

La calificación registral y su alcance (*)

por

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

*Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

SUMARIO

PRIMERA PARTE: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ORIGEN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL LLAMADO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA MISMA:
 1. LEY HIPOTECARIA DE 1861.
 2. REAL ORDEN DE 17 DE MARZO DE 1864.
 3. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909.
- III. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN.
- IV. LA PERSPECTIVA DESDE LA ADMINISTRACIÓN. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. REALES DECRETOS POSTERIORES:
 1. EL REAL DECRETO 1879/1994, DE 16 DE SEPTIEMBRE, SOBRE NORMAS PROCEDIMENTALES EN MATERIA DE JUSTICIA E INTERIOR.
 2. REFORMA REALIZADA POR EL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE Y SU ANULACIÓN POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE MAYO DE 2000.
- V. REFORMAS REALIZADAS POR SUCESIVAS LEYES DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL (2001, 2002, 2003 Y 2005):
 1. LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.

(*) Ponencia presentada al Curso *El control jurisdiccional de la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2008.

2. LAS SUCEVAS MODIFICACIONES DE LAS LEYES 53/2002, 62/2003 Y 24/2005. LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.
- VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL RECURSO GUBERNATIVO:
1. LA APARENTE NATURALEZA JURÍDICA.
 2. NUESTRA OPINIÓN.
 3. LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

SEGUNDA PARTE: LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA: LA LEY 41/2007

- I. EL ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA.
- II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL:
 1. POSTURA EXISTENTE ANTES DE LA REFORMA NORMATIVA.
 2. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN. LA INTERPRETACIÓN DADA AL NUEVO ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- III. OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL.
- IV. CONTRA ARGUMENTACIÓN A CADA UNO DE LOS PUNTOS EN LOS QUE SE BASA LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 1. SEPARACIÓN DE LO PERSONAL DE LO REAL.
 2. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA NO CONTIENE LA AFIRMACIÓN DE QUE LO QUE SE MENCIONA EN SU PÁRRAFO PRIMERO SEA LO ÚNICO QUE EN EL DERECHO DE HIPOTECA TIENE TRANSCENDENCIA REAL.
 3. LA AFIRMACIÓN DE QUE TODAS LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TIENEN SOLAMENTE ALCANCE OBLIGACIONAL ES ERRÓNEA.
 4. CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y DEMÁS CLÁUSULAS FINANCIERAS.
 5. LA PUBLICIDAD NOTICIA NO EXISTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSCRIPCIONES DE HIPOTECA.
 6. CUANDO EL REGISTRADOR CALIFICA LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO NO INCURRE EN NULIDAD POR APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

PRIMERA PARTE: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la calificación registral, de su alcance y su significado, no puede hacerse sin tener de la misma una perspectiva histórica ni, tampoco, sin hacer referencia a toda la naturaleza del procedimiento registral. La postura

que se adopte acerca de la naturaleza de dicho procedimiento, inevitablemente nos lleva a determinadas conclusiones en la calificación, y viceversa.

En alguna ocasión anterior me he ocupado de esta materia a propósito del recurso gubernativo contra la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad (1). Desde aquel trabajo hasta el momento actual se han producido interesantes novedades legislativas y abundante material doctrinal y jurisprudencial. Unas y otras intentaré tenerlas en cuenta desde la perspectiva del tema de la calificación.

II. ORIGEN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL LLAMADO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA MISMA

Como hemos dicho, el origen y la evolución del recurso han estado parejos a la cuestión de la determinación del ámbito y naturaleza de la calificación del Registrador de la Propiedad. A la par que se fue precisando este segundo aspecto, se fue determinando también el del primero.

1. LEY HIPOTECARIA DE 1861

A) *La calificación*

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su primera redacción del año 1861, establecía: «*Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras*». Dicho precepto necesariamente había que completarlo para su entendimiento con el artículo 65 que establecía la distinción entre faltas subsanables y no subsanables, estableciendo la diferencia entre unas y otras según que el defecto produjera o no la nulidad de la obligación documentada en el título (2).

Como se ha dicho ya (3) el mero hecho de regularse la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, la necesidad de atender al contenido de la

(1) En *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. Tomo XIV.

(2) «Artículo 65: Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.

Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad».

(3) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *Análisis histórico de la calificación registral*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre «Registros y Seguridad Jurídica», 9 y 10 de mayo de 1994, publicada en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña,

obligación para apreciar cuándo la falta era de una u otra clase y las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley (4), eran pruebas de que la calificación no se limitaba a las formas extrínsecas.

Esta es la opinión que ha prevalecido desde los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria de 1861 (5). Y es la que se recoge en el primer Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861, al establecer que para diferenciar las faltas subsanables de las insubsanables, el Registrador debe atender a la validez de la obligación consignada en el título (art. 57) (6).

La idea de que la calificación del Registrador debería comprender el fondo del asunto (excepto para los documentos judiciales) se declara de forma expresa en la Orden de 24 de noviembre de 1874 (7).

B) *El recurso contra la calificación del Registrador*

No se estableció propiamente un recurso. Se afirma en el artículo 19 de dicha Ley de 1861 que cuando el Registrador apreciare faltas en las escrituras las manifestará a los que pretendan la inscripción «y si no la subsanaren a satisfacción suya, les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, á los tribunales». Es decir, el procedimiento era de remisión directa a la jurisdicción ordinaria. No obstante, esta aparente claridad en la elección del mecanismo de impugnación no lo es tanto cuando se trata de la calificación de la competencia de los jueces que ordenen las cancela-

núm. 55, junio de 1994. Recogida dentro del libro *La calificación registral*, 2.^a ed., 2008, recopilación del mismo autor citado, Tomo I, pág. 27 y sigs.

(4) «El registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva».

(5) La única excepción que se cita es la de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA en su obra *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación. No obstante, como analiza muy bien GÓMEZ GÁLLIGO (*ob. y loc. cit.*), la opinión que este autor parece mantener en sus comentarios iniciales no la mantiene en sus obras inmediatamente posteriores: en *Elementos de Derecho Civil y Penal de España* (1865), al hablar de las faltas subsanables e insubsanables afirma con rotundidad que sólo deben acceder al Registro las obligaciones que tengan eficacia jurídica (punto 707).

(6) «Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley, atenderá el registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de la forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable...». El resaltado en cursiva, lógicamente no está en el original.

(7) Un detallado análisis puede verse en la obra de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, pág. 35 y sigs. La segunda edición es de 1991. También ha sido recogida en el libro *La calificación registral* antes citado.

ciones, ya que para los casos de duda debería darse cuenta al regente de la Audiencia respectiva, el cual decidiría lo que estimare oportuno; contra la decisión de los regentes, podría recurrirse tanto por los interesados como por los jueces a la Audiencia y contra su fallo, a su vez, procedía recurso de casación (arts. 100 a 103)

2. REAL ORDEN DE 17 DE MARZO DE 1864

Mediante esta Real Orden, se estableció con carácter general el recurso contra la calificación registral. El sistema introducido es de sobra conocido: Presidente del tribunal del partido o directamente al Regente o Presidente de la Audiencia (cuando Registrador y Regente residieran en la misma población) y con posterioridad a la Dirección General de los Registros y del Notariado a la que se atribuye la decisión definitiva del recurso. Este es el sistema que se recogió en la Ley Hipotecaria de 1869, que en su artículo 66 estableció un contenido que ha llegado hasta el momento de la reforma normativa que examinamos: los interesados pueden reclamar gubernativamente contra la calificación del Registrador, sin perjuicio de acudir si quieren a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos.

Pero lo cierto es que en el mismo instante de su nacimiento nos encontramos con una contradicción en la base: Se atribuye a un órgano no independiente una auténtica actividad jurisdiccional.

Con ello, se ha dicho (8) que:

- Se alteraba el sistema coherente que había introducido la Ley Hipotecaria de 1861.
- Sobre tres órganos verdaderamente independientes (Registrador, Presidente del Tribunal de partido y Presidente de la Audiencia) se superpone uno no independiente, la DGRN, por lo que se oscureció la actividad «cuasijurisdiccional» que se quiso que tuviera la actividad registral.

¿Cómo pasó desapercibido todo esto? (9):

- Quizá porque en la época no estaba clara la distinción entre lo administrativo y jurisdicción.

(8) SARMIENTO RAMOS, Juan, «Las relaciones entre la doctrina de la DGRN y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», dentro del *Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*.

(9) SARMIENTO RAMOS, Juan, *ob. y loc. citados*.

- Tal vez porque se consideró suficiente garantizar la independencia del Subdirector General y de los Oficiales de la restablecida Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Tal vez porque se entendiera suficiente la posibilidad de acudir al llamado recurso judicial del artículo 66.

Lo cierto es que el resultado, con todas estas incoherencias, fue satisfactorio. La prueba es que a pesar de haberse ido perfilando los distintos poderes y competencias, el recurso se ha mantenido a lo largo de más de un siglo.

3. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909

En este texto normativo se llega a la redacción del artículo 18 que, en lo fundamental ha llegado hasta nosotros. Según este precepto: «*Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas a los efectos del artículo 65 de esta Ley*», es decir, a los efectos de poder practicarse o no anotación preventiva según que la falta fuera subsanable o insubsanable.

Por lo que se refiere a la impugnación de la calificación, se mantiene el sistema que había sido introducido. El precepto legal que se refiere a la impugnación de la calificación es el artículo 19, pero ya no dice como antes que se devolverán las escrituras para que los particulares «*recurran, si quieren, á los tribunales*», sino que se utiliza la expresión más amplia de «*puedan ejercitarse los recursos correspondientes*», para que tuviera cabida tanto el acudir a los Tribunales como el utilizar el mecanismo de recurrir gubernativamente (art. 66).

En el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, se añadió al artículo 18 que el Registrador para calificar debía tener en cuenta no solamente los títulos presentados, sino también el contenido del Registro.

Así se mantuvo la situación hasta las reformas normativas que pasamos a exponer a continuación.

III. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

Esta situación (que podría decirse que era aceptada social y jurídicamente), necesariamente ha de replantearse bajo la vigencia de la Constitución Española. Los principios de legalidad y de control jurisdiccional de la actividad administrativa hicieron que el tema forzosamente tuviera que revisarse.

No obstante, dentro del esquema del nuevo Ordenamiento se pueden señalar dos serios puntos de apoyo en defensa de la pervivencia del sistema establecido hasta entonces:

- A) Considerar (y aquí recordemos que la idea está tomada del famoso dictamen de LACRUZ acerca de la naturaleza de la figura del Registrador de la Propiedad) (10) que la actividad registral y el recurso gubernativo tienen su anclaje en la Constitución a través del artículo 117.4 (funciones establecidas en garantía de cualquier derecho que no necesariamente tienen que ser funciones encomendadas a órganos judiciales). Desde esta perspectiva, el recurso gubernativo puede encontrar apoyo para ser considerado como una actividad no estrictamente administrativa ni jurisdiccional.
- B) La Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (Disposición Adicional séptima) estableció la intervención en el recurso gubernativo de los Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, ante quienes finalizaban los recursos en materia foral. Implícitamente esta misma norma reconoce la apelación ante la DG en los demás casos. El precepto es importante puesto que se trata, y así se ha destacado, de una norma postconstitucional.

IV. LA PERSPECTIVA DESDE LA ADMINISTRACIÓN. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. REALES DECRETOS POSTERIORES

Con la aparición de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la calificación del registrador y el recurso contra la misma, nuevamente entra en discusión, esta vez desde la perspectiva de la propia Administración.

Según los artículos 42, 43 y la Disposición Adicional tercera de la citada Ley 30/1992, cada Administración debía señalar los procedimientos en los cuales la falta de resolución produciría efectos desestimatorios y en el plazo de seis meses (ampliado posteriormente a dieciocho, dada la existencia de un «importante factor de complejidad») (11) deberían adecuarse a la misma todos los procedimientos administrativos cualquiera que fuere su rango.

La expectación sobre este punto puede decirse que (al menos en el Ministerio de Justicia) era grande.

(10) LACRUZ BERDEJO, «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1979, págs. 77-180.

(11) Preámbulo del Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto.

1. EL REAL DECRETO 1879/1994, DE 16 DE SEPTIEMBRE, SOBRE NORMAS PROCEDIMENTALES EN MATERIA DE JUSTICIA E INTERIOR

Desde la perspectiva que nos interesa ha de hacerse referencia al *Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, sobre normas procedimentales en materia de Justicia e Interior*.

En un su día en el homenaje a Antonio IPIENS y Manuel PEÑA (12) intenté desentrañar la complejidad de esta norma. Respecto de los recursos que conoce el Centro Directivo, lo que más llama la atención es la falta de correspondencia entre el Preámbulo del Real Decreto y el texto articulado, ya que hace referencia a disposiciones que no existen. Según dicho Preámbulo:

«Por su especificidad, se incluyen en las Disposiciones Adicionales primera y segunda los procedimientos relativos a la nacionalidad, notariales y registrales, materias consideradas de orden público en las cuales los otorgamientos y modificaciones se rigen por las normas procesales y de procedimiento que les sean aplicables y los que conciernen a la legislación notarial, hipotecaria y mercantil, pues en estos procedimientos las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos y las decisiones del Departamento en relación a las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil, sin perjuicio, eso sí, de los aspectos puramente administrativos del procedimiento; por otra parte, la singularidad de las funciones justifica el criterio seguido en el presente Real Decreto en orden al régimen de los actos pre-suntos».

La situación era verdaderamente compleja puesto que en las Disposiciones Adicionales primera y segunda se encontraba solamente parte de lo que en el Preámbulo se decía. Dejando a un lado el complejo análisis de la norma (13), lo que en este momento se puede destacar es:

- La propia Administración reconoce la peculiaridad de la actuación registral y del procedimiento nacido de la impugnación de su calificación (14).

(12) PRETEL SERRANO, Juan José, «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», dentro del *Libro homenaje a Antonio Ipiens y Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

(13) Ver el trabajo citado en nota anterior.

(14) Quedaba superada la afirmación del Decreto de 10 de octubre de 1958 (art. 1.7), que consideraba como procedimientos administrativos especiales a los regulados en las Leyes y Reglamento Hipotecarios, sin hacer ningún tipo de salvedad.

- Es compatible que, dentro del procedimiento, parte del mismo se rija por normas de jurisdicción voluntaria y por normas de procedimiento administrativo. Esta idea es básica respecto de la situación actual como veremos.
- Cuando se apliquen normas de procedimiento administrativo no se tratará de una aplicación supletoria, sino directa, aunque ello no puede hacerse desvirtuando la naturaleza no administrativa del procedimiento (15).

Puede decirse que los esfuerzos para salvar la singularidad del procedimiento fueron notables en este Real Decreto (a pesar de todas las imprecisiones).

2. REFORMA REALIZADA POR EL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE, Y SU ANULACIÓN POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE MAYO DE 2000

Aunque no faltaron voces que avisaron de la fragilidad de los instrumentos utilizados, el Ministerio de Justicia (más exactamente la Dirección General de los Registros y del Notariado) consideró el anclaje legal suficiente (16), por lo que entendió que era posible reformar con carácter general el recurso gubernativo por vía reglamentaria. Señalar en estos momentos las novedades carece de sentido dada su anulación. Solamente diremos que (con independencia de dicha anulación) el resultado que conseguía y las modificaciones que introducía, no justificaban asumir el riesgo que se corrió, máxime cuando las deficiencias que quería corregir se podían salvar mediante la correcta interpretación del cuadro normativo supletorio (v. *supra*).

Conocida de todos es la sentencia de 22 de mayo de 2000, que dejó sin efectos la reforma del recurso gubernativo realizada por el Real Decreto antes citado (17).

Por lo que aquí interesa de momento (en la crónica de la evolución que estamos exponiendo) puede destacarse de la misma que:

(15) Por si interesara, en su día ya señalé que era lo que se regía por las LRJAPYAC y qué no. Algunos de estos puntos son los que se han establecido en la Ley 24/2001, por lo que no puede considerarse novedosa ni tan siquiera en estos entremos: abstención y recusación, posible utilización de lenguas distintas al castellano en los escritos de recurso, utilización de otros Registros o de las oficinas de correos, plazo para subsanar errores, acumulación de procedimientos, etc.

(16) De la Ley Hipotecaria, los artículos 19, 66 y 260.3.º; de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Disposición Adicional 7.ª

(17) La sentencia del Tribunal Supremo es de la Sala Tercera, Sección 6.ª Anuló la redacción de los artículos 112, ordinal 3.º y párrafo penúltimo, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129 y 131. Otras sentencias que también anularon determinados preceptos son las de 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001.

- Anula la reforma, principalmente por el argumento de que el Real Decreto incurre en la vulneración del principio de reserva de ley.
- No es capaz de tomar postura alguna acerca de la naturaleza del procedimiento gubernativo (*FD Tercero: «No vamos a terciar en la vieja polémica de si el procedimiento registral tiene carácter administrativo o naturaleza de jurisdicción voluntaria...»*), aunque lo cierto es que sí se dice algo como veremos.
- Y, remarquemos este punto, no solamente impugna la reforma, sino que arremete contra los escasos preceptos legales en los que se sostenía el recurso, puesto que:
 - Considera que la DA 7.^a de la LOPJ es de muy dudosa constitucionalidad (si bien no entra en el tema).
 - Entiende que cuando interviene el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el mismo realiza una auténtica actuación judicial, por lo que no es suficiente la parca regulación del artículo 66 de la LH: todo el procedimiento debe estar regulado por ley por exigencias del artículo 117.3 de la CE.

V. REFORMAS REALIZADAS POR SUCESIVAS LEYES DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL (2001, 2002, 2003 Y 2005)

1. LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE

El contenido del Capítulo XI de la Ley 24/2001 (llamado *Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva*), en lo que se refiere al tema que estamos analizando, se puede sintetizar, en cuanto a sus puntos fundamentales, de la siguiente manera:

- No se modifica la regulación de la calificación en lo que se refiere al alcance de la misma. Solamente se introducen modificaciones relativas al plazo para calificar, a los requisitos formales de la misma y a la posibilidad de solicitar, antes de recurrir, una revisión de la calificación por otro Registrador de conformidad con un cuadro de sustituciones (18).
- Da rango legal al procedimiento registral. No se trata solamente de introducir preceptos legales a la espera de un desarrollo reglamentario, sino que se quiere que sea una norma con la jerarquía suficiente

(18) Artículos 19 bis y 275 bis. Sobre el cuadro de sustituciones, vid. Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto.

la que contenga la regulación. Se convierten, así, estos preceptos en los verdaderos soportes normativos del recurso después de ciento cuarenta años de existencia (19).

- Suprime la intervención de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. Ello resulta lógico, ya no tiene sentido cuando, por un lado, el hilo de dependencia del Registrador respecto de tales autoridades es cada vez más débil, y, por otro lado, desde la perspectiva de aplicar en lo posible la normativa del procedimiento administrativo, tales autoridades judiciales no entran en el esquema propuesto. No obstante, se mantiene en materia *foral* (20).
- Realiza remisiones expresas a la Ley 30/1992. Estas remisiones son: *a)* en la notificación a realizar por el Registrador de su calificación (nuevo art. 322 de la Ley Hipotecaria); *b)* en el cómputo de los plazos del procedimiento (nuevo art. 325 de la LH); *c)* en la oficina ante la cual puede presentarse el recurso (nuevo art. 327).
- Somete las Resoluciones de la DGRN a la revisión por la jurisdicción civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal (art. 328 de la LH).

2. LAS SUCESIVAS MODIFICACIONES DE LAS LEYES 53/2002, 62/2003 Y 24/2005. LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Dejando de lado otros aspectos, podemos decir que en los retoques que se han realizado estos años ha sido pieza clave determinar si el Registrador de la Propiedad se encuentra o no legitimado para recurrir ante los Tribuna-

(19) Rango normativo que era ineludible desde la STS de mayo de 2000 y los rotundos términos en los que se manifiesta:

- necesidad de ley formal para regular la jurisdicción voluntaria en la que intervengan órganos judiciales,
- y necesidad de ley (por exigencias del 33 CE —argumento muy discutible—) al tratarse básicamente de cuestiones relacionadas con la propiedad y otros derechos reales.

(20) Dice el artículo 324, párrafo 2: «Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiere interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

De este precepto conviene destacar dos puntos: el primero es que habla de «órgano jurisdiccional», y el segundo es que parece establecer un doble requisito de competencia: territorial y por razón de materia. Esto último significará que cuando deba aplicarse derecho foral fuera de los territorios de las Comunidades Autónomas donde los Estatutos de Autonomía reconocen competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, deberá conocer y resolver la Dirección General.

les las Resoluciones de la Dirección General estimatorias de los recursos, es decir, aquéllas en las que su nota de calificación hubiere sido revocada en todo o en parte. Siempre he mantenido la opinión de que es un tema que debe enfocarse desde la perspectiva de la naturaleza de la función del Registrador. Si se entiende que es un órgano que ejerce una función pública de control de la legalidad a efectos de inscribir, suspender o denegar el asiento, es decir, a efectos de la publicidad registral respecto de terceros, y por ello, no defiende en el recurso su propio interés, ni su prestigio profesional, ni siquiera su responsabilidad, sino que representa el interés público de la legalidad, no debe existir legitimación para acudir a la jurisdicción civil. El Abogado del Estado (o el Ministerio Fiscal, en su caso) es quien sostendrá la validez de una Resolución que hubiere confirmado una nota de calificación y hubiere sido impugnada por los interesados. El Registrador no ha de ser parte en ningún procedimiento de este tipo, ni como demandado ni como demandante.

El enfoque legal no ha sido éste. De no decirse nada en la reforma del año 2001, se pasó a afirmar en el año 2002 que el Registrador está legitimado para impugnar la Resolución cuando la misma haya sido estimatoria (nuevo párrafo cuarto del art. 328) (21). Y en el año 2005 se modifica nuevamente el tema para decir, por un lado, que ni el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ni el Consejo General del Notariado, ni los Colegios Notariales tienen legitimación para recurrir las resoluciones de la Dirección General. Y por otro lado, se reconoce legitimación al Registrador solamente cuando la resolución afecte a un derecho o interés del que sea titular (22).

(21) La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece en su Disposición Adicional decimocuarta: Modificación de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Se introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria: «Cuando la Resolución sea estimatoria, el Registrador que haya firmado la nota de calificación revocada, así como los titulares de derechos a quienes se les haya notificado la interposición del recurso, estarán también legitimados para recurrirla».

La justificación que se dio en la tramitación parlamentaria es que de otra manera, en aquellos casos en los que la Resolución fuera estimatoria, nadie podría recurrir las Resoluciones de la Dirección General.

(22) La discusión en la actualidad, por lo tanto, no puede estar en si el Registrador puede recurrir o no, sino solamente en cómo se interpreta que la resolución afecta a un derecho o interés del que sea titular.

El interés ha sido interpretado en la mayoría de los casos en sentido amplio. No se trata de un interés particular (en cuyo caso hubiere habido incompatibilidad para calificar —art. 102 del Reglamento Hipotecario—).

VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL RECURSO GUBERNATIVO

1. LA APARENTE NATURALEZA JURÍDICA

Como consecuencia de los cambios normativos anteriormente reseñados, de nuevo se planteó la naturaleza de la función registral en general y del recurso gubernativo en particular. De una manera más o menos mayoritaria, se vino a entender que por fin se había llegado por el legislador a regular un procedimiento de naturaleza administrativa. Como argumentos se destacaban los siguientes:

- La supresión del escalón intermedio de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las remisiones a la Ley 30/1992 en los tres supuestos antes citados de forma de las notificaciones a realizar por el Registrador, cómputo de los plazos y utilización de Registros y Oficinas públicas para la presentación de escritos relacionados con el recurso.

Si esto, se dice, lo añadimos a los argumentos que existían con anterioridad en la postura que defendía la naturaleza administrativa del procedimiento, se concluye que se trata de un tema zanjado: el Registrador es un funcionario y la impugnación de su decisión se realiza utilizando un procedimiento administrativo, el cual, cuando finaliza mediante una resolución, puede, a su vez, impugnarse ante los Tribunales.

2. NUESTRA OPINIÓN

No es esta la opinión que sostuvimos. Los argumentos a favor de la naturaleza administrativa del procedimiento no son difícilmente rebatibles. En efecto:

- El que se hagan remisiones concretas a la Ley 30/1992, no prueba sino lo contrario: dichas remisiones se realizan porque con ellas lo que se pretende es que se apliquen determinados preceptos del procedimiento administrativo que, en otro caso, no estaría claro que tuvieran aplicación.
- No hay ninguna novedad en aplicar normas del procedimiento administrativo común. Recordemos lo dicho a propósito del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre. En aplicación de dicho Real Decreto se llegaba ya a la misma conclusión para los casos en los que se ha realizado la remisión a la Ley 30/1992.

Pero, incluso, hay otros razonamientos que, desde un punto de vista positivo y no solamente de destrucción de argumentaciones, llevan a concluir que no estamos ante un puro procedimiento administrativo:

- El principal es que se establece la impugnación de las Resoluciones por la jurisdicción ordinaria y no la contencioso-administrativa, que es la competente para los actos claramente administrativos.
- A ello debemos añadir: no puede hablarse de actividad administrativa cuando se realiza una labor de enjuiciamiento en lo que se refiere al acomodo de un negocio, tal y como ha sido plasmado en un documento al Ordenamiento Jurídico. ¿Cómo explicaríamos entonces Resoluciones como las del artículo 35 del Reglamento de Costas (23) o la del artículo 53.b) del Real Decreto de 4 de julio de 1997 sobre inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística? En estos casos, una Dirección General (por peculiar que se quiera que sea) deja sin efecto Reales Decretos aprobados por un órgano superior como es el Consejo de Ministros. Y lo hace porque recaba para sí una especial facultad: la de depurar las normas emanadas de la Administración en su acomodo a los principios de legalidad y jerarquía normativa (24) (25).

(23) Pueden verse las Resoluciones de 16 de julio de 1998 y la de 14 de enero de 2000. No obstante se ha dado un giro total en esta postura. En Resolución de 6 de octubre de 2008 se dice: *«Es cierto que este Centro Directivo sostuvo un criterio favorable a la no exigencia, con relación a fincas ya inmatriculadas, de la acreditación de no invasión de la zona marítimo-terrestre, exigida por el artículo 31 en relación con el 35 del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre. Así lo afirmó en sus Resoluciones de 16 de julio de 1998, 14 de enero de 2000 y 21 de febrero de 2002, por entender que iba en contra del criterio sostenido por la Ley de Costas.*

3. *Lo cierto, sin embargo, es que en este punto el Reglamento de Costas ha sido declarado ajustado a la ley por el propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencias de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998, por lo que este Centro Directivo debe acomodar su doctrina a dicha jurisprudencia.*

4. *Debe entenderse, por tanto, plenamente aplicable el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas que extiende a las segundas y ulteriores transmisiones, las mismas exigencias de no acreditación de la invasión de zona de dominio público marítimo-terrestre, que las previstas para las inmatriculaciones».*

(24) Dice la Resolución de 16 de julio de 1998: *«...a) es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la Ley y a la prevalencia de los mandatos de la Ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración, y así lo establece tanto el artículo 6 de la Ley Orgánica del poder Judicial, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las Leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.2 del Código Civil, 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 51.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».*

(25) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha cambiado este punto de vista. A fin de ser coherente con la afirmación de que se trata de una actividad de

¿Cuál es la verdadera naturaleza jurídica?

En nuestra opinión (26) se trata de una actividad que se aproxima a la jurisdiccional. No es una afirmación en el vacío. Está recogida en la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000, en su Fundamento de Derecho Séptimo, cuando refiriéndose a la actuación del Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y, para diferenciarla de la jurisdicción voluntaria, se nos dice:

«...Si a esta tramitación, análoga a la de cualquier otro proceso jurisdiccional, se une que el objeto del procedimiento es determinar si un título ha de tener o no acceso al Registro de la propiedad con la eficacia que de ello se derive en cada caso, de manera que en él se están dirimiendo auténticos derechos civiles sobre los que un órgano judicial se pronuncia y cuya decisión se ejecuta, salvo que sea recurrida por cualquiera de las partes, incluido el Registrador, siempre que el recurso no se declare admisible o extemporáneo, decisión esta que, a su vez, es susceptible de recurrirse de queja, la conclusión ha de ser que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia está desempeñando (cualquiera que sea la denominación del recurso) funciones jurisdiccionales que únicamente pueden ejercer los jueces y tribunales con arreglo al procedimiento que la ley establezca.

Si ello es predicable de la actuación del Presidente del Tribunal Superior habrá que concluir que también lo es respecto del Registrador de la Propiedad, que es de quien arranca el procedimiento al poner su nota de calificación, con la salvedad de que no puede hablarse en sentido estricto de actividad jurisdiccional al no formar parte el Registrador del poder judicial (art. 117 de la Constitución). Pero en cuanto a lo que se refiere a la actividad que se hace al calificar, nos encontramos ante un auténtico juicio de adecuación al ordenamiento (27). Ahora bien, el mismo no se realiza por un órgano judicial independiente e inamovible, sino por un órgano de la Administración, de donde la posibilidad del recurso gubernativo y la necesidad de que las Re-

naturaleza administrativa en la Resolución de 11 de abril de 2006 afirma que el Registrador no puede enjuiciar la validez de las normas cuya nulidad no haya sido declarada judicialmente, pues ello excede del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

(26) Con anterioridad ya lo había sostenido M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en su obra *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. La argumentación más completa se encuentra en la cuarta edición de esta obra, pág. 484 y sigs. Este autor la define como *función cuasi jurisdiccional*.

(27) También la Dirección General ha salido al paso de esta afirmación. En la Resolución de 14 de diciembre de 2004, expresamente niega que el Registrador pueda actuar como un juez.

soluciones de la Dirección General sean susceptibles de impugnación ante la autoridad judicial.

3. LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La postura tradicional ha sido sostener que nos encontrábamos en el campo de la jurisdicción voluntaria (28). Pero esta postura ha sido objeto de abandono total en los últimos años. Una y otra vez la Dirección General de los Registros y del Notariado nos dice que el Registrador es un funcionario, que la calificación que realiza es un acto administrativo y que el procedimiento registral es un procedimiento administrativo. Pero esta postura, por mucho que se esté insistiendo en ella (29) no encuentra apoyo normativo suficiente. En efecto, una cosa es que determinados aspectos del procedimiento se rijan por normas de Derecho Administrativo (ya lo dijo el Real Decreto 1879/1994) y otra cosa que ello suponga que estemos ante una actividad típica de la Administración del Estado. Por mucho que se quiera imponer a través de las Resoluciones una determinada categoría dogmática, no por eso dejarán de existir argumentos contrarios, entre los que podemos destacar (30):

- Las leyes que regulan la función registral son leyes civiles (Código Civil y Ley Hipotecaria).
- Las cuestiones que se ventilan son civiles y se discuten intereses que no son los de la Administración.
- El control jurisdiccional corresponde al orden jurisdiccional civil (art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 y 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 40, 66 y 328 de la Ley Hipotecaria).

Desde este planteamiento es desde donde pasamos a analizar la cuestión tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

(28) *Resolución de 26 de junio de 1986*: la actividad registral es de una naturaleza especial, de tal manera que ni tan siquiera supletoriamente se le puede aplicar la legislación sobre procedimiento administrativo.

Resolución de 17 de marzo de 1986: El recurso gubernativo no es un pleito, el Registrador no es parte en él y no tiene más alcance que determinar el acceso o no a los libros registrales de los títulos inscribibles.

(29) Casi todas las Resoluciones de los últimos años hacen una u otra referencia, sea o no sea necesario para resolver el tema que se haya planteado en la calificación. Normalmente se dice con ocasión de cumplimiento de requisitos de notificaciones, cómputo de plazos... Y especialmente con la finalidad de remarcar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General.

(30) Siguiendo a M. PEÑA, *ob. cit.*, págs. 486 y 487.

SEGUNDA PARTE:
LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA:
LA LEY 41/2007 (31)

I. EL ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA

El origen de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, se encuentra en una Proposición No de Ley del Congreso de los Diputados, de fecha de 3 de febrero de 2005, por la que se instaba al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con el objeto de favorecer la accesibilidad de dicho mercado a los ciudada-

(31) Sobre este tema, la literatura jurídica es abundante: Sin citar artículos de revistas, puede verse el libro *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*. Editado por el Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008. Dentro del mismo se encuentran los siguientes trabajos: Javier GÓMEZ GÁLIGO, «Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero». Fernando CANALS BRAGE, «La accesibilidad de la hipoteca en la Ley 41/2007». Beatriz SAENZ DE JUBERA HIGUERO, «Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario». Víctor MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca bajo condición suspensiva». Víctor MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca inversa». Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable». José Luis VALLE MUÑOZ, «El mercado secundario de refinanciación hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre». Rafael SANZ COMPANY, «Reforma de la normativa hipotecaria. Problemática de la aprobación de la Ley». Ángel CARRASCO PERERA, «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. A propósito de la reforma operada por la DF 3.ª de la Ley 41/2007».

Igualmente puede verse el libro *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, editado por la Academia Sevillana del Notariado y el Consejo General del Notariado, 2008. Contiene los siguientes trabajos: Rodrigo TENA ARREGUI, «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario». Agustín MADRID PARRA, «La reforma del mercado secundario». Francisco José ARANGUREN URRIZA, «Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada». Javier MANRIQUE PLAZA, «La hipoteca: constitución y cesión». Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)». Íñigo FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «La hipoteca global». Manuel Antonio SEDA HERMOSÍN, «El procedimiento de subrogación hipotecaria». Luis ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable». Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa». Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión» (LHMPSPD).

nos, mejorar la eficiencia de la asignación de recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica. A tal efecto se creó una Comisión en el Ministerio de Justicia en la que, bajo la coordinación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, estaban representantes de la Asociación Hipotecaria de España, del Consejo General del Notariado, del Colegio de Registradores de la Propiedad y, en un momento posterior, del Ministerio de Economía y Hacienda. El resultado de los trabajos de esta Comisión se plasmó en un Borrador de Anteproyecto de Ley (32) que sufrió numerosas modificaciones.

Por lo que hace referencia al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, dicha historia se puede sintetizar de la siguiente manera: en el Anteproyecto que salió de la Comisión (33) se añadió un segundo párrafo al artículo 12 de la Ley Hipotecaria para que se hicieran constar también en el Registro las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, pero únicamente en cuanto que no fueran contrarias a normas imperativas y prohibitivas (algo obvio y que no habría ni por qué decirlo) (34). El párrafo segundo fue suprimido del Anteproyecto que presentó a información, reapareciendo en el Proyecto de Ley remitido al Congreso de una manera totalmente diferente, ya que se decía que solamente podrían inscribirse en el Registro aquellas cláusulas que expresamente estuvieran previstas en la Ley (35). En la tramitación parlamentaria se

(32) La historia, en cierto modo rocambolesca, de dicho Anteproyecto, del Proyecto que le sucedió, de las enmiendas y del texto definitivo, se encuentra perfectamente contada por José Tomás BERNAL-QUIRÓS en las páginas de Presentación del Libro citado: *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo...* Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

(33) A alguna de cuyas reuniones asistí.

(34) Dicho párrafo se añadía por sugerencia de la Asociación Hipotecaria de España, dado que consideraba que el tratamiento que se estaba dando a las escrituras de hipoteca era muy dispar en los Registros de la Propiedad. Dichas escrituras responden a minutas redactadas por las Entidades de Crédito, las cuales desean un tratamiento más o menos uniforme. V. *infra*, a propósito de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

(35) No es ningún secreto si se pone de manifiesto que la supresión del párrafo 2 del artículo 12 en el Anteproyecto y la versión restrictiva en el Proyecto, respondía a la nunca negada influencia de la AHE. Pero además dicha redacción venía a ser coincidente con el punto de vista de los notarios (o de cierta corriente de opinión de los notarios) que entiende que en el Registro debe hacerse constar lo mínimo de la escritura de hipoteca (el párrafo primero del art. 12 de la LH) porque para todo lo demás está la escritura pública. Por todos, puede verse, Ignacio PAZ-ARES, «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, ob. cit. Ya antes había expuesto su opinión en la Revista *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto. Dicha revista debería cambiar el nombre, puesto que la mayor parte de los artículos no son de Derecho Notarial sino de Derecho Hipotecario. Consecuencia de todo ello es la afirmación de que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva, sino la escritura, de ahí el que (en opinión de este autor) se haya modificado

presentaron diversas enmiendas (tanto en el Congreso como en el Senado) dando como resultado el texto siguiente:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

En lo único que está de acuerdo todo aquél que se acerca a la interpretación de este artículo es en que su redacción es lo suficientemente imprecisa como para que tengan que realizarse grandes esfuerzos para averiguar su verdadero significado. Dicho significado no puede alcanzarse mediante una simple interpretación gramatical ni tampoco puede hacerse sin colocar a la norma dentro del contexto del Ordenamiento del que forma parte.

Como elemento a tener en cuenta en esta interpretación se encuentra el correlativo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley. Tampoco es un texto lo suficientemente claro, pero una cosa sí lo está: el artículo 12 tiene por objeto regular el contenido que ha de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, distinguiendo entre un contenido mínimo (importe del principal de la deuda, de los intereses en su caso, o el importe máximo de responsabilidad, identificación de la obligación garantizada y su duración) y otro potestativo (las que llama demás cláusulas financieras y de vencimiento anticipado). Después volveremos sobre este punto (36).

también el artículo 130 de la Ley Hipotecaria. No obstante, hay que recordar que el carácter constitutivo de la inscripción no se encuentra solamente en dicho precepto.

(36) El texto de la Exposición de Motivos es el siguiente:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización,

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. POSTURA EXISTENTE ANTES DE LA REFORMA NORMATIVA

Puede decirse que la postura que ha venido siendo mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido una línea constante de evolución. Desde el momento en el que el crédito hipotecario se generalizó como medio de financiación para la adquisición inmobiliaria, las Resoluciones se fueron sucediendo una tras otra. A través de una labor casi de detalle se fueron analizando una larga lista de cláusulas bajo los principios siguientes: necesidad de que las obligaciones garantizadas estuvieran bien delimitadas, por un lado, y, por otro, intentar evitar que mediante la sucesiva acumulación de deberes impuestos al deudor la posición de éste se tornase especialmente gravosa, desnaturalizando la función de garantía esencial de la hipoteca y limitando el estatuto normal de la propiedad inmobiliaria sin especial justificación para ello. En ese detenido análisis de algunas cláusulas se rechazó su acceso al Registro de la Propiedad por entender que no tenían trascendencia real, otras por no reunir los requisitos de validez necesarios para oponerse con esa eficacia real a terceras personas (sin perjuicio de su validez entre las partes) y, en fin, otras eran rechazadas por ir en contra de normas de carácter imperativo o prohibitivo (37).

Las numerosas Resoluciones existentes sobre esta materia encuentran una justificación de partida para entrar en el análisis del clausulado (38): junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante (y correlativas facultades a favor del acreedor) con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real que reclama la inscripción en su totalidad. Esta situación (es decir, la pretensión de que a la mayor parte de las obligaciones se quiera dotar de eficacia real) es la que determina un adecuado examen de las diversas cláusulas para concretar cuáles deben acceder al Registro y dotarles de trascendencia real y cuáles deben quedar relegadas al ámbito obligacional con eficacia meramente personal. Ello supone que las obligaciones que se imponen, aunque puedan estar dentro de los límites de la autonomía privada, para acceder al Registro y tener eficacia real (lo que se logra a través del mecanismo de provocar el vencimiento anticipado de la obligación en caso de

pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

(37) La sola enumeración de los trabajos y libros publicados sobre las cláusulas inscribibles y no inscribibles nos revelaría que forman una biblioteca de no pequeño tamaño.

(38) Especialmente Resoluciones de 20 de mayo y 5 de junio de 1987.

incumplimiento) deben estar definidas con claridad, responder a una razón suficiente y no ir en contra del principio de libre circulación de los bienes.

Esta postura ha dado un vuelco total en los términos que veremos a continuación.

2. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN. LA INTERPRETACIÓN DADA AL NUEVO ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA

Todo lo que hasta aquí hemos expuesto ha cambiado como consecuencia de la nueva Ley 41/2007. No puede decirse que la postura de la Dirección General se encuentre condicionada por la modificación de la Ley. Muy al contrario, parece una toma de postura que había sido ya decidida con anterioridad a los nuevos preceptos, como lo demuestra el hecho de que se apoye en algunas afirmaciones e ideas que estaban recogidas en Resoluciones anteriores a los nuevos artículos si bien dándoles una significación distinta; y sobre todo, resulta llamativo que el cambio de postura se haya realizado aplicando la nueva norma a calificaciones que eran anteriores a la misma: tal ocurre con las Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 y 14 de enero de 2008 (39).

Veamos de manera extractada cada uno de los argumentos de la Dirección General de los Registros y del Notariado para sustraer a la calificación registral la mayor parte del contenido de las escrituras de hipoteca. Se pueden exponer de la siguiente manera (40):

1. A la hora de calificar el Registrador ha de hacer una actividad previa (un *prius* le llama), debiendo identificar aquellas cláusulas que tienen un contenido obligacional y cuáles son de trascendencia real. Las de contenido obligacional no acceden al Registro y por lo tanto no hay propiamente calificación de su validez a la hora de rechazarlas; solamente las de trascendencia jurídico real inmobiliaria son verdaderamente calificadas para que accedan al Registro si son conformes con el Ordenamiento Jurídico (41). Esta afirmación

(39) Se trata de dos Resoluciones verdaderamente llamativas. Ponen de manifiesto que desde la Dirección General estaban esperando con ansiedad que se les planteara el caso en el que pudieran dar sus opiniones sobre la nueva Ley 41/2007. Pero parece que se les hizo demasiado larga la espera y la impaciencia les lleva a aplicar la nueva Ley a supuestos que se regían por la normativa anterior.

(40) La propia Dirección General nos hace la cita de las Resoluciones en las que ha ido sentando su doctrina respecto de la nueva Ley: 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008. Nosotros, para mayor claridad expositiva, tomaremos el texto de la Resolución de 24 de julio de 2008 en la que se culmina toda esta opinión.

(41) La Dirección General presenta esta afirmación como si fuera una novedad doctrinal a partir de la Resolución de 19 de abril de 2006. Dice este Centro:

nadie la ha discutido ni nadie ha planteado nunca otra cosa. Lo único que ocurre es que ahora es tomada como premisa para las conclusiones posteriores a las que se quiere llegar.

2. En materia de hipoteca, las cláusulas de contenido real son las que constan en el párrafo primero del nuevo artículo 12. Es decir, solamente tiene trascendencia real el importe principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, junto con la identificación de la obligación garantizada, pero las cláusulas de «vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» tienen contenido obligacional (42). Se trata de una afirmación en el vacío como tendremos ocasión de ver.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigente (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los «Vistos» de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación. En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que la calificación que debe efectuar el Registrador, «como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad». Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.ª del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción».

Nada más lejos de la realidad, es algo que está en los preceptos hipotecarios desde el principio: artículos 2 y 9 de la Ley Hipotecaria y especialmente el artículo 9 del Reglamento. Caso en el que hubieren sido inscritos deberá procederse a su cancelación según los artículos 98 de la Ley y 353, pág. 3 del Reglamento Hipotecario. La última afirmación de que además de no calificarse las cláusulas personales tampoco han de hacerse constar en la nota de calificación (o de que el documento ha quedado inscrito, en su caso) supone, además, un cambio de la doctrina establecida anteriormente con las consecuencias que después se verán.

(42) Dice la Resolución de 27 de julio de 2008, recogiendo lo afirmado en las que le han precedido en este tema: *...Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la Ley Hipotecaria)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad erga omnes de tales derechos*

3. Presupuesto lo anterior, el Registrador solamente ha de calificar aquello a lo que se refiere el párrafo primero del citado artículo 12. Todo lo demás queda fuera de su control y, en principio, no debería inscribirse (43).

4. Ahora bien, por excepción y por resultar aconsejable para el tráfico jurídico, el legislador ha establecido que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado accedan al Registro de la Propiedad cuando se trate de hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a las que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo. La forma de hacerse constar es «*en los términos que resulten de la escritura de formalización*», lo que se interpreta por la Dirección que equivale a simple transcripción (44).

Cuando se realiza transcripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, no es posible hacer calificación alguna de las mismas, ni tan siquiera puede el Registrador apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas (45).

reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. / Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título.

(43) *...lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad (...), 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...*

(44) *...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 art. 12 de la Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente...*

(45) *...En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas...*

5. Aquello que siendo personal se ha transcrito, no goza de los efectos sustantivos derivados de la publicidad registral, sino que solamente se trata de una «publicidad noticia» (46).

6. Y como conclusión de todo ello, si el Registrador no se atuviera a estos límites estaría excediéndose en su función y por aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se trataría de un acto proveniente de un funcionario material y objetivamente incompetente, sería nulo de pleno derecho (47).

(46) ...y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real...

(47) Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria), no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.

No por evidente, debe recordársele a la funcionaria calificadora que, como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho como declara el artículo 62.1.b) de la citada LRJPAC cuando sostiene que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ...b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia».

En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia— ese ámbito de actuación funcional sólo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que, tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al registrador no sólo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa —posteriormente, se analizará la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007— y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, sólo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no sólo es que per se el registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el supuesto del derecho real de hipoteca, esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico real inmobiliaria.

Estos son los principios que han sido sentados por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. A continuación vamos a someter su argumentación a un análisis crítico (48).

III. OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL

La primera objeción que puede hacerse es que la argumentación que da la Dirección General para llegar a la conclusión a que llega es muy escasa y, además, falta a los elementales criterios hermenéuticos establecidos por el Código Civil en el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, apoyarse en la sola letra (confusa como hemos visto) para sostener que existe un cambio en el ámbito de la calificación del Registrador, que se ha alterado el contenido real y personal del derecho de hipoteca y que se ha cambiado la eficacia del Registro (por lo menos para el derecho de hipoteca), es forzar demasiado dicha letra. Ello se pone de manifiesto con claridad si comparamos el texto del antiguo y del nuevo artículo 12 (49). De los términos del nuevo precepto no sale todo eso que la

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal relativa a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran «ventilar y contender entre sí acerca de la validez o utilidad de los mismos títulos» a los Tribunales de Justicia, ya que sólo a éstos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique.

Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador.

(48) Para el comentario crítico de dicha Resolución, vid. el trabajo de Fernando CANALS BRAGE, *La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 de la Ley Hipotecario reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)*. Pendiente de publicación.

(49) Decía el artículo 12 de la Ley Hipotecaria antes de la modificación: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieren estipulado».

Dirección General dice. De una manera más precisa, diremos que caben dos grandes reproches de carácter general:

A) La interpretación de un precepto no puede hacerse en forma tal que se llegue a una conclusión que sea coincidente con una enmienda que haya sido rechazada en el trámite parlamentario. Ello equivale a tomar los *antecedentes legislativos* precisamente en la forma en la que no ha de hacerse. Es decir, si durante la tramitación parlamentaria es rechazada una enmienda que pretendía que en el Registro de la Propiedad se hicieran constar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado sin calificación registral, lo que no puede hacerse es llegar por vía de interpretación a algo que el legislador ha rechazado. Eso es lo que ocurre en este caso concreto en donde se rechazó una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista que iba en los términos que acabamos de exponer.

B) La segunda objeción general es que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria no ha sido modificado. Por lo tanto, un precepto particular (el art. 12) podrá concretar o precisar una norma general, pero lo que no puede hacer es cambiar un sistema (50).

IV. CONTRA ARGUMENTACIÓN A CADA UNO DE LOS PUNTOS EN LOS QUE SE BASA LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1. SEPARACIÓN DE LO PERSONAL DE LO REAL

Ya se dicho más arriba que antes de calificar la validez de aquello que ha de acceder al Registro hay que realizar una actividad de separar lo real de lo personal. Ello es una exigencia del sistema hipotecario español, no una novedad introducida por la Dirección General. Pero es que además dicha actividad en sí misma ya es una calificación. No debemos olvidar los fuertes efectos que se consiguen con el acceso al Registro de la Propiedad, por lo que si tenemos en cuenta que en nuestro sistema las partes pueden determinar el contenido de los derechos reales siempre y cuando exista causa justificativa para ello y no se sobrepasen los límites estructurales del aprovechamiento y disposición del dominio (art. 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario), resultará que para los particulares no es indiferente el que determinada cláusula sea calificada como personal o real. En el primer caso no accede al Registro y no puede ser opuesta a terceros.

(50) En este caso nada menos que la voluntad de las partes para dotar de eficacia real o no a ciertas cláusulas, la calificación registral, sus efectos, el contenido de los asientos del Registro y el título para la ejecución (en este último caso acudiendo también al nuevo art. 130 de la Ley Hipotecaria).

Por lo tanto, una cosa es que las cláusulas personales ajenas a la obligación garantizada queden fuera de la calificación y nada haya de decirse respecto de ellas y otra cosa muy distinta es que determinados pactos sean rechazados en contra de la voluntad de las partes por la razón de que no se reúnen los requisitos necesarios para darles transcendencia jurídico-real. En este segundo supuesto sostener como hace la Dirección General que se trata de estipulaciones o pactos que no sólo es que no se califiquen sino que tampoco se dirá cosa alguna en la nota de calificación (o de despacho o inscripción) es incurrir en un gran error. Es privar a los particulares de la posibilidad de recurrir para poder lograr aquello que pretenden (51), es atribuir al Registrador una facultad arbitraria en su actuación (52) y, en definitiva, provocar la más absoluta indefensión.

Afortunadamente frente a tan altisonantes palabras de la Dirección General, la práctica nos demuestra lo contrario. Es verdad que cuando se trata de estipulaciones que son totalmente ajenas a la obligación garantizada (53) no se inscriben por ser puramente obligacionales y, además, nada se hace constar en la nota de despacho. Pero cuando se trata de estipulaciones que aunque sean personales las partes pretenden que determinen el contenido de la obligación y el alcance de la garantía hipotecaria, es necesario calificarlas y en el supuesto en el que no cumplan los requisitos necesarios para ser inscritas habrá que decir que aunque válidas entre las partes (art. 1.255 del Código Civil) no acceden al Registro de la Propiedad.

2. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA NO CONTIENE LA AFIRMACIÓN DE QUE LO QUE SE MENCIONA EN SU PÁRRAFO PRIMERO SEA LO ÚNICO QUE EN EL DERECHO DE HIPOTECA TIENE TRANSCENDENCIA REAL

Ya hemos visto como la Dirección General de los Registros y del Notariado parte de una postura de principio: de la dicción del artículo 12 y de su estructuración en dos párrafos llega a la conclusión (¿por qué?) de que se distingue entre lo real (el párrafo primero) y lo personal (el párrafo segundo). Hemos dicho que es una afirmación en el vacío. Y lo es porque no se da ni un solo argumento. Pero además es errónea porque:

(51) Cfr. artículos 19 bis, 322, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria. Solamente pueden recurrirse extremos concretos de la nota de calificación en los que se haya hecho constar la causa impeditiva, suspensiva o denegatoria, ordenada en hechos y fundamentos de derecho.

(52) Bastaría sostener que algo es de naturaleza personal para rechazar su inscripción sin necesidad de justificación alguna.

(53) Una estipulación que se refiera al poder que se concediera por una de las partes a otra, por poner un ejemplo de cláusula frecuente.

- Se confunde el significado del párrafo primero: si se compara con el anterior artículo 12 (v. *supra*) no existen grandes diferencias según vimos, de tal manera que la interpretación correcta es la misma que la doctrina mayoritaria ha venido dando al anterior precepto, o sea, la expresión del importe asegurado, los intereses pactados en su caso y la identificación de la obligación garantizada no es sino el mínimo que ha de contener el asiento de inscripción (54). Ello no significa que todas las demás estipulaciones o pactos sean personales. Lo serán o no en la medida en que las partes lo deseen y cumplan los requisitos para ello.
- La propia normativa nos pone numerosos ejemplos de pactos que han de hacerse constar en la inscripción de la hipoteca (además de lo que dice el art. 12) y que no son ni financieros ni de vencimiento anticipado y que no creemos que la Dirección General diga que han de rechazarse o no calificarse por ser personales. Como ejemplo pueden citarse los siguientes (55): *a*) pactos relativos al crédito (limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados —art. 140 LH—, cláusulas de estabilización —art. 219 del RH—, sobre la distribución del crédito o de la responsabilidad hipotecaria —arts. 119 y sigs. de la LH—, la asunción de deuda en caso de venta de la finca hipotecada —art. 118 de la LH—); *b*) pactos relativos a la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113 de la LH); *c*) pactos sobre modificación del rango hipotecario (arts. 227 y 241 del RH); *d*) pactos sobre la ejecución del bien hipotecado (art. 129 de la LH, 682 —tasación, domicilio a efectos de notificaciones—, 690 —administración y percepción de rentas—, y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —determinación del saldo deudor—); *e*) cabe añadir en esta enumeración no exhaustiva (56) a los pactos sobre duración de la hipoteca (arts. 82 y nuevo 153 bis de la LH).

(54) Esta idea se refuerza con el argumento que da VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, en *Comentario a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008*, pendiente de publicación: el artículo 12 de la LH está colocado sistemáticamente en el grupo de artículos relativo a las circunstancias de las inscripciones (núms. 9 a 14), mientras que la calificación se encuentra regulada por los artículos 18 a 20.

(55) Siguiendo la sistemática de Vicente GUILARTE ZAPATERO, «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de garantías en la contratación inmobiliaria*, Tomo II, Garantías Reales, vol. 2, pág. 112 y sigs., Madrid, 1996.

(56) Fernando CANALS BRAGE, *ob. cit.*

3. LA AFIRMACIÓN DE QUE TODAS LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TIENEN SOLAMENTE ALCANCE OBLIGACIONAL ES ERRÓNEA

Las razones que damos para sostener que dicha afirmación es errónea son las siguientes:

A) Supondría (57) que la Ley 41/2007 ha venido a modificar, sin decirlo, el principio de *numerus apertus* en la determinación del contenido de los derechos reales (art. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento). La Dirección General estaría afirmando, en contra de los preceptos legales, que la libertad de los particulares no puede llevar a que las cláusulas financieras ni las de vencimiento anticipado puedan quedar integradas dentro del contenido del derecho real de hipoteca por haberlas excluido el legislador de tal contenido que queda reducido solamente al párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

B) La mayor parte de las cláusulas financieras determinan el contenido de la obligación (párrafo primero del art. 12 de la Ley Hipotecaria) y es por ello que tienen trascendencia real. Aunque se trate de derechos personales en la medida en que determinan el alcance de la garantía real se hacen constar en el Registro de la Propiedad. Y en esa medida, es decir, precisamente porque determinan el alcance de la garantía, tienen trascendencia real y han de ser calificadas. Cláusulas financieras serán aquellas que como tales sean configuradas por las partes y aquellas otras que ya han sido catalogadas así por la normativa: las que se mencionan en el Anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (58).

C) Por lo que refiere a las cláusulas de vencimiento anticipado, antes de la reforma realizada por la Ley 41/2007, ya se inscribían cuando reunían el doble requisito de tener trascendencia real y ser calificadas como válidas, es decir, que no se estén introduciendo sin justificación racional suficiente una agravación de la situación del deudor o hipotecante o un detrimento de la propiedad y, consiguientemente, del tráfico o del crédito territorial. Como consecuencia de ello se produjo prolija jurisprudencia, dando lugar a un largo listado de supuestos.

Por encima de dicho listado podemos recordar lo que la propia Dirección General tiene dicho con carácter general: para que el incumplimiento de una obligación accesoria del crédito se pueda vincular a un vencimiento anticipa-

(57) Fernando CANALS BRAGE, *ob. cit.*

(58) Algún autor critica dicha afirmación por no estar suficientemente argumentada. Así lo hace Javier MANRIQUE PLAZA, «La hipoteca: constitución y cesión», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, *ob. cit.* Pero lo cierto es que el artículo 6 de la citada Orden es lo suficientemente expresivo para que no tengan que darse argumentos adicionales (argumentos que tampoco da este autor).

do con trascendencia respecto a terceros dicha obligación ha de ser objetiva (no depender del arbitrio ni de la voluntad exclusiva de las partes) y equilibrada (que no suponga la ruptura del equilibrio que debe existir entre partes) y, además, debe existir una razón justificativa suficiente para que su incumplimiento provoque el vencimiento anticipado (59).

Por lo tanto debemos plantearnos la siguiente cuestión: si las cláusulas de vencimiento anticipado ya accedían al Registro antes de la nueva normativa y han de seguir siendo objeto de calificación con la nueva, ¿qué ha venido a añadir el nuevo párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria? Pues algo fundamental: es el legislador el que ya toma postura, es decir, queda ya declarado en la Ley que existen razones justificativas para que accedan al Registro; se considera que el solo hecho de que las partes estipulen que el incumplimiento de determinadas obligaciones supondrá el vencimiento anticipado de la obligación, es ya de por sí una causa suficiente para que dicha estipulación tenga trascendencia real, por lo que no puede rechazarse so pretexto de su eficacia entre partes solamente (60). Ello supone que accederán (en los términos que veremos en el apartado siguiente) una serie de cláusulas que no lo hacían antes (por ejemplo, las que hacen referencia a la situación de solvencia del deudor) siempre y cuando cumplan los requisitos de validez necesarios.

4. CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y DEMÁS CLÁUSULAS FINANCIERAS. LA LLAMADA TRANSCRIPCIÓN

Según el repetidamente citado artículo 12 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción: *«Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca (...), en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización»*. La interpretación que se ha hecho desde la Dirección General de los Registros y del Notariado es que ello supone que el Registrador debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas y, además, estas cláusulas ni tan siquiera se puede apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas (v. *supra*). Es decir, la Dirección General no interpreta que la norma se esté refiriendo a la forma en la que dichas cláusulas se hacen constar en el Registro (que son las palabras que utiliza la Ley), sino que considera que el precepto se está refiriendo a algo distinto, a la transcripción, como concepto distinto de la inscripción.

(59) Por todas, Resolución de 2 de octubre de 2006.

(60) En este sentido, CANALS BRAGE, Fernando, *ob. cit.*

¿Y qué es la transcripción? Acabamos de ver que para la Dirección General es un vocablo sustantivo, es copiar sin calificar. Ello supone para quienes siguen estas Resoluciones de la Dirección General, nada más y nada menos, que nos encontramos en el inicio de una nueva fase normativa, nos encaminamos hacia un nuevo Derecho Hipotecario (61) «a partir de la publicidad noticia que desde ahora se instaura en nuestro sistema» (62).

Pero, por mucho que se desee, no hay nada de esto en el texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Solamente está la repetida frase de que «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Frase que se encuentra también en la Exposición de Motivos. Extraer de aquí consecuencias sustantivas es excesivo. Y más si lo que se quiere es que el Registrador no realice calificación alguna. El único motivo explicitado por el legislador es «evitar calificaciones discordantes» (63) no suprimir la calificación.

Ya se ha dicho que no es ninguna novedad el que determinadas cláusulas deban hacerse constar en el Registro de una manera literal. Así está previsto ya en el artículo 51, regla 6.^a del Reglamento Hipotecario para las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden. Y nadie ha extraído de este precepto la conclusión de que tales cláusulas no se califican (64). Además, resulta que el término transcripción (que ni tan siquiera está en la Ley actual) no es nuevo sino que ha sido ya utilizado por el legislador (65). En concreto lo utiliza el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (para la aplicación de la Ley Hipotecaria de 1909), en el modelo IX de «inscripción extensa de hipoteca voluntaria constituida sobre varias fincas situadas en un término municipal en garantía de un préstamo» (66). Ni a la Dirección General de aquella época ni a los comentaristas que se han sucedido durante un siglo se les ha ocurrido llegar a la conclusión de que ello equivalía a no calificación.

(61) Rodrigo TENA ARREGUI, «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario», dentro de la obra colectiva citada *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario...*

(62) Javier MANRIQUE PLAZA, *ob. cit.*, pág. 155. Para este autor como uno de los motivos que han llevado al legislador a admitir que en el Registro se hagan constar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado (lo que no debería haberse hecho) ha sido el hecho de que «ha claudicado ante la presión mediática del argumento exacerbado de la falta de publicidad registral del clausulado de los contratos de hipoteca y para lograr el efecto deseado que, como dice la propia Exposición de Motivos, no es otro que evitar calificaciones discordantes, ha optado por hacer tabla rasa y ordenado su constancia en el Registro de esta forma para evitar precisamente que este clausulado sea calificado y se produzcan discordancias».

(63) V. *supra* el texto de la Exposición de Motivos en nota 36.

(64) Esta redacción proviene nada menos que del Reglamento de 1869.

(65) CANALS BRAGE, *ob. cit.*

(66) En este modelo, después de hacerse referencia a la finca, el préstamo y sus condiciones fundamentales, se dice: «...Este contrato se ha celebrado con las estipulaciones siguientes: (...) añadiendo la condición que se transcribe...».

Por si fuera poco lo anterior, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril (67). Se dice en ella (68) que el sistema de inscripción es el que impera en España, lo que significa que el documento, en virtud del cual se practica un asiento registral, agota sus efectos al servir de base para la calificación e inscripción. Y ello es así incluso en los casos en los que el asiento sea simple traslación parcial de los documentos presentados a registrar, pues aún en tales casos se está realizando un acto con vida jurídica propia y producción autónoma de efectos (69).

De lo que llevamos dicho hasta ahora resulta que (en contra de lo que se dice desde la Dirección General) las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado no tienen que ser necesariamente personales (lo que las dejaría fuera de la calificación en sentido estricto), el legislador ordena que accedan al Registro y la forma en que han de reflejarse en la inscripción en los términos en que constaren en el título. La diferencia con la anterior situación se encuentra en lo que se ha dicho antes: el Registrador no puede realizar una calificación que lleve a rechazar el acceso so pretexto de que no formen parte de la obligación garantizada (las financieras) o porque se tratare de obligaciones totalmente ajenas a la obligación principal (las de vencimiento anticipado). A partir de aquí ha de realizarse la calificación y habrán de rechazarse aquellas estipulaciones que, con independencia de lo anterior, vulneren el ordenamiento

(67) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, *ob. cit.* Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia, núm. 1.080/90, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

(68) A propósito del Registro Mercantil, pero es aplicable con mayor claridad al de la Propiedad.

(69) «En efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”, en expresión reiterada del RRM, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial e incluso íntegra, de los documentos presentados a registro; es más, en algunos relevantes casos —estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.— (...). Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento (...) Y, por fin, lo que es más relevante, aun en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 RRM), no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (arts. 7 a 9 RRM). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos».

jurídico. Puede ponerse un ejemplo de cláusula financiera y otro de vencimiento anticipado que claramente son objeto de calificación (70):

- Los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007 establecen unos límites para las comisiones para los supuestos de cancelación (compensación por desistimiento y por riesgo de tipo de interés se le llama): ¿deben admitirse cláusulas financieras que los vulneren? Claramente que no, si se tiene en cuenta los términos imperativos en los que se manifiestan los artículos citados (71).
- El artículo 107.3.º de la Ley Hipotecaria sigue diciendo que no es válido el pacto de no volver a hipotecar (72). ¿Es que dicho precepto ha sido modificado sin que nos hayamos dado cuenta? No lo parece en absoluto. No hay argumentación suficiente derivada del nuevo artículo 12 de la Ley Hipotecaria para que no siga prevaleciendo lo que decía la Exposición de Motivos de 1861: tal pacto no tiene interés para la seguridad del crédito, es contrario a la constitución de nuevos créditos hipotecarios y carece de toda justificación racional.

5. LA PUBLICIDAD NOTICIA NO EXISTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSCRIPCIONES DE HIPOTECA

Todos los planteamientos que hasta aquí ha venido haciendo la Dirección General, le llevan de manera inevitable a concluir (para no incurrir en contradicción consigo misma) que las cláusulas que no se califican no llevan a un quebranto del sistema porque solamente producen efectos de publicidad noticia. No sabemos qué es, en la inscripción de hipotecas, dicha publicidad noticia, pero imaginamos que se nos quiere decir que no le serán de aplicación los preceptos fundamentales que se refieren a la eficacia de lo inscrito y

(70) Los ejemplos se ponen sin entrar en el tema de la calificación de las condiciones generales de contratación.

(71) De auténtica prohibición de cobro por encima de los porcentajes establecidos lo califica la Exposición de Motivos de la Ley.

(72) La misma Ley 41/2007 ha modificado la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión en su Disposición Final Tercera, que ha pasado a decir: «Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar». Ponemos este ejemplo y no el del supuesto de vencimiento anticipado en caso de enajenación de la finca (arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria) porque en este trabajo sólo defendemos el que existe calificación, pero no se trata de analizar los distintos pactos. En este caso habría que hacer muchas más matizaciones y ver si sería admisible o no el vencimiento anticipado (nunca la prohibición) en el caso en el que la relación de crédito se hubiere establecido en consideración a un deudor concreto.

que parten de la presunción de validez y exactitud (art. 38 de la Ley Hipotecaria) (73). Nada de esto dice el artículo 12 de la Ley.

El único precedente que existe de «publicidad noticia» es el que se contiene en la legislación urbanística (74). Hace ya tiempo que tuve ocasión de ocuparme del tema (75) y sobre el mismo lo que puede afirmarse es lo siguiente:

1. Para que pueda decirse que el Registro publica algo con efectos de «publicidad noticia» (como algo distinto a publicidad con efectos sustantivos) debe tratarse de una materia que no sea la que corresponde al ámbito del Registro de la Propiedad, ya que en otro caso se producirían los efectos normales.
2. Se trata de coadyuvar en el conocimiento de la situación de los inmuebles, posibilitando que se conozcan situaciones o limitaciones que afectarán a los terceros con total independencia de que el Registro lo publicara o no.
3. Los efectos tienen que estar legalmente señalados.

Nada de esto ocurre en el caso que analizamos. Las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado determinan el contenido de la obligación garantizada y por lo tanto determinan el alcance de la garantía, es decir, tienen trascendencia real; si no se hicieran constar en el Registro no podrían ser oponibles a terceros y, por último, no hay ningún precepto que diga que la constancia de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se inscriben solamente con los limitados efectos de publicidad noticia.

Si se mira la cuestión desde la perspectiva de la ejecución, la conclusión es la misma. Es decir, ¿es que el acreedor hipotecario no podrá pedir nunca el vencimiento anticipado de la obligación en virtud de una cláusula inscrita

(73) Dice Francisco de P. BLASCO GASCÓ en *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario* (Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008): «¿qué publicidad es ésta que tiene efectos de “mera noticia”? ¿Significa que la inscripción de las cláusulas financieras no tendrá eficacia real y no serán oponibles a terceros? Y si es así, ¿por qué o para qué se inscriben? ¿Se tratará de meras menciones?» Estas preguntas ponen de manifiesto el sin sentido al que lleva la postura de la Dirección General.

(74) Disposición Adicional Décima de la Ley 8/1990, que posteriormente pasaron a ser los artículos 307 a 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarados vigentes por el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia de 20 de marzo de 1997). A su vez se desarrollan en los artículos 73 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

(75) PRETEL SERRANO, Juan José, «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo», dentro del libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. También en «Aspectos notariales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, págs. 230 y sigs., 1993.

cuando la finca haya sido vendida porque sus efectos son solamente de «noticia»? ¿O por lo menos porque no gozan de presunción de validez al no haber sido calificadas? En ningún precepto se dice tal. Ni tampoco han sido modificadas las causas de oposición a la ejecución (arts. 695 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero recordemos también lo que ha dicho el Tribunal Constitucional (sentencia en recurso de amparo 41/1981, de 18 de diciembre) a la hora de reconocer la constitucionalidad de las especialidades para la ejecución hipotecaria: los procedimientos de ejecución hipotecaria con limitada oposición son válidos, no sólo porque existe la posibilidad de acudir al juicio declarativo ordinario, sino también porque existen garantías derivadas de la escritura y de la inscripción que ha sido realizada (76).

(76) Llegamos a un punto en donde se pone de manifiesto que la postura de la DGRN lleva a consecuencias absurdas. No pasará de ser anecdótica porque entendemos que la realidad será más sensata y antes o después todo volverá a su cauce. Pero lo preocupante es que la línea jurisprudencial seguida responde a unos objetivos que son el reforzamiento de los efectos de la escritura pública a costa de la disminución del control registral.

En efecto: ¿cómo resolver el dilema de provocar el vencimiento anticipado de la obligación e instar la ejecución en virtud de una cláusula que no ha podido ser calificada ni aún en los casos en los que vulnerara normas imperativas? La respuesta necesita de dos argumentos:

- 1. La inscripción de la hipoteca no es constitutiva (lo que se pretende apoyar en la nueva redacción del art. 130 de la LH).
- 2. Se afirma que las cláusulas ya han sido controladas por el Notario (así se opina en el citado libro *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario...* Por todos sirva la cita de Rodrigo TENA, *ob. cit.*, pág. 39 y sigs.: «...no hay más remedio que reconocer que el único mecanismo subsistente para equilibrar mínimamente un escenario tan desequilibrado como el anteriormente descrito es el notarial. (...) únicamente un asesoramiento jurídico imparcial en el momento de contratar, que garantice un consentimiento informado, puede paliar en parte este desequilibrio. Aquí no se trata sólo de lo que es legal o ilegal, sino de informar del alcance y trascendencia inter partes de las cláusulas propuestas. Para cumplir este objetivo, el Registro es simplemente inútil. (...) Por el momento, en materia hipotecaria no hay otro título que el documento público notarial. La responsabilidad que ello implica para el notariado es evidente, por cuanto se convierte en el único controlador efectivo, en beneficio de la parte débil y de los terceros (...) ...el notario asume en exclusiva una función fundamental de control de fondo de un documento al que su intervención va a dotar de carácter ejecutivo».

No podemos desarrollar en extenso estos puntos porque nos llevaría más allá del tema que estudiamos. Solamente cabe decir que tristemente parece que estamos volviendo a una discusión de hace cien años entre Joaquín COSTA y LA RICA, cuando el segundo le precisó al ilustre polígrafo que notarios y registradores tienen un ámbito distinto de actuación, ya que una cosa es recibir y documentar la voluntad de los particulares de acuerdo con la legalidad y otra cosa es dar eficacia frente a terceros a un negocio que sólo tiene efectos *inter partes*. Pero al menos sí debemos decir en contra de los dos anteriores puntos lo siguiente:

- 1. Hay otros artículos además del 130 de la LH y los de la LEC de donde se desprenden el carácter constitutivo de la inscripción (arts. 1.875 del Código Civil y 145 de la LH). Y ¿qué se saca con decir que lo constitutivo es la escritura? Pues nada. Ya sabemos que es en el momento del otorgamiento cuando deben darse los requisitos para la validez del

6. CUANDO EL REGISTRADOR CALIFICA LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO NO INCURRE EN NULIDAD POR APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es la conclusión a la que llegamos (contraria a la que llega la Dirección General). Cuando el Registrador está calificando, no está realizando un acto administrativo (v. *supra*). Este argumento ya sería suficiente por sí mismo. Pero además hemos dicho que la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado es competencia del Registrador en los términos que han quedado expuestos. La calificación podrá ser equivocada pero nunca nula.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL-QUIRÓS, José Tomás: Presentación del Libro «Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia». Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario* (Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008).
- CANALS BRAGE, Fernando: *La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 de la LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)*. Pendiente de publicación.

negocio. Pero sin inscripción no se producen los efectos característicos del derecho real (M. PEÑA, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 141).

2. En cuanto al control notarial de las cláusulas que forman parte del contenido de la escritura de hipoteca, del mismo sólo se deriva una presunción de licitud (art. 143 —antiguo 145— del Reglamento Notarial). La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios presupone que lo que debe hacerse es informar y advertir al particular. Y además, recordemos que se trata de documentos cuyas cláusulas han sido redactadas por las entidades de crédito y la minuta se presenta al notario para su autorización. ¿Alguien se imagina que el notario va a negar la autorización porque considere que alguna cláusula no cumple los requisitos legales, es oscura o abusiva? Algún supuesto hay y conozco, pero en la generalidad de los casos no es así, dado que estamos en un sistema en donde las entidades de crédito (y no los particulares, aunque sean ellos los que tienen derecho a elegir al notario) son las que proporcionan gran carga de trabajo a determinados despachos notariales. Así lo tienen que reconocer incluso aquellos que propugnan el exclusivo control notarial de la legalidad, como Ricardo TENA (*ob. cit.*, pág. 42): «...Pero sería ingenuo desconocer que este último control [el notarial] se encuentra también bajo presión... (...) para que el notario esté en condiciones de desempeñar su fundamental misión de asesoramiento y control de legalidad es imprescindible que la configuración institucional de la profesión facilite su tarea».

- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Análisis histórico de la calificación registral*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre «Registros y Seguridad Jurídica», 9 y 10 de mayo de 1994, publicada en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 55, junio de 1994. Recogida dentro del libro «La calificación registral», 2.ª ed., 2008, recopilación del mismo autor citado, Tomo I.
- *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, 2.ª ed., 1991.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de garantías en la contratación inmobiliaria*, Tomo II, Garantías Reales, Vol. 2, Madrid, 1996.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «La hipoteca: constitución y cesión», dentro de la obra colectiva: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado y Consejo General del Notariado.
- PAZ-ARES, Ignacio: «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)», dentro de la obra colectiva: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., Madrid, 2001.
- PRETEL SERRANO, Juan José: «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», dentro del *Libro homenaje a Antonio Ipiens Llorca y Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad.
- «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo», dentro del libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. También en «Aspectos Notariales y Registrales de la reforma de la Ley del Suelo», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXII.
- SARMIENTO RAMOS, Juan: «Las relaciones entre la doctrina de la DGRN y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», dentro del *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*. Colegio de Registradores de la Propiedad.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado y Consejo General del Notariado.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: *Comentario a la Resolución de 24 de julio de 2008*, pendiente de publicación.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL

Desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, la calificación de la legalidad de los documentos sujetos a inscripción se ha entendido por el legislador como requisito imprescindible para que el Registro de la Propiedad produzca sus efectos. Dicha calificación justifica también la existencia de un procedimiento para su impugnación.

Esta calificación, por su peculiaridad, no puede considerarse que sea un acto administrativo. El servicio público que cumple la institución registral y la aplicación en algunos puntos de normas del procedimiento administrativo no son argumentos que desvirtúen la peculiaridad del sistema establecido, que puede ser considerado como una actividad cuasi-jurisdiccional.

La calificación se extiende a todo aquello que va a ser objeto de publicidad, sin que la nueva normativa que ha modificado determinados preceptos de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción de hipotecas sea suficiente para alterar el sistema establecido. La interpretación que se ha propugnado desde la Dirección General de los Registros y del Notariado, sosteniendo la no calificación de cláusulas financieras o de vencimiento anticipado, es errónea.

ABSTRACT

DOCUMENT SCRUTINY

Ever since the first Mortgage Act was enacted in 1861, legislators have seen the scrutiny of registrable documents to confirm their legality as a vital requirement in order for the property registration system to have the effects it is supposed to have. Scrutiny is also the reason why there is a procedure for challenging registrars' findings.

Because of its unique features, the kind of scrutiny a registrar subjects documents to cannot be regarded as an administrative act. The public service that registration performs as an institution and the application of rules of administrative procedure at some points of registration do not constitute enough of an argument to override the uniqueness of the system, which may be regarded as a quasi-jurisdictional activity.

Anything that is going to be reported publicly is scrutinised. The new rules amending certain terms of the Mortgage Act in matters of mortgage registration are not sufficient to change the established system. The interpretation that the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has advocated, upholding that financial clauses and clauses on early maturity are not to be subjected to scrutiny, is mistaken.

(Trabajo recibido el 20-11-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)