

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008728

RESOLUCIÓN de 30 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Azpeitia a inscribir una escritura de cancelación parcial de hipoteca.*(BOE de 24 de noviembre de 2017)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Cancelación parcial de hipoteca cuya responsabilidad hipotecaria se ha distribuida entre varias fincas. Para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias. Al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato objeto del recurso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor. Así, según la jurisprudencia europea y española no cabría calificar como contrato celebrado con consumidor el préstamo concedido para la construcción de una vivienda y tres locales comerciales cuando el prestatario tan solo actúa como «consumidor» en cuanto a una vivienda y no en cuanto a los locales. Si la escritura otorgada por el propio acreedor reconociendo el pago no es suficiente para cancelar la hipoteca si no va acompañada del consentimiento formal cancelatorio, tampoco será posible la cancelación en virtud de escritura otorgada unilateralmente por el deudor con base en un certificado indicativo de que el préstamo ha sido cancelado económicamente, ya sea de forma total o parcial. La hipoteca constituida inicialmente sobre varias fincas en garantía de un único préstamo y con distribución de responsabilidad entre las mismas es, en relación a las partes del contrato, una hipoteca indivisible sin que a ellas afecte la distribución de la responsabilidad hipotecaria que es una exigencia del artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Así se desprende del tenor del artículo 122 de la Ley Hipotecaria y del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, de donde se deduce que no puede exigirse esa cancelación parcial ni el deudor, ni el hipotecante no deudor, salvo en las condiciones específicas explicadas del artículo 124 de la Ley Hipotecaria.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.156, 1.172, 1.857 y 1.860.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 12, 17, 18, 38, 82, 104, 119, 120, 122 y 124.

Ley 26/1984 (LGDCU), arts. 5, 7 y 8.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 3, 6, 80 y 85 a 90.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), arts. 145, 197 y 198.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 174, 175, 176, 177, 179, 218 y 221.

En el recurso interpuesto por don F. J. M. E. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Azpeitia, doña María Begoña Ruiz Alutiz, a inscribir una escritura de cancelación parcial de hipoteca.

Hechos

I

En escritura autorizada el día 3 de agosto de 2005 por la notaria de San Sebastián, doña Guadalupe María Inmaculada Adánez, «Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito» concedió a don F. J. M. E. un préstamo por importe de 909.000 euros de principal. En garantía de la devolución de dicho préstamo se constituyó hipoteca sobre varias fincas, entre ellas, la finca registral número 14.312 del término municipal de Azpeitia, la cual quedó respondiendo de 363.500 euros de principal, del pago de sus intereses retributivos de 2 años en perjuicio de terceros al tipo de interés máximo del 10% anual, del pago de 72.700 euros en concepto de intereses de demora, y de 18.175 euros que se fijan para costas y gastos. En la escritura ahora calificada, autorizada el día 11 de mayo de 2017, ante el notario de San Sebastián, don Enrique García Jalón de la Lama, el deudor, don F. J. M. E. solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, se procediera a la cancelación parcial de la hipoteca, liberando de toda responsabilidad hipotecaria a la finca registral número 14.312 de Azpeitia al haber abonado de dicho préstamo la cantidad de 448.186,40 euros y haberse atribuido a dicha finca una responsabilidad hipotecaria inferior a la cantidad abonada. En dicha escritura no intervino la entidad acreedora. Se incorpora un certificado, de fecha 6 de septiembre de 2016, emitido por quien dice ser «directora de la oficina de Caja Laboral Popular Coop. De Crédito en Azpeitia» en la que únicamente consta que, a dicha fecha, el capital pendiente del préstamo es de 451.813,60 euros.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Azpeitia, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Azpeitia Azpeitiko Jabetza Erregistroa La Registradora que suscribe previa calificación del precedente documento y de los antecedentes del Registro, ha acordado suspender la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Primero.–El precedente documento, escritura de cancelación parcial de hipoteca otorgada en Donostia-San Sebastián el 11 de mayo de 2017 ante el Notario don Enrique García Jalón de la Lama, protocolo 684, que presentado en este Registro a las 11 horas 16 minutos y 19 segundos del día 9 de junio último, motivando el asiento 1560 del tomo 148 Diario. Segundo.– En escritura autorizada el día 3 de agosto de 2005 por la Notario de Donostia-San Sebastián doña Guadalupe María Inmaculada Adánez, la «Caja Laboral Popular Coop. de Crédito» concedió a don F. J. M. E. un préstamo por importe de 909.000 euros de principal. En garantía de la devolución de dicho préstamo se constituyó hipoteca sobre varias fincas, entre ellas, la finca registral 14.312 del término municipal de Azpeitia, la cual quedó respondiendo de 363.500 euros de principal, del pago de sus intereses retributivos de 2 años en perjuicio de terceros al tipo de interés máximo del 10 por ciento anual, del pago de 72.700 euros en concepto de intereses de demora y de 18.175 euros que se fijan para costas y gastos. En la escritura ahora calificada el deudor don F. J. M. E. solicita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la L.H., se proceda a la cancelación parcial de la hipoteca, liberando de toda responsabilidad hipotecaria a la finca registral 14.312 del término municipal de Azpeitia al haber abonado de dicho préstamo la cantidad de 448.186,40 euros y haberse atribuido a dicha finca una responsabilidad hipotecaria inferior a la cantidad abonada. En dicha escritura no interviene la entidad acreedora. Se incorpora un certificado de fecha 6 de septiembre de 2016 emitido por quien dice ser Director de la Oficina de «Caja Laboral Popular Coop. de Crédito» en Azpeitia en que únicamente consta que a dicha fecha el capital pendiente del préstamo es de 451.813,60 euros. Fundamentos de Derecho Primero.–Conforme a los Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación -entre otros extremos- a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como a la capacidad de los otorgantes», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad». Segundo.–La regla general para cancelar las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública es la establecida en el Art. 82/1 de la L.H. conforme al cual «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus cusahabientes o representantes legítimos». Por lo tanto, para cancelar la hipoteca por pago será necesario escritura pública en la cual preste su consentimiento el acreedor o resolución judicial firme dictada en procedimiento

en el que haya sido parte. En el mismo sentido, el artículo 179 del Reglamento Hipotecario establece que «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o su defecto, en virtud de ejecutoria» y la DGRyN en Resolución de 10 de septiembre de 2005 corrobora este criterio, al exigir, como regla general, para cancelar la hipoteca escritura en la que el acreedor se dé por pagado o, en su defecto, sentencia acreditativa de la extinción de la obligación garantizada. Tercero: El artículo 124 de la L.H. es una excepción al principio de la indivisibilidad de la hipoteca (art. 1860 del Código Civil y 122 de la L.H.) que implica su íntegra subsistencia aun en el supuesto de que se reduzca la obligación garantizada. Dicho artículo, así como el art. 1860 «in fine» del Código Civil, para la hipótesis de hipoteca sobre varias fincas con distribución entre ellas de la responsabilidad total garantizada, disponen que el deudor «tendrá derecho» a la extinción parcial del gravamen, a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada finca responda y que «puede exigir» la cancelación parcial respectiva. Es decir, el deudor, en base a dichos artículos, tiene derecho y puede exigir del acreedor la cancelación parcial de la hipoteca, pero eso no significa que él unilateralmente, sin el consentimiento del acreedor, pueda cancelar la hipoteca. Cuarto: Tratándose de hipotecas cambiarias o en garantía de títulos al portador, el artículo 156 de la L.H. y Resoluciones DGRyN de 30 de octubre de 1989, 15 de enero de 1991, 9 de junio de 2003, 30 de mayo de 2017, admiten la cancelación parcial de la hipoteca por la sola voluntad del deudor, pero siempre que se acredite fehacientemente el pago de la cantidad de que responde la finca a liberar, justificándose la extinción del derecho inscrito al estar los títulos en poder del deudor debidamente inutilizados. En el supuesto de que se pretendiese aplicar esta doctrina a la escritura calificada, sería requisito inexcusable que se acreditase el pago de la cantidad de que responde la finca, lo cual no ocurre en este caso. La certificación que se incorpora está firmada por doña A. M. A. U. quien dice ser directora de la oficina de «Caja Laboral Coop. de Crédito» en Azpeitia, sin que se acredite el cargo ni las facultades inherentes al mismo, entre los que debería estar la de dar carta de pago de los préstamos hipotecarios. Tampoco su firma está legitimada, ni se da carta de pago sino únicamente se hace constar el saldo pendiente del préstamo. El simple reconocimiento de la reducción de la obligación no implica consentimiento que pueda determinar la cancelación (Resolución DGRyN 6 de junio de 2006). La cancelación por acto unilateral es una excepción, tal como señala la Resolución DGRyN 5 de mayo de 2009, por lo que no acreditado el pago, habrá de seguirse la regla general que exige para la cancelación consentimiento del acreedor o sentencia judicial firme. Se suspende la inscripción solicitada en base a los citados hechos y fundamentos de Derecho. La presente calificación negativa lleva consigo, la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Las calificaciones negativas del Registrador podrán (...) Azpeitia, 30 de junio de 2017. La Registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. M. E. interpuso recurso el día 1 de agosto de 2017 alegando los argumentos que, a continuación, se transcriben: «Hechos Primero.–(...) De acuerdo con dicha escritura [la del préstamo hipotecario que dio origen a la inscripción de hipoteca que se pretende cancelar parcialmente], la entidad de crédito procedía al préstamo de la cantidad de 909.000 euros al Sr. M. En garantía de la devolución de dicho préstamo, tal y como se recoge expresamente en la escritura de préstamo hipotecario, «se constituyen hipotecas por las personas y en la forma que a continuación se dicen, expresas, especiales y voluntarias sobre las fincas descritas en el expositivo I de esta escritura». Entre las fincas ofrecidas en garantía, se constituyó hipoteca sobre la finca registral 14.312 del término municipal de Azpeitia, la cual constituye vivienda habitual del Sr. M., la cual quedó respondiendo de 363.500 euros de principal, del pago de intereses ordinarios de 2 años en perjuicio de terceros al tipo de interés máximo del 10% anual, del pago de 72.700 euros en concepto de intereses de demora y de 18.175 euros que se fijan para costas. Segundo.–Cantidades satisfechas del Préstamo Hipotecario. En el momento de solicitarse la Cancelación Parcial de la Hipoteca, el Sr. M. había abonado una cantidad total de cuatrocientos cincuenta y siete mil doscientos veinticuatro euros con setenta y un céntimos (457.224,71.–€), correspondiente al 50,30 por cien de la cantidad total del préstamo hipotecario que, como recordamos, asciende a una cantidad total de novecientos nueve mil euros (909.000.–€). En consecuencia restaba por pagar un total de cuatrocientos cincuenta y un mil setecientos setenta y cinco euros con veintinueve céntimos (451.775,29.–€), correspondiente al 49,70 por cien, lo cual queda acreditado a través de certificado de la entidad del saldo pendiente del préstamo, firmado por Doña A. M. A. U., Directora de la Oficina de «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito», que resultó intervenir como representante de la entidad en la firma del propio préstamo, como apoderada solidaria de la entidad financiera (...) Respecto de la finca correspondiente con la vivienda habitual del sr. m., que se pretende liberar,

garantizaba una cantidad de trescientos sesenta y tres mil euros (363.000.-€), que corresponde con el 39,93 por cien del total del préstamo hipotecario. Tercero.–Solicitud de Cancelación parcial del préstamo hipotecario a «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito». Como consecuencia de una deuda que adquiere D. J. M. con la Sección de Hacienda de la Diputación Foral de Guipúzcoa, éste acude a la entidad financiera para negociar la concesión de una ampliación del préstamo hipotecario, negándose la entidad a otorgar dicha ampliación (...) Posteriormente, el Sr. M., acompañado de su abogado Don J. C. Q. L., solicitó a la Dirección de la Oficina de Caja Laboral Popular en Azpeitia celebrar una reunión, negándose el Director de la misma a recibirles. Como consecuencia se solicitó la celebración de una reunión con las Oficinas Centrales, situadas en Arrasate. En fecha 9 de febrero de 2017, se mantuvo dicha reunión con la encargada de Recuperaciones de la Asesoría Jurídica de Caja Laboral Popular, Doña E., y el Asesor Jurídico, Don I. L., en la Oficina de Arrasate. El objeto de la misma consistió en la necesidad de formalizar un nuevo crédito, ante la negativa recibida a ampliar el préstamo de 3 de agosto de 2005, con el objetivo de que el Sr. M. pudiese hacer frente a la inspección fiscal de la que estaba siendo objeto. En orden a poder formalizar dicho crédito, se propuso por el Sr. M. y su Letrado, la cancelación parcial del Préstamo Hipotecario, otorgado en el año 2005, con la consiguiente liberación de la finca correspondiente a la vivienda habitual, teniendo en cuenta que ya se había satisfecho más del 50 por cien de la totalidad del crédito y que el pago del mismo seguiría estando garantizado por medio de las demás fincas que habían sido dadas en garantía, para así ofrecerla, nuevamente, en garantía de pago del crédito que se había solicitado. Como resultado de la reunión, aun teniendo la entidad conocimiento de la complicada situación en la que se encontraba el Sr. M. debido al posible embargo del que podría ser objeto su vivienda habitual, le fue denegada tanto la liberación de la finca hipotecada como el crédito, que le habría permitido hacer frente a las obligaciones que esta parte mantiene con la Diputación Foral de Guipúzcoa. Esta situación ha desembocado, por tanto, en un bloqueo total por parte de la entidad en tanto, al no liberarse la finca, esta parte no puede acudir a otra entidad a que le otorguen un crédito y tampoco la propia Caja Laboral Popular le facilita la financiación necesaria para hacer frente a la deuda que mantiene. Por todo ello, en atención a la literalidad de la redacción del clausulado del referenciado Préstamo Hipotecario, el cual establece que «se constituyen hipotecas por las personas y en la forma que a continuación se dicen, expresas, especiales y voluntarias sobre las fincas descritas en el expositivo I de esta escritura»; así como a las cantidades abonadas hasta la fecha, indicadas anteriormente, se procedió al otorgamiento de la Escritura de Cancelación Parcial de Hipoteca de forma unilateral, con base en el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, ante la negativa por parte la entidad financiera de proceder a dicha cancelación y consiguiente liberación de la vivienda habitual. Cuarto.–Escritura de Cancelación Parcial de Hipoteca. Como consecuencia de lo dicho anteriormente, en fecha 11 de mayo de 2017, D. J. M. E., otorgó unilateralmente escritura de Cancelación Parcial del Préstamo Hipotecario constituido el día 3 de agosto de 2005, en Donostia-San Sebastián, ante el notario Don Enrique García-Jalón de la Lama, con nº de su protocolo 684 (...) En orden a defender la posibilidad de otorgar la cancelación de forma unilateral por parte del deudor, aportamos al notario y, posteriormente, al Registro de la Propiedad resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 15 de enero de 1991, según la cual es procedente la cancelación parcial de los préstamos hipotecarios y la consiguiente liberación de las fincas ofrecidas en garantía en tanto es «necesaria la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extratabular» concluyendo que deberá procederse a la necesaria cancelación del préstamo al justificarse la extinción del derecho inscrito en un primer momento, es decir, la hipoteca sobre la finca que pretenda liberarse ya que, como recoge la citada resolución, «el pago como hecho extintivo del crédito (artículo 1156 del Código Civil) lleva consigo la extinción de la garantía que lo protege (artículos 1857 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria)». En definitiva, el Centro Directivo, concluyó como sigue: «Procede concluir que, de acuerdo a las exigencias prácticas y sin que por ello disminuyan las de las debidas garantías, bastará la sola voluntad del interesado para que el Registrador proceda a la cancelación parcial de la hipoteca si se le acredita fehacientemente el pago de la cantidad de que responde la finca a liberar.» (...) En conclusión, resulta preceptiva la cancelación parcial de la hipoteca en tanto han quedado acreditadas las cantidades que han sido abonadas mediante certificación del saldo pendiente del crédito, firmado por Doña A. M. A. U., como directora de la Oficina de «Caja Laboral, Coop. de Crédito» en Azpeitia y apoderada solidaria de la misma, en virtud de escritura de poder otorgada ante el Notario de Mondragón, Don Antonio Román de la Cuesta Galdiz, con fecha 13 de febrero de 2003, número 212 de su protocolo y vigente en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, al tomo 1775, folio 67, finca 6757, inscripción 250. Es por ello evidente que, en la actualidad, considerando las cantidades ya abonadas y la cantidad del crédito que resta por abonar, dicho préstamo tendría impuestas unas garantías desproporcionadas en relación con el capital pendiente en tanto las fincas restantes garantizarían sobradamente el porcentaje del préstamo que queda por hacer frente. Quinto.–Presentación de la escritura para su inscripción. Tras el otorgamiento de la escritura de cancelación parcial de la hipotecante de fecha 11 de mayo de 2017, se procedió a su presentación en el Registro de la Propiedad de Azpeitia el día 9 de junio del mismo año, motivando el asiento 1560 del tomo 148 Diario. Con la

escritura de la cual se pretendía su inscripción se trasladó la resolución, ya citada, de 15 de enero de 1991. Con posterioridad a la presentación de la escritura para su inscripción, se trasladó igualmente al Registro otras dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de enero de 1986 y 25 de noviembre de 1935 (...). En la resolución del año 1986 se resuelve sobre si es inscribible el pacto que contiene la renuncia del derecho del deudor de poder elegir, en caso de pago parcial del crédito garantizado sobre varias fincas, el inmueble gravado que ha de quedar libre de hipoteca por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial a que la finca está afectada. En este sentido, considera que dicho pacto debe reputarse como ineficaz hipotecariamente al ir en contra del interés público, lo cual justifica a través de la aplicación del artículo 124 LH y argumentando que cualquier pacto contrario a tal derecho del deudor puede impedir o limitar la celebración de contratos de préstamos garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autorizan las leyes, con el derecho de los acreedores posteriores y con el legítimo interés del adquirente de las fincas. Por su parte, la histórica Resolución del referido Centro Cívico de fecha 25 de noviembre de 1935, reconoce que, de acuerdo con el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y su concordante 1860 del Código Civil, en el caso de hipotecarse varias fincas para la seguridad de un crédito, se puede exigir por el interesado la cancelación parcial del crédito hipotecario cuando se pague la cantidad con que esté gravado alguno de los mismos; y en el caso de que la parte de crédito abonada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas, por no ser inferior a la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre de carga hipotecaria. Con base en los artículos citados, razona que cualquier pacto por el cual el deudor renuncie a su derecho a la cancelación parcial de la hipoteca aun habiéndose abonado el importe que cubra la responsabilidad del inmueble que se trate de liberar, debe reputarse ineficaz hipotecariamente por ir contra del interés público y por poner redundar en perjuicio de tercero (...). A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I.–(...) IV.–De fondo. Primero.–Control de la legalidad de los Registradores. Tanto el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, como el artículo 98 del Reglamento Hipotecario establecen que los registradores calificarán bajo su responsabilidad los documentos presentados para su inscripción; estos deberán atender a la legalidad de dichos documentos de forma extrínseca, en relación a la capacidad de la persona que pretenda llevar a cabo la inscripción y, por último, atendiendo a la validez de los actos que se pretenda inscribir. Los citados preceptos, vinculados estrechamente con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, estarían orientados a reiterar el papel activo de los Registradores en presencia de cualquier ilegalidad, incluyendo la inscripción de una cláusula abusiva. Esto confirma la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, lo cual ha sido defendido por la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de su resolución de 13 de septiembre de 2013, por la cual revocaba la calificación registral negativa del Registrador de la Propiedad nº 1 de Torrejón de Ardoz, el cual rechazó la inscripción de una cláusula suelo de un préstamo hipotecario por considerarla abusiva. De acuerdo con la mencionada resolución, se destaca que la interpretación del artículo 12 LH deberá hacerse mediante la necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros, lo que implica que deberán tener en cuenta los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general, y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito del mercado hipotecario buscando garantizar, ante todo, la transparencia en la contratación bancaria incrementando la información precontractual y protegiendo a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados. Estrechamente relacionado con el control de la legalidad de los Registradores y Notarios, y en orden a ilustrar la actividad de control llevada a cabo por los Notarios y Registradores, es interesante señalar que el Consejo General del Notariado ha creado el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) con el fin de disponer de una herramienta más con la que reforzar la tutela notarial de los consumidores. A través de este órgano se pretende informar al consumidor sobre las cláusulas abusivas existentes, tanto las declaradas como tal por ley, como por sentencias firmes que se encuentren inscritas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. Así mismo, se ponen a disposición de los usuarios la numerosa doctrina de la DGRN, a través de la cual resulta evidente que la limitación del derecho del deudor a cancelar parcialmente una hipoteca supone un pacto abusivo en todo caso y que, de acuerdo con dicha doctrina, no podrá ser inscrito en atención al control de legalidad que ostentan tanto los Notarios como los Registradores, llegando a considerarse que iría en contra del interés público, como más adelante Analizaremos. De este modo, existiendo resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre ellas las ya señaladas en los hechos del presente recurso, que declaran la abusividad [sic] de aquellas cláusulas que recojan pactos limitativos de los derechos del deudor a proceder a la cancelación parcial de las hipotecas y consecuente liberación de las fincas gravadas, en atención al artículo 124 de la Ley Hipotecaria, no puede aceptarse que sea el propio Registro de la Propiedad el que, unilateralmente, limite los propios derechos del deudor hipotecario, especialmente cuando la inscripción que se pretende emana de la propia Ley y no del mero capricho del que la solicita. En conclusión, el Registrador podrá realizar una actividad calificadora rechazando la inscripción de una cláusula cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero

también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador. De esta forma, al calificar negativamente el acceso a la cancelación parcial de la hipoteca existente entre el Sr. M. y «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito», la propia Registradora estaría limitando el derecho del deudor hipotecario a exigir la inscripción de la cancelación parcial del préstamo hipotecario, vulnerando de esta forma el artículo 124 LH, pacto que ni siquiera se recoge en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 3 de agosto de 2005, y estaría actuando en contra del control de legalidad, regulado en los artículos 12 y 18 de la Ley Hipotecaria, al calificar negativamente la inscripción de la cancelación parcial cuando ésta es perfectamente ajustada a la Ley. Segundo.—Interpretación del clausulado del préstamo hipotecario. Como adelantamos en el fundamento jurídico anterior, resulta necesario advertir que el préstamo hipotecario no hace referencia a la indivisibilidad del crédito en ninguna de sus cláusulas si no que, por el contrario, incluso se llega a señalar, en la Cláusula Novena, que «se constituyen hipotecas» sobre las fincas que se han descrito. En atención a la literalidad del texto del préstamo hipotecario resulta innegable que existen varias hipotecas sobre cada finca y no, como defiende la entidad, una única hipoteca que grave todas las fincas. Además de lo anterior, no se incluye ningún pacto por el cual no se admita la cancelación parcial del préstamo y, por tanto, la liberación de alguna de las fincas hipotecadas en garantía. Esto provoca que la redacción de la Cláusula Novena no resulta clara, ni transparente, ni concreta, ni sencilla, sino todo lo contrario: se trata de una redacción oscura e incomprensible, sin que mi mandante haya tenido la oportunidad real de conocer su contenido al tiempo de la suscripción del préstamo hipotecario. De forma contraria, de la lectura del clausulado del préstamo hipotecario, se comprende que sobre cada una de las fincas ofrecidas en garantía se constituye expresamente una hipoteca fijándose la cantidad por la que cada finca deba responder. Por ello, resulta aplicable el artículo 124 de la Ley Hipotecaria ya que, como insistimos, existe un crédito que se encuentra dividido entre las fincas aportadas en garantía. De hecho, teniendo en cuenta lo contenido en el artículo 1860 CC, aunque exista solamente un crédito, éste se encontraría dividido entre las fincas que han sido ofrecidas en garantía, con relación a las cuales se han constituido, a su vez, hipotecas por una cantidad determinada. Por ello, estaríamos ante una hipoteca divisible y que, en consecuencia, existe una deuda concreta relacionada con cada bien que haya sido ofrecido en garantía (cfr. Art. 1860. p. 4º CC). Pues bien, siguiendo esa premisa, el Código Civil regula, en sus artículos 1172 y siguientes, sobre la imputación de los pagos y, concretamente, el artículo 1172 dispone que «el que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse». De acuerdo con el mismo sería perfectamente posible la imputar los pagos realizados del préstamo hipotecario tanto a la finca en la que se encuentra la vivienda habitual del Sr. M., identificada como la número uno en la escritura de préstamo hipotecario, como para la finca número cuatro, que es de pleno dominio de esta parte. Por otra parte, el artículo 1174 CC establece además, que «cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas». En atención a la literalidad del artículo y teniendo en cuenta que la deuda más onerosa para esta parte será la que grave la vivienda habitual, teniendo en cuenta su naturaleza. En definitiva, nos parece más que justificado la postura que venimos manteniendo sobre la posibilidad de imputar los pagos realizados por razón de una deuda, en este caso un préstamo hipotecario, para la liberación de fincas concretas entre aquellas que han sido fijadas como garantía y, teniendo en cuenta nuestra argumentación, este extremo está perfectamente justificado y la cancelación parcial del préstamo, preceptiva. Tercero.—Falta de transparencia del Préstamo Hipotecario. No obstante, en caso de no aceptarse la cancelación parcial de la deuda y apreciarse la correcta interpretación del clausulado por parte de la entidad de crédito, entendemos que debería haberse acordado la nulidad de la cláusula novena del préstamo hipotecario de fecha 3 de agosto de 2005 en el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Como ha determinado el Tribunal Supremo en su Sentencia número 464/2014, de 8 septiembre, respecto a la caracterización del control de transparencia, establece lo siguiente: «(E)n el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a) del TRLGDCU queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (STS de 26 de mayo de 2014)». Conforme a lo establecido en el art. 5.5 LCGC, «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y

sencillez», de modo que «[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles[...]» (art. 7 LCGC). Resulta aplicable, igualmente, el art. 80.1 TRLGDCU, que dispone que «en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido». En modo alguno, la información facilitada a mi mandante cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. No se ha dado cumplimiento en el presente supuesto a los citados requisitos de inclusión o incorporación de las cláusulas predispuestas. Ello se debe a que las cláusulas aparecen enmascaradas entre informaciones que dificultan su identificación, en donde su referencia se realiza sin un realce específico y diferenciable, dentro de una cláusula más amplia y extensa por no decir que no se informó de forma concreta a mi representado de las consecuencias económicas de las cláusulas que integraban el contrato y, respecto de la imposibilidad de cancelar parcialmente el préstamo hipotecario, si no que de forma unilateral y teniendo en cuenta únicamente su propio beneficio «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito» decidió limitar el derecho del deudor contenido en el artículo 124 LH. No se cumplen tampoco las exigencias del control de transparencia, teniendo en cuenta que, como ha determinado el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, «(L)a transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. [...] El control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». En este mismo sentido, resuelve el Tribunal Supremo en Sentencias número 86/2014, de 26 de mayo y 464/2014, de 8 de septiembre. En esta línea, el Alto Tribunal ha determinado en Sentencia nº 464/2014, de 8 de septiembre, que «el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), C-26/13». En ningún momento ha tenido mi mandante un conocimiento real y razonable de cómo la legislación específica regula los contratos con consumidores por lo que, como es evidente, no conoce las formas de contratación de los préstamos hipotecarios y, por supuesto, no conoce la norma general de la indivisibilidad de las hipotecas. Por otra parte, como es lógico, se presume que la entidad bancaria actuaría de acuerdo a la buena fe a la hora de redactar el contrato. En todo caso, como ha declarado el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, «el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente». En consecuencia, aún cuando, en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se estime que la cláusula impugnada describe y define el objeto principal del contrato, debe tomarse en consideración, como ha indicado el Tribunal Supremo en la citada sentencia, que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo». En este sentido, debe recordarse la STJUE de fecha 3 de junio de 2.010 (Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) y la STS de 4 de noviembre de 2.010, que interpretan el artículo 4 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, «en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a

la adecuación entre precio y retribución, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato, como es el precio; también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad». Precisión que ha sido posteriormente ratificada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2.013. La nulidad de las cláusulas cuya inserción en un contrato no siga las normas establecidas a este respecto ha sido apreciada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 y Auto aclaratorio de 3 de junio del mismo año. Esta sentencia estima parcialmente el recurso de casación número 485/2012, declarando nulas, concretamente, las denominadas «cláusulas suelo» cuando haya falta de transparencia en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados entre profesionales y consumidores, aceptando que en los casos de falta de transparencia en la información facilitada por el Banco a los clientes la cláusula es radicalmente nula. No obstante, esta doctrina es perfectamente aplicable a otras cláusulas que sean incluidas en un contrato de adhesión. La cuestión clave, por tanto, es saber si en el presente caso ha habido transparencia por parte de la entidad financiera. A dicha pregunta la respuesta negativa es más que evidente, pues se dan los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la existencia de la falta de claridad, transparencia e información. La entidad demandada no ha facilitado al cliente información precisa y concreta respecto a las expresadas cláusulas de su hipoteca, por lo que desconocía la trascendencia de dichas cláusulas y la exagerada desproporción entre las prestaciones de ambas partes. Tal falta de información determina que el consumidor no esté prestando un consentimiento efectivo a los bienes ofrecidos en garantía, de forma que si el cliente hubiera sido convenientemente informado sobre el verdadero alcance y trascendencia de las cláusulas de su hipoteca, no las habría firmado y como es evidente, el Sr. M. no habría accedido al otorgamiento de un crédito ofreciendo numerosos bienes de su titularidad en garantía sabiendo que no podría proceder a la liberación de los mismos hasta la completa amortización del mismo, esto es, hasta transcurridos treinta y cinco años fijados para la amortización del préstamo. Pero, aún más, quien ofreció esas cláusulas y quien la impuso debe de demostrar que informó correctamente. También será la entidad demandada quien deba demostrar que explicaron al ahora demandante la legislación aplicable al contrato de préstamo hipotecario. En relación con lo anterior, es necesario señalar que, al haberse celebrado el préstamo hipotecario con un consumidor, de acuerdo con el artículo 3 TRLGCU, el artículo 6.2 TRLGCU establece que «las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente». Por lo tanto, entendiendo esta parte de la negociación celebrada en su día en orden a la firma del préstamo hipotecario y su posterior redacción, que las fincas podían liberarse en el momento en que se abonase una cantidad igual o superior a la que estaban garantizando, de acuerdo con la Ley citada, dicha interpretación sería la aceptable. Cuarto.–Carácter abusivo de la negativa a la Cancelación Parcial de la Hipoteca. Por último, es necesario señalar que, en atención al artículo 82.1 TRLGCU, «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Conforme al artículo 82.1 del Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios son cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y añade, en el apartado tercero del mismo artículo que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa». Como continuación al anterior precepto, en los artículos 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de cláusulas que, de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, se considerarán abusivas. Asimismo, el artículo 8.2 LCGC señala que, «en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Dicha remisión debe entenderse referida al texto actualmente vigente y, concretamente, acerca de las cláusulas contenidas en el catálogo citado anteriormente. En aplicación de estos preceptos, dos son los requisitos que debe reunir la cláusula para ser abusiva. Por una parte, causar un perjuicio del consumidor, consistente en un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato y, por otra, ser contraria a las exigencias de la buena fe. En el caso de mi representado, el desequilibrio es evidente, al haberse impuesto unas cláusulas absolutamente gravosas, como es el caso de la unidad de la hipoteca cuando se ofrecen varias fincas en garantía o la limitación del deudor hipotecario de su derecho a cancelar parcialmente la hipoteca con la entidad pudiendo liberar así las fincas que ofreció en primer lugar en garantía de pago. Las cláusulas son, por ello,

absolutamente desproporcionadas. Realidad que debe aunarse, por mandato del artículo 82.3 LGDCU, con las especialidades del sector financiero (en el marco de los servicios prestados por la demandada), y el conocimiento que el banco tiene de la legislación aplicable en este sector y, concretamente, referido a los préstamos hipotecarios. Conocimiento que debió traducirse en una obligación de informar de manera pormenorizada a mi mandante al respecto. Recuérdese, en todo caso, el especial deber de información, que no significa negociación, que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, dotando de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. Con ello, se evidencia una falta absoluta de buena fe, por parte de la entidad bancaria, la cual omite información sobre unas cláusulas desequilibradas conscientemente a partir de sus especiales fuentes de conocimiento, y que, nunca se negoció con mi representado. Extremos sobre los que han recaído numerosas resoluciones, al haberse generalizado este tipo de cláusulas en el mercado, y ser multitud los consumidores que, como mi mandante, recurren al auxilio de los tribunales para denunciar su imposición. Como ha determinado el Tribunal Supremo en la reciente sentencia número 138/2015, de 24 de marzo, «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe». Hay que tener en cuenta, además, que no se establece una reciprocidad en el contrato, con el único objetivo de beneficiar a la entidad crediticia, por lo que procede considerar abusiva la postura de la entidad. En definitiva, en el presente caso existe, a todas luces, una situación de importante desequilibrio entre las partes firmantes del préstamo hipotecario. Esto es así ya que, la prestamista sí estaría capacitada para recibir amortizaciones parciales del préstamo mientras que, en cambio, el prestatario no podría cancelar parcialmente la hipoteca sobre su vivienda habitual, que ha sido hipotecada como garantía de parte del crédito. Tal extremo causa un perjuicio tan grave que podría incluso provocar la pérdida de la vivienda habitual del Sr. M. que, debemos recordar, se trata de un bien especialmente protegido por la legislación actual, extremo que la entidad conoce abiertamente y, sin embargo, no actúan para evitarlo si no que, todo lo contrario, obstaculizan la posibilidad de esta parte de lograr financiación para afrontar la deuda que pesa sobre la misma con la Diputación Foral de Guipúzcoa. En el caso de continuar considerándose que no es admisible la cancelación parcial de la hipoteca, el Registro de Azpeitia habría incumplido su obligación de controlar la legalidad de las cláusulas inscritas en el momento de la inscripción del préstamo hipotecario de 3 de agosto de 2005. En este sentido, al hilo de la fundamentación expuesta en el primer fundamento de fondo del recurso, referido al control de legalidad por parte de los Registradores, no se debería haber procedido a la inscripción de aquella cláusula financiera que impidiese la cancelación parcial de la hipoteca y consecuente liberación de la finca cuya garantía haya sido satisfecha por tratarse de una cláusula que, históricamente, ha sido considerada abusiva. En orden a motivar este extremo, consideramos adecuado señalar nuevamente las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de enero de 1986 y 25 de noviembre de 1935 (...) Respecto de la resolución de fecha 27 de enero de 1986, se cuestiona si es inscribible el pacto que contiene la renuncia del derecho del deudor de poder elegir, en caso de pago parcial del crédito garantizado sobre varias fincas, el inmueble gravado que ha de quedar libre de hipoteca por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial a que la finca está afectada. El Centro Directivo considera que dicho pacto debe reputarse como ineficaz hipotecariamente al ir en contra del interés público, lo cual justifica a través de la aplicación del artículo 124 LH y, argumentando, que cualquier pacto contrario a tal derecho del deudor puede impedir o limitar la celebración de contratos de préstamos garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autorizan las leyes, con el derecho de los acreedores posteriores y con el legítimo interés del adquirente de las fincas. Resulta necesario indicar que precisamente con la actuación de la entidad financiera «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito» denegando la cancelación parcial de la hipoteca se está provocando justamente lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado pretendían evitar; esto es, impedir o limitar la celebración de contratos así como el derecho de los acreedores posteriores, en este caso, la Diputación Foral de Guipúzcoa. Por su parte, la histórica Resolución de la DGRN de fecha 25 de noviembre de 1935, reconoce que, de acuerdo con el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y su concordante 1860 del Código Civil, en el caso de hipotecarse varias fincas para la seguridad de un crédito, se puede exigir por el interesado la cancelación parcial del crédito hipotecario cuando se pague la cantidad con que esté gravado alguno de los mismos; y en el caso de que la parte de crédito abonada se pudiese aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas, por no ser inferior a la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre de carga hipotecaria. Con base en los artículos citados, razona que los artículos citados conceden al deudor el derecho a la cancelación parcial de la hipoteca y que cualquier pacto por el cual el deudor renuncie a tal derecho, aun habiéndose abonado el importe que cubra la responsabilidad del inmueble que se trate de liberar, debe reputarse ineficaz hipotecariamente. Como fundamentación a este extremo expone que dicho pacto

iría en contra del interés público y podría provocar el perjuicio de un tercero, ya sea el futuro posible adquirente de la finca o posteriores acreedores que tengan un interés legítimo. Por ello, la trascendencia que tendrá dicho pacto es más que evidente, pudiendo afectar no solo a los propios contratantes si no que también podrá hacerlo a terceros. Por todo lo expuesto en el presente fundamento, deberá admitirse la cancelación parcial del préstamo y la liberación de la vivienda habitual del Sr. M. Reiterando lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, al impedir la cancelación parcial del préstamo hipotecario y la consecuente liberación de la finca en la que se sitúa su vivienda habitual, se estaría aplicando un criterio totalmente abusivo no solo por la entidad financiera si no que, también, por parte del Registro de la Propiedad de Azpeitia, vulnerando de esta forma el control de legalidad al que deberían someter las escrituras que sean objeto de inscripción impidiendo la inscripción de aquellas cláusulas que resulten abusivas para el consumidor, como lo sería el pacto de limitación del derecho del deudor a cancelar parcialmente su hipoteca. En caso de no procederse a la inscripción de la cancelación, se estaría produciendo un grave perjuicio no solo a J. M. por no poder obtener financiación para hacer frente a las nuevas deudas que haya adquirido, sino también para sus posibles acreedores, como es el caso de la Diputación Foral de Guipúzcoa, la cual no puede obtener una garantía de pago en tanto la entidad «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito» se niegue a proceder con la cancelación parcial. En resumen, deberá procederse a la cancelación parcial de la hipoteca con base el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 1860 p. 4º CC, ya que en caso contrario se estaría vulnerando el derecho conferido al deudor hipotecario por los citados preceptos y teniendo en cuenta que el impedirle ejercer tal derecho supone un abuso por parte de la entidad financiera y, una vulneración del control de legalidad por parte del Registrador de la Propiedad. Quinto.—Pertinencia de la Cancelación Parcial del Préstamo Hipotecario sin el consentimiento de la entidad de crédito. Respecto de la posibilidad de procederse de forma unilateral a la anotación de la cancelación parcial del préstamo hipotecario, es decir, sin el consentimiento de la entidad de crédito, y la consecuente liberación de la finca ofrecida en garantía por una determinada cantidad; la regla general, establecida en el artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria, citada en la resolución ahora recurrida dispone que «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos». Sin embargo, el mismo artículo 82, en su párrafo 2º, establece una excepción a dicha regla, afirmando que «podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». De acuerdo con la excepción mencionada, cuando la hipoteca quede parcialmente extinta por la declaración de la Ley, no será necesario el consentimiento de la entidad a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación. Por otra parte, no será de aplicación el artículo 179 del Reglamento Hipotecario en tanto lo que se pretende no es que se cancele el crédito hipotecario en su totalidad si no que, en cambio, se solicita que se proceda, en virtud del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, a la cancelación parcial del mismo basándonos en el derecho que concede la Ley Hipotecaria al deudor, a liberar a las fincas gravadas por créditos hipotecarios y cuya garantía haya sido abonada. Además, al no ser aplicable la regla general del artículo 82.1 LH tampoco lo será la concordante del Reglamento Hipotecario. Considerando que no se ha puesto en duda por parte de la Sra. Registradora de Azpeitia la aplicación del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, resulta incuestionable que deberá aplicarse la excepción contenida en el artículo 82, párrafo 2º de la Ley Hipotecaria y que, en consecuencia, podrá procederse a la inscripción de la cancelación parcial sin que deba constar el consentimiento de la entidad de crédito al quedar acreditadas las cantidades que han sido abonadas mediante certificación del saldo pendiente del crédito, firmado por Doña A. M. A. U., como Directora de la Oficina de «Caja Laboral, Coop. de Crédito» en Azpeitia y apoderada solidaria de la misma, en virtud de escritura de poder otorgada ante el Notario de Mondragón, Don Antonio Román de la Cuesta Galdiz, con fecha 13 de febrero de 2003, número 212 de su protocolo y vigente en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, al tomo 1775, folio 67, finca 6757, inscripción 250. Es por ello que resulta evidente que, en la actualidad, considerando que ha sido abonada una cantidad total de cuatrocientos cincuenta y siete mil doscientos veinticuatro euros con setenta y un céntimos (457.224,71.-€), correspondiente al 50,30 por cien de la cantidad total del préstamo hipotecario que, como recordamos, asciende a una cantidad total de novecientos nueve mil euros (909.000.-€) y, restando por pagar un total de cuatrocientos cincuenta y un mil setecientos setenta y cinco euros con veintinueve céntimos (451.775,29.-€), correspondiente al 49,70 por cien, dicho préstamo tendría impuestas unas garantías totalmente desproporcionadas en relación con el capital pendiente en tanto las fincas restantes garantizarían sobradamente el porcentaje del préstamo que queda por hacer frente en atención a lo ya señalado en los hechos del presente recurso ya que, como recordamos, la vivienda habitual del sr. m. garantizaba una cantidad de trescientos sesenta y tres mil euros (363.000.-€), que corresponde con el 39,93 por cien del total del préstamo hipotecario. Sexta.—Inexistencia de cláusula limitativa del derecho correspondiente al

deudor hipotecario recogido en el artículo 124 LH. Por último, en el préstamo hipotecario otorgado en fecha 3 de agosto de 2005, no se introdujo en ninguna cláusula la limitación del derecho que ostenta el deudor hipotecario a cancelar parcialmente el préstamo hipotecario, de acuerdo con el artículo 124 LH. Por ello, aquello que no esté reflejado literalmente en la escritura de préstamo hipotecario no podrá oponerse, por lo que habrá que atender a lo dispuesto por la legislación. En este sentido, no cabiendo duda sobre la división del préstamo hipotecario entre las fincas ofrecidas en garantía, deberá estarse a lo dispuesto por la Ley Hipotecaria que, recoge literalmente: «Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre». Por ello, resultará preceptiva la inscripción de la cancelación parcial de la hipoteca, aun sin constar el consentimiento de la entidad de crédito «Caja Laboral Popular, Coop. de Crédito» por venir impuesto en la Ley el derecho del deudor a exigir la cancelación parcial de la hipoteca y por no estar pactado en la escritura de préstamo hipotecario la limitación de tal derecho que, en todo caso, habría sido una cláusula abusiva en atención a los extremos expuestos a lo largo del cuerpo del presente escrito. Además, como ya se indicó a lo largo del presente escrito, debe considerarse acreditado el pago de más del 50% de la deuda total a través de la certificación de saldo pendiente del préstamo, que fue expedido por persona autorizada, como es el caso de Dña. A. M. A. U., en su condición de Directora de la Oficina de Caja Laboral Popular de Azpeitia y como apoderada solidaria de la entidad. En consecuencia, obedeciendo al control de legalidad que rige la actividad de los Registradores, se deberá proceder a dicha inscripción por cumplirse todos los requisitos exigidos legalmente».

IV

La registradora emitió informe y remitió el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2017.

Fundamentos de Derecho

Vistos la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; los artículos 1, 12, 17, 18, 38, 82, 104, 119, 120, 122 y 124 de la Ley Hipotecaria; 1156, 1172, 1857 y 1860 del Código Civil; 5, 7 y 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 7/1998 de 13 de abril por la que se modifica el Reglamento Notarial; los artículos 3, 6, 80 y 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 174, 175, 176, 177, 179, 218 y 221 del Reglamento Hipotecario; 145, 197 y 198 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, 14 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014 y 3 de septiembre de 2015; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986, 4 de febrero de 2005, 20 de mayo de 2008, 9 de mayo de 2013, 26 de mayo y 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015; las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Sección Sexta, 22 de octubre de 2014 y 8 de octubre de 2015, de Málaga, Sección Cuarta, de 18 de septiembre de 2015, de Jaén, Sección Segunda, de 14 de julio de 2011, y de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000; el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1935, 22 de agosto de 1978, 27 de enero de 1986, 30 de octubre de 1989, 15 de enero 1991, 9 de junio y 13 de septiembre de 2003, 8 de enero de 2004, 10 de septiembre de 2005, 6 de junio de 2006, 5 de mayo de 2009 y 30 de mayo de 2017.

1. Por el presente recurso se pretende la cancelación parcial de una hipoteca cuya responsabilidad hipotecaria se distribuyó entre varias fincas.

El deudor, por sí solo, sin consentimiento del acreedor, pretende cancelar la hipoteca totalmente en cuanto a una de las fincas dadas en garantía por haber satisfecho, según manifiesta, al acreedor una cantidad superior a la responsabilidad hipotecaria atribuida a la finca que pretende liberarse. Para acreditar el pago se incorpora a la escritura calificada una certificación librada por quien dice ser «directora de la oficina de Caja Laboral Popular Coop. De Crédito en Azpeitia», sin que se acredite la representación en que actúa la firmante y sin que ni siquiera se legitime su firma.

Como señala la registradora en su informe no pueden considerarse en el recurso documentos no presentados en el asiento de presentación de la escritura cuya calificación se recurre (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), por lo que la certificación acompañada como prueba del pago no puede ser tenida sino como lo que es un documento privado sin firma legitimada, máxime cuando, como afirma la registradora en su informe, consultado el Registro Mercantil, la certificante tiene revocados los poderes en virtud de los cuales manifiesta el recurrente que actúa.

2. La aplicación del texto refundido de la Ley de Consumidores y usuarios al objeto del recurso.

a) Se alega por el recurrente la aplicación del texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. De hecho, el recurrente dedica más de la mitad de la extensión del recurso a cuestiones relacionadas con el indicado texto refundido basando sus alegaciones en el carácter abusivo de la negación del derecho a cancelar y a la falta de transparencia de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo. En este punto debe señalarse: i) que debe advertirse, que cuando se firmó el contrato en el que se incluyen las cláusulas debatidas, el 10 de junio de 2005, todavía no estaba en vigor el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y ii) que el préstamo se concedió «para financiar la adquisición de cuotas indivisas de las fincas [hipotecadas]» y, además se trataba de unas viviendas en construcción. Se señala por el recurrente que se trataba de la adquisición de la vivienda habitual, pero, amén de la situación constructiva del inmueble, incluía la construcción de otra vivienda y dos locales comerciales y conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

A su vez, el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017, este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, artículo 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, artículo 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, artículo 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, artículo 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

b) Sobre la noción de consumidor en los contratos «mixtos» o de doble finalidad, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ni el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor (pues a veces usa el bien o servicio para fines personales); que nunca lo es (ya que lo usa para fines profesionales); o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia

comunitaria. Así, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la Sentencia).

A su vez, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) estableció que «el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en auto de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcău), en su apartado 27, recalcó: «A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión».

En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias.

De lo expuesto y de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, y de las Sentencias y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citados, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato objeto del recurso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor.

En resumen, según la jurisprudencia europea y española no cabría calificar como contrato celebrado con consumidor el préstamo concedido para la construcción de una vivienda y tres locales comerciales cuando el prestatario tan solo actúa como «consumidor» en cuanto a una vivienda y no en cuanto a los locales.

c) Nada aportan a la resolución del recurso las Resoluciones de este Centro Directivo citadas por el recurrente: la de 15 de enero de 1991 por tratarse de una cancelación de hipoteca en garantía de letras de cambio en la que su existencia inutilizada excusa otra prueba del pago (artículo 156 de la Ley Hipotecaria) y que es aplicable exclusivamente a las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, y las de 25 de noviembre de 1935 y 27 de enero de 1986 porque se limitan a excluir la posibilidad de renuncia anticipada al pacto de cancelación parcial por implicar una limitación a la circulación de bienes, pero en ambas resoluciones se subordina la cancelación parcial al requisito esencial de que la obligación esté vencida, es decir, se reconoce que el acreedor tiene derecho a que subsista íntegramente la hipoteca durante todo el tiempo de duración del crédito asegurado. Por tanto, la ineficacia de tal pacto de renuncia a la cancelación parcial de la hipoteca respecto de una finca sólo actúa cuando previamente se ha estipulado la posibilidad de satisfacer el importe de la responsabilidad del inmueble que se trate de liberar.

Por otro lado, inscrita una cláusula hipotecaria no puede prescindir de ella quien califica un documento referido al derecho inscrito ni cabe su alteración, pues se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 Ley Hipotecaria) por lo que no cabe cuestionar si son o no abusivas unas cláusulas que ya accedieron a los libros registrales, salvo que jueces y tribunales ordenen la rectificación del registro.

3. La cancelación unilateral. Pero al margen de que sea aplicable o no la normativa de consumidores en el presente supuesto, lo que se discute en este recurso no es la aplicación de una cláusula contractual predispuesta



por el acreedor profesional que excluiría la posibilidad de la cancelación unilateral de la hipoteca por parte del prestatario sino ante la determinación de si la normativa vigente en España sobre la materia permite esa posibilidad y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones que regulan la protección de los consumidores, por lo que tampoco lo podrán estar las propias normas legales.

Así, en esta materia, los artículos 82, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y 174, párrafo tercero, y 179 del Reglamento Hipotecario, exigen como regla general la prestación del consentimiento del acreedor tanto para la cancelación total como para la cancelación parcial (total en cuanto a una finca) de la hipoteca, o cuando procediendo su cancelación (por ejemplo, en el supuesto del artículo 124 de la Ley Hipotecaria) no consistiere en ello, la aportación de una resolución judicial firme obtenida en juicio ordinario. Y ello al margen de las dificultades económicas o las gestiones que haya realizado el deudor (que según el recurrente se realizaron) para lograr la dicha cancelación, pues la dicción de la ley es clara, sin que se admitan otras excepciones que las establecidas en misma ley (cancelación automática del artículo 82, párrafo segundo) sin que pueda la registradora atender a circunstancias que no tiene en cuenta el legislador. En cualquier caso, como se ha indicado, el deudor, cuando proceda legalmente, podría acudir a los tribunales «exigiendo» dicha cancelación, pero una cosa es exigir judicialmente del acreedor la cancelación y otra cancelar auctoritate propria, posibilidad no admitida por la ley.

En cuanto a la aportación de una certificación del saldo pendiente de pago librada por quien dice ser «directora de la oficina de Caja Laboral Popular Coop. De Crédito en Azpeitia», sin que se acredite la representación en que actúa la firmante y sin que ni siquiera se legitime su firma; aparte de tratarse de un documento carente de toda fehaciencia, debe recordarse que según el artículo 179 de la Ley Hipotecaria «aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

Por tanto, si la escritura otorgada por el propio acreedor reconociendo el pago no es suficiente para cancelar la hipoteca si no va acompañada del consentimiento formal cancelatorio, tampoco será posible la cancelación en virtud de escritura otorgada unilateralmente por el deudor con base en un certificado indicativo de que el préstamo ha sido cancelado económicamente, ya sea de forma total o parcial (Resoluciones de 22 de agosto de 1978 «in fine», 4 de marzo de 1996 y 8 de enero de 2004).

4. La indivisibilidad de la hipoteca y la cancelación parcial. La literalidad de la escritura de préstamo hipotecario avala la consideración de que nos hallamos ante un único préstamo («Caja Laboral presta a don F. J. M. E. la cantidad de 900.000 euros, que este declara recibida (...) para el cumplimiento del presente contrato de préstamo y para garantizar la devolución total del capital prestado, [...] se constituyen hipotecas, por las personas que a continuación se dicen (...) Vencida por cualquier causa y no satisfecha la obligación principal, podrá la Cooperativa acreedora ejercitar indistintamente los siguientes procedimientos»).

Todos los párrafos transcritos parten de la existencia de un solo e indivisible préstamo en cuya garantía se constituye una hipoteca distribuida entre varias fincas y la regla general en nuestro sistema hipotecario es que la simple distribución de la responsabilidad hipotecaria que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, aunque se puede considerar que da lugar a tantas hipotecas como fincas gravadas, no implica la división del crédito. Por tanto, la invocación del artículo 124 es improcedente pues, como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2005, «no se está en la escritura de constitución de hipoteca en presencia de la división de un crédito entre varias fincas, sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas. Es decir, que se está ante el supuesto del artículo 119 de la Ley Hipotecaria que dispone que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder».

A este respecto, el artículo 1169.1 del Código Civil establece que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación», sin que el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria pueda entenderse como la expresa autorización de pagos parciales del crédito a que este precepto se refiere. En consecuencia, sólo cuando exista pacto claro en tal sentido, o cuando el acreedor ha aceptado voluntariamente el pago de una cantidad con el destino a la liberación de una finca (artículo 1172 del Código Civil), será aplicable el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y el acreedor estará obligado a consentir la cancelación parcial.

No otra cosa puede deducirse, además, del contenido de los libros del Registro en los que hay un préstamo hipotecario único con distribución de responsabilidad entre varias fincas (artículo 38 de la Ley Hipotecaria) y un

pacto de subsistencia de la hipoteca sobre la totalidad de los bienes hipotecados mientras no se pague íntegramente la obligación garantizada (artículo 122 de la Ley Hipotecaria), tal como se desprende de la escritura de préstamo hipotecario. Además, en este supuesto no se ha pactado ninguna imputación específica de pagos para la cancelación registral de la responsabilidad hipotecaria de una o varias fincas ni se ha estipulado la posibilidad del deudor de satisfacer a su voluntad el importe de la responsabilidad del inmueble que se trate de liberar, por lo que, en lo que aquí importa, no es posible liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial, cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho sin la aceptación del acreedor.

Y es que sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas. En este sentido, aunque no en el caso que nos ocupa, la hipoteca solidaria (concepto inducido de los artículos 119 y 123 de la Ley Hipotecaria y 218 del Reglamento Hipotecario), es aquella por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas. A ello no obsta tampoco que se fijara un valor de tasación individualizado por finca, cosa que lo que hace es permitir al acreedor en caso de impago poder subastar una o varias fincas y no todas en conjunto, ni que existiera una estipulación que previera la posibilidad de cancelación total o parcial del «crédito hipotecario», pues una cosa es el crédito y otra la garantía hipotecaria.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986: «el elemento característico de la hipoteca como derecho real de garantía dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación, su indivisibilidad; de ahí que en tanto el débito del que responde no se satisfaga íntegramente seguirá la hipoteca gravando la totalidad del fundo a ella sujeto. Consecuencia de esto es que el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la hipoteca hasta que el débito se satisfaga por completo».

La regla de la indivisibilidad de la hipoteca no desaparece si no se pacta expresamente por las partes también la división del crédito de tal manera que cada finca garantice sólo una porción determinada del crédito (artículo 1860 del Código Civil). Así, como se deduce de los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, la limitación meramente cuantitativa de la parte del crédito de que deba responder cada finca que se verifica con la distribución de la responsabilidad hipotecaria sólo actúa frente a terceros poseedores, pero queda inoperante entre los contratantes (deudor o hipotecante de deuda ajena) y adquirentes subrogados en la deuda. Sólo si se divide el crédito entra en juego, respecto de terceros, la regla del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, de manera que, distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, si alguna de ellas pasa a tercer poseedor, éste podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma, y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas; lo que confirma que la regla general de que cuando el que paga es el deudor, el acreedor no está obligado a aceptar el pago con ese destino específico.

En consecuencia, esta posibilidad, a falta de pacto, sólo podrá operar respecto de adquirentes posteriores, pero no entre los contratantes funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria, teniendo derecho el acreedor a perseguir ejecutivamente todas y cada una de las fincas indistintamente, por la totalidad del crédito hipotecario.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 estableció que: «de los artículos 120 y 121 de la meritada ley [Hipotecaria] se deriva que la limitación de la responsabilidad de cada finca a una parte concreta del gravamen sólo constituye una medida de protección de terceros adquirentes posteriores de derecho real sobre los inmuebles hipotecados, de tal forma que, no existiendo los mismos, la distribución de responsabilidad hipotecaria queda inoperante entre los contratantes, funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria, teniendo derecho el acreedor a perseguir ejecutivamente todas y cada una de las fincas indistintamente, por la totalidad del crédito hipotecario. En el caso que nos ocupa, no existiendo terceros adquirentes posteriores, como resulta de las certificaciones de los Registros de la Propiedad, la Caixa tiene un derecho de libre elección de finca y distribución del crédito. Así, tiene potestad para dirigirse contra uno, varios o todos los garantes hipotecarios por todo o parte del crédito hipotecario, y las reclamaciones entabladas contra uno de ellos no serán obstáculo para dirigirse contra el resto, en tanto lo adeudado no resulte cobrado por completo. Todo ello sin perjuicio del derecho que ostenta el garante hipotecario que haya pagado la totalidad del crédito, o un importe superior al pagado por los demás, de repetir contra el resto de los garantes hipotecarios».

Por tanto, en nuestro sistema hipotecario, es preciso distinguir entre que la pluralidad de las fincas hipotecadas sea originaria o sobrevenida, y entre que haya o no un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca de tal manera que: a) si la pluralidad objetiva es originaria, la distribución de responsabilidades hipotecarias es, según el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, obligatoria; b) si la pluralidad objetiva es sobrevenida, la distribución, según el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es voluntaria y requiere el acuerdo entre acreedor y deudor, en forma tal que si



no hay tal distribución, la hipoteca se convierte en solidaria, y habiéndola, será de aplicación lo ya visto para el supuesto de pluralidad objetiva originaria; c) si hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según el artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario sólo podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad a que respectivamente estén afectas y la que a la misma corresponda por razón de intereses; pero, d) si no hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según resulta «a contrario» del artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad total asegurada, es decir, la hipoteca se presenta aquí sí como solidaria.

En suma, la hipoteca constituida inicialmente sobre varias fincas en garantía de un único préstamo y con distribución de responsabilidad entre las mismas es, en relación a las partes del contrato, una hipoteca indivisible sin que a ellas afecte la distribución de la responsabilidad hipotecaria que es una exigencia del artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Así se desprende del tenor del artículo 122 de la Ley Hipotecaria y del artículo 221 del Reglamento Hipotecario, de donde se deduce que no puede exigirse esa cancelación parcial ni el deudor, ni el hipotecante no deudor, salvo en las condiciones específicas explicadas del artículo 124 de la Ley Hipotecaria.

Por todo cuanto antecede, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y mantener la calificación de la registradora de la Propiedad.

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, 30 de octubre de 2017. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.