de la citada regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, no cabe recurso frente a la calificación del registrador sustituto, sino del sustituido.

No obstante, en el presente caso, a la vista de la solicitud del recurrente y del contenido de la calificación sustitutoria, no puede entenderse que la Registradora sustituta añada nuevos defectos a los inicialmente expuestos por el sustituido, por lo que debe ahora declararse que dicha calificación sustitutoria se ajusta a los límites establecidos en el artículo 19 bis, regla 5.ª.

3. Por último, no puede decidirse en este expediente sobre asuntos ajenos a las cuestiones que constituyen propiamente su objeto (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), por lo que no procede abordar la petición del recurrente sobre la rebaja arancelaria del treinta por ciento que debe practicar de oficio el Registrador en caso de retraso en la inscripción, conforme al artículo 18, que únicamente podrá hacerla valer el recurrente por el procedimiento adecuado.

En cambio, respecto de su petición de imposición de las costas de este recurso al Registrador debe estimarse competente este Centro Directivo habida cuenta de lo establecido en el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, pues, aunque en el presente procedimiento ante esta Dirección General no es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador ni existen tasas, en cambio sí que pueden ocasionarse otros gastos (p.ej. costes de expedición de copias o testimonios así como cualquier otro desembolso que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de este procedimiento) que, una vez acreditados debidamente, habrán de ser resarcidos. Por ello, en el presente caso la cuestión planteada debe resolverse accediendo a dicha solicitud, toda vez que en la calificación impugnada concurren circunstancias que denotan ignorancia inexcusable del Registrador, no sólo en el sentido de inobservancia de la doctrina sentada por esta Dirección General en sus Resoluciones vinculantes de 11 de

diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2005, sino –lo que es determinante– por la evidente falta de fundamento de la declaración de nulidad que el funcionario achaca a la escritura calificada, excediéndose de modo flagrante en el ejercicio de sus competencias conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación del Registrador, con imposición a éste de las costas y gastos ocasionados, 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, 13 de marzo de 2008.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

5813

RESOLUCIÓN de 14 de marzo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Seniors Money (Spain) Finance Limited, contra la negativa de la registradora de la propiedad n.º 4, de Marbella, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por don Javier Ortega de la Peña en nombre y representación de la mercantil Seniors Money (Spain) Finance Limited contra la negativa de la Registradora de la Propiedad n.º 4 de Marbella doña Nieves Ozamiz Fortis, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Marbella, don Antonio Ruíz-Clavijo Laencina, con fecha veintisiete de abril de dos mil siete, número 1.283 de protocolo, la mercantil de nacionalidad irlandesa Seniors Money Spain concedió un préstamo a los esposos don Norman Nathan Curtis y doña Enid Curtis, con la garantía hipotecaria de una vivienda unifamiliar, sita en Marbella, perteneciente a la demarcación del Registro n.º 4 de esa ciudad.

II

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad de Marbella n.º 4, fue calificada negativamente por la titular de dicho Registro doña Nieves Ozamiz Fortis, con nota de calificación, de la que resultan los siguientes: HECHOS.–1)–No resulta determinado el plazo de duración ni de la hipoteca, ni del préstamo garantizado por la misma. En la Cláusula Financiera 2.ª sobre «Reembolso», se indica que el importe del préstamo se reembolsará a) cuando se formalice la venta de la finca o b) cuando la entidad prestamista presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente, añadiendo que «mientras el prestatario no haya incumplido la presente escritura» la entidad prestamista sólo podrá requerir el pago en una serie de casos: a) seis meses desde la muerte del último residente nombrado o b) que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca. Incluso se indica que se entiende por dejar de residir, mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar. En la Cláusula No Financiera 9.ª se reitera esta pretendida definición indirecta del plazo de duración; 2.–«La Cláusula 2.ª, regula la imputación de pagos, fijando el siguiente orden: «a) intereses devengados, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; b) a comisiones y gastos a pagar, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; c) al importe debido por: intereses, comisiones y gastos devengados; 3.–En relación a la fijación de intereses, pueden reseñarse los siguientes hechos: 3.1.–El penúltimo párrafo de la Cláusula 2.ª y el último párrafo de la Cláusula 8.ª, regulan la posibilidad de un «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», el cual implica un tipo de penalización del 2% anual por encima del tipo de interés remuneratorio, previsto para el caso en que la deuda total haya vencido para reembolso y no se haga el pago de conformidad con los términos previstos en la escritura ó si se incurre en cualquier otra causa de incumplimiento, sin que dicho tipo de interés sea objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la Cláusula de Constitución; 3.2.–La Cláusula 4.ª establece la posibilidad de un «Interés remuneratorio alternativo» que puede benefi-

ciar a la parte prestataria en la medida en que ésta cumpla las manifestaciones y garantías establecidas en la Cláusula 14.ª quedando al unilateral arbitrio de la entidad acreedora la valoración de dicho cumplimiento; y seguidamente se atribuye a la entidad acreedora la facultad de modificar unilateralmente «los intervalos a los que se carga el interés»; 3.3.–La Cláusula 3.ª, en su párrafo 4.º acuerda la «capitalización del interés, las comisiones y los gastos»; 3.4.–La Cláusula 3.ª, en su párrafo 1.º establece un diferencial ascendente al 4% anual, que sumado al tipo de interés referencial «Euribor a tres meses», permite calcular el tipo de interés variable aplicable lo que excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve en la actualidad el mercado hipotecario: 4.–En relación a la Cláusula 11.ª de Constitución Hipotecaria, pueden reseñarse los siguientes puntos: 4.1.–La referida Cláusula introduce una nueva figura, a la que denomina «Inexistencia de Garantía Patrimonial» que se define en los siguientes Términos: «Si la cuantía del préstamo crece hasta superar el valor de la finca y el préstamo está siendo reembolsado una vez producida la venta de la finca, la responsabilidad del prestatario queda limitada a los netos obtenidos por la venta de la finca.», siempre y cuando el prestatario cumpla con los requisitos establecidos en el último párrafo del referido artículo, entre los que se encuentra la amplísima y absolutamente subjetiva condición de que «no se haya dado un supuesto de incumplimiento»; 4.2.–Los intereses remuneratorios garantizados hipotecariamente resultan indeterminados, lo que se observa analizando los siguientes incisos: En su primer párrafo la Cláusula 11.ª, garantiza «intereses (capitalizados según la cláusula tres anterior) hasta un máximo de nueve mil ciento treinta y siete euros», y en su penúltimo párrafo prevé la posibilidad de que como consecuencia de la capitalización referidas «la cuantía de préstamo crezca hasta superar el valor de la finca»; 4.3.–La Cláusula de Constitución no garantiza expresamente las Comisiones, los Gastos (salvo los relativos vinculados a la ejecución hipotecaria), y las Primas del Seguro previstas en la Cláusula 14.ª; 5.–En relación con la tasación de la finca hipotecada: 5.1.–La Cláusula 13.ª establece; «En caso de que el valor de mercado de la finca haya subido sustancialmente en el futuro, en un punto del tiempo que se determinará a discreción de SENIORS MONEY SPAIN, el prestatario estará obligado, a petición del primero, a modificar la presente cláusula para introducir el valor actualizado». 5.2.–La misma Cláusula establece un procedimiento de retasación absolutamente parcial; 6.–En relación con la Cláusula 14.ª en que se regulan «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y garantías del Prestatario», cuyo supuesto incumplimiento, recordemos que está previsto en la propia Cláusula de Constitución como condicionante de la no aplicación de la referida figura de «Inexistencia de Garantía Patrimonial», que pudiera derivar en la afectación del patrimonio de la parte hipotecante, más allá de la finca sobre la que se constituye la garantía: 6.1.–En los párrafos primero, segundo y tercero de la anterior cláusula, hacen referencia al compromiso de no alquilar la finca, de no constituir nuevas cargas o gravámenes, salvo con los requisitos previstos, y a la obligación de notificar cualquier posible acto de disposición; 6.2.–En el párrafo octavo, regula el procedimiento de retasación; 6.3.–En los párrafos decimoquinto y décimonoveno regulan diversas obligaciones cuyo objetivo general es mantener la finca en un estado tal, que permita cubrir una responsabilidad que iría creciendo a lo largo del tiempo como consecuencia de la larguísima capitalización de intereses; 6.4.–En el párrafo undécimo, tras hacer referencia al procedimiento de retasación anteriormente referido, y para cubrir la posibilidad de que la parte prestataria no lo llevara a cabo en el plazo determinado discrecionalmente por la entidad acreedora, establece lo siguiente: «El Prestatario apodera irrevocablemente a SENIORS MONEY SPAIN, en régimen de autocontratación.»; 6.5.–A lo largo de la referida Cláusula se pactan una serie de obligaciones de notificación e información por parte del prestatario, tales como «El Prestatario deberá cumplimentar cada año un cuestionario que SENIORS MONEY SPAIN le remitirá acerca de sus circunstancias, seguros de vida y aquellos asuntos que SENIORS MONEY SPAIN pueda necesitar.»; 7.–En relación con la Cláusula 15.ª en que se regulan los «Procedimientos judiciales»: 7.1.–Las partes acuerdan que la suma exigible en caso de ejecución, será la que resulte de la liquidación practicada unilateralmente por la entidad acreedora; 7.2.–Dicha liquidación no se ajusta a las cantidades adeudadas y garantizadas hipotecariamente, al incluirse conceptos muy variados, tales como «ampliaciones express», «gastos y comisiones», «intereses remuneratorios alternativos»; 8.–En relación con la Cláusula 18.ª en que se regulan posibles «Aclaraciones y correcciones: «El prestatario autoriza expresamente a SENIORS MONEY SPAIN, incluso en caso de conflicto de intereses, a hacer cuantas aclaraciones y correcciones.» En el supuesto de no haber sido denegada la inscripción del documento, el mismo no hubiera resultado inscribible en lo que sigue: A) Las Estipulaciones carentes de trascendencia real, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes. B) La Estipulación 8.ª relativa al vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, en cuanto a lo que sigue: 1.–el primer párrafo del apartado c), el apartado g) en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la nota al título, y los apartados