

La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA CALIFICACION REGISTRAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD DEL CIUDADANO.—II. LA FUNCION REGISTRAL Y SU INSERCIÓN CONSTITUCIONAL.—III. LA FUNCION REGISTRAL, LA SEGURIDAD DEL TRAFICO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO.—IV. FUNDAMENTO DE LA CALIFICACION REGISTRAL.—V. LA FUNCION REGISTRAL Y EL NOTARIADO.—VI. EL TOPICO DE LA DOBLE CALIFICACION.—VII. LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA FORMA Y LA PUBLICIDAD.—VIII. INCIDENCIAS RECIPROCAS DE LA PUBLICIDAD Y DE LA FORMA: LA LEGISLACION REGISTRAL DA PLENOS EFECTOS, A TRAVES DE SUS PRINCIPIOS, AL DOCUMENTO NOTARIAL.—IX. REFERENCIA A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.—X. LA FUNCION DE LA CALIFICACION REGISTRAL EN LA PRACTICA COMO COLABORADORA DEL PARLAMENTO: PRINCIPALES MANIFESTACIONES.

I. INTRODUCCION: LA CALIFICACION REGISTRAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD DEL CIUDADANO

La calificación registral y sus consecuencias legales que son al mismo tiempo fundamento de ella, como son las presunciones de exactitud de la legitimación y de la fe pública registral y el cierre registral, el tracto sucesivo y la especialidad, no son meros conceptos abstractos de Derecho Inmobiliario, sino que responden a una realidad que se vive en la práctica y que se refleja en la seguridad jurídica que precisan los ciudadanos, aunque parezca que no se nota porque es el aire en que jurídicamente se vive.

Todas las personas realizan inversiones, sea de bienes en propiedad o derechos reales o personales limitados, en ocasiones, la única inversión

(*) Se recoge en este estudio el texto de dos conferencias pronunciadas, una en Madrid, en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y otra en Barcelona, en la Delegación de los Registradores de Cataluña, en el mes de mayo de 1994.

o la más importante de su vida. Por ello, necesitan la plena seguridad de que la adquisición del inmueble —de tanto valor hoy día—, está adornada de legalidad y no va a ser impugnada fácilmente ante los Tribunales.

Eso es seguridad jurídica. Si carecen de ella, las personas vivirán inquietas y no podrían dormir tranquilas. Tan importante como la seguridad ciudadana es la seguridad jurídica inmobiliaria.

Pues bien, en aquellos tiempos remotos de escasa circulación de bienes en que todavía no se había inventado el Registro, los ciudadanos contaban con una institución, que les permitía obtener cierta seguridad. Era la llamada *in iure cessio*, en virtud de la cual, el comprador de una finca fingía tener un pleito con el vendedor, acudiendo ambos al Juez para que dictara una sentencia ante la falta de oposición del vendedor. El comprador obtenía sentencia favorable y de ese modo obtenía también seguridad jurídica (1).

Los pueblos germánicos primitivos idearon una institución más próxima a la moderna publicidad registral, a través de la *Gewere* y de la *Aufflassung*, es decir, con la «Investidura» que producía confianza en la apariencia, con importantes efectos ofensivos, defensivos y traslativos, base del principio contrario al *Nemo dat quod non habet* del Derecho Romano, que se trataba de superar, y que constituyen la base del moderno Registro de la Propiedad en el sistema alemán y en los que le siguen, como el español. Esa *Gewere* se producía antiguamente por actos simbólicos, numerosos testigos y abundantes y variadas muestras de publicidad.

En los tiempos modernos, de ininterrumpido tráfico de bienes, no es posible que todos y cada uno de los ciudadanos acudan al Juez en vía no contenciosa para obtener una *in iure cessio*, ni que puedan realizar todos los actos simbólicos de la antigua investidura germánica, pues no es posible acudir en cada momento al Juez para que dicte una sentencia sobre legalidad de adquisición no controvertida de momento, para que así permitiera dormir tranquilos a los compradores en previsión de futuros conflictos.

Ni eso es posible hoy día es función propia del Juez resolver todos esos problemas diarios de los ciudadanos en que no hay controversia ni contención entre los particulares. Aparte de que no sería posible que el Juez realizase una *in iure cessio* por habitante, tampoco se resolvería el problema, pues la multitud de *in iure cessio* producidos podrían entrar a su vez en conflicto unas con otras y necesitarían el órgano de control de otro funcionario. Es lo que ocurre actualmente incluso con las sentencias judiciales en la vía contenciosa, en que a pesar de haber obtenido la máxima seguridad jurídica desde el punto de vista de la intensidad con una sentencia favorable, si ésta no se publica en el Registro no puede afectar a tercero,

(1) En este sentido, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, en su libro *El Registro de la Propiedad en el Sistema de Seguridad Jurídica en España*, pág. 21.

pues los pleitos sólo tienen efecto entre las partes que contienen y sus herederos.

Se necesitaba, por tanto, una Institución, cuyos efectos, si bien no fueran tan intensos como la sentencia judicial (cosa juzgada), tuviera efectos más extensos que la misma (*erga omnes*), para conseguir plena seguridad jurídica inmobiliaria.

Por ello, el legislador ha creado desde hace mucho tiempo la Institución del Registro de la Propiedad y la figura del Registrador de la Propiedad, para que a través de la calificación realice un control de legalidad de los documentos que permita aplicar las presunciones de exactitud que den tranquilidad a los ciudadanos, sin perjuicio de que en vía contenciosa se pueda acudir a los Tribunales de Justicia, pero entre tanto, los propios asientos registrales quedan bajo la salvaguardia de los propios Tribunales, según establece el artículo 1 párrafo tercero de la Ley Hipotecaria, que es uno de los preceptos fundamentales del sistema.

En tal sentido, la calificación registral es un instrumento fundamental del legislador para ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos y como Institución colaboradora del Parlamento y de los propios Jueces y Tribunales.

II. LA FUNCION REGISTRAL Y SU INSERCIÓN CONSTITUCIONAL

La función registral, que es una de las piezas fundamentales del sistema de seguridad jurídica, cobra especial relieve a partir de la Constitución, y se inserta en ella a través de varios preceptos constitucionales.

A) *En primer lugar, a través del principio fundamental de la seguridad jurídica reconocido en el artículo 9 de la Constitución.* Este artículo establece: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

La lectura de este artículo puede producir a primera vista cierta perplejidad, pues se citan toda una serie de valores o principios que en realidad son todos ellos manifestaciones de la seguridad jurídica y luego, entre medias, se habla de seguridad jurídica, cuando como razona MEZQUITA DEL CACHO (2), existe una seguridad jurídica general, de la que son manifestaciones de legalidad, la jerarquía normativa, etc., y no a la inversa, por lo que más bien debería haber terminado diciendo: «Y demás aspectos de la seguridad jurídica».

(2) En su libro sobre *Seguridad Jurídica Preventiva y Derecho Cautelar*.

Ahora bien, esta forma de expresarse el texto constitucional puede ser significativa de que se quiere recalcar específicamente algo más que toda esa serie de valores fundamentales derivados de la seguridad jurídica, y así RAMÓN TAMAMES (3) ha destacado que la noción de seguridad jurídica en el artículo 9 sería la de la esfera privada en asuntos tales como los registros públicos y los documentos notariales.

En todo caso, aún entendiendo como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencias 15/81, de 7 de mayo, y 27/81, de 20 de julio, que la seguridad jurídica aún siendo suma de los restantes principios enunciados en el artículo 9.3 no se agota en esa adición, pues si se agotará en la adición de estos principios, no hubiera precisado ser formulada expresamente, en todo caso, de aquí se deriva que dentro de su contenido se comprende la seguridad jurídica inmobiliaria del tráfico jurídico.

A este propósito, es fundamental traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, que después de señalar la prevalencia en el plano de los derechos reales del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sobre el artículo 878.2.º del Código de Comercio, relativo a la de la quiebra, refiriendo este último al aspecto obligacional, concluye diciendo: «Ante esta perspectiva la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)».

Por tanto, dicha sentencia considera que la seguridad jurídica inmobiliaria del artículo 34 LH responde a lo dispuesto sobre seguridad jurídica en el artículo 9 de la Constitución.

Otra sentencia interesante en materia de seguridad jurídica inmobiliaria es la de 11 de noviembre de 1985, también en relación con la retroacción de la quiebra, pero esta vez aplicándolo al torturado artículo 38.2.º de la Ley Hipotecaria, que exige que en toda demanda sobre acciones reales se demande la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, lo que no ocurría en el caso planteado, en que a pesar de estar vigente una inscripción de hipoteca, se pretendía un efecto automático de los efectos de la retroacción de la quiebra. Dicha sentencia alude a «un mínimo de seguridad jurídica», haciendo prevalecer la inscripción mientras no se demande su nulidad o cancelación conforme al citado artículo 38.2.º LH.

Por tanto, el artículo 38.2.º, tan discutido en la propia jurisprudencia responde al «mínimo de seguridad jurídica» que resulta del artículo 9 de la Constitución.

Otra cuestión que hay que analizar a propósito de la seguridad jurídica

(3) En su libro *Introducción a la Constitución Española*, Alianza Editorial, 1980, pág. 27.

inmobiliaria es la inserción de sus características propias dentro de las notas de la seguridad jurídica en general.

Las notas de la seguridad jurídica, como ha destacado MEZQUITA DEL CACHO, son dos:

1.^a *La certeza o certidumbre o ausencia de duda*, que permita una predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes. Certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, Derecho Transitorio, derechos adquiridos. Aplicada esta certeza a la seguridad jurídica inmobiliaria, es necesario que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre y esto se manifiesta en los diferentes principios hipotecarios, fundamenta los que señalan requisitos de la inscripción, y entre ellos, de forma más directa en los siguientes: en el tracto sucesivo, pues da la certeza que supone el apoyo en un titular anterior que ofrece preexistencia del derecho; en la especialidad, que da claridad sobre el historial de la finca y de los derechos; en el de calificación o legalidad, que da certeza sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la adquisición; en el principio de negocio causal, pues con la expresión de la causa, se manifiesta la función controladora y clarificadora de la misma, para la validez de los negocios.

2.^a *La confianza o ausencia de temor*, se señala como segunda nota de la seguridad jurídica en general. Aplicada al Derecho Inmobiliario, se manifiesta en la ausencia de temor y en la confianza en los asientos registrales. A esa confianza van encaminados fundamentalmente los principios que señalan los efectos de las inscripciones, especialmente las presunciones de exactitud de la legitimación y fe pública registral, pues el legislador da protección, sea provisional (legitimación) o definitiva (fe pública registral) a quien confía y se apoya en los asientos registrales.

Después insistiremos en las dos manifestaciones que ofrece la seguridad jurídica inmobiliaria al tratar de la seguridad jurídica del tráfico y de la seguridad de los derechos, enfocándola como «hipótesis de atracción» y o de conflicto, a través de la teoría del Análisis económico del Derecho.

B) *En segundo lugar, la función registral se inserta en la Constitución a través de su artículo 24*, que se refiere a la tutela judicial efectiva, y ello en tanto en cuanto los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales, según establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y por tanto, reciben tutela judicial por parte de los Tribunales, y los titulares que figuran en los mismos no pueden quedar en indefensión. Y de ahí que hayan de ser citados, notificados o demandados en los procedimientos dichos titulares registrales y de que numerosas sentencias y resoluciones se refieran a este artículo 24 para evitar la indefensión.

Numerosas resoluciones DGRN aluden en los últimos tiempos al artícu-

lo 24 de la Constitución, bien en los «Vistos» o en los «Fundamentos de Derecho».

Así, podemos citar, entre otras, las siguientes:

A propósito de la retroacción de la quiebra —otra vez la quiebra, porque es la institución que hace ver la naturaleza jurídica de las instituciones, dados los conflictos que se producen con motivo de la misma— entienden que no cabe cancelar inscripciones registrales a favor de terceros en base al auto de retroacción de la quiebra, sin haber sido demandados específicamente en juicio ordinario, las Resoluciones de 20 de enero de 1986, 28 de julio de 1988 y 7 de noviembre de 1990, tal como había señalado la calificación registral. En cambio, la Resolución de 8 de noviembre de 1991 permite una anotación de demanda incidental, rectificando la fecha de retroacción de la quiebra porque figuraba como demandado no sólo el quebrado sino también el adquirente del mismo.

En relación con el recurso gubernativo, reiteradamente se viene señalando que no es el cauce adecuado para la cancelación de asientos registrales, porque están bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero constituye una novedad la Resolución de 18 de enero de 1988, al aludir en este mismo aspecto al artículo 24 de la Constitución, pues se requiere acción en juicio declarativo ordinario conforme el artículo 40 LH.

A propósito de los créditos privilegiados y frente a una pretensión de cancelación incluso de hipotecas anteriores cuyos titulares no habían sido notificados, la Resolución de 29 de abril de 1988 alude al artículo 24 de la Constitución, para evitar que pueda llegarse a tal resolución, confirmando así la nota calificadora del Registrador. De todos modos, aquí la DGRN se muestra demasiado tímida, pues dice que «al menos han de ser notificados», cuando en realidad, para una verdadera defensa de sus derechos, tendrían que ser demandados en el correspondiente procedimiento laboral, pues si el objeto de la demanda es la declaración del carácter privilegiado del crédito en perjuicio de hipotecas y anotaciones anteriores, lo lógico es que sean demandados quienes más interés pueden tener en el asunto para contradecir las alegaciones del demandante, pues el empresario demandado suele estar en estos casos en situación de rebeldía o desinterés y el Juez de lo Social se ha de mover conforme al principio de rogación procesal teniendo en cuenta las alegaciones de las partes demandante y demandada.

Curioso es el caso de la Resolución de 21 de junio de 1991, en que quizá exageradamente, a propósito de un expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, la Dirección General se ampara en el artículo 24 de la Constitución para rechazar tal expediente cuando no hay ruptura de tracto, sino una sucesión de titularidades, pues en tal caso lo que procede es obtener el consentimiento del titular registral o demandarlo en

juicio ordinario. Creemos que el expediente de dominio no se debe limitar a supuestos de plena ruptura de tracto, sino también a aquellos otros en que se carece de título inscribible y no hay contención entre partes, por lo que no vemos necesario acudir al juicio ordinario, sobre todo teniendo en cuenta que dentro del expediente de dominio se regulan las garantías de defensa para los titulares registrales a través de las notificaciones y comparecencias, lo que ha de tener en cuenta el Juez del expediente y también el Registrador al calificar los autos de dichos expedientes.

En fin, la Resolución de 17 de febrero de 1993 en un caso de embargo contra un titular registral que no había sido demandado y que era el Administrador de la sociedad demandada, la Dirección General entiende acertadamente, que no cabe la anotación de embargo al no constar demandado el titular registral en juicio ordinario, sin que puedan debatirse problemas de levantamiento del velo de una sociedad en este recurso.

Hay otros supuestos, aparte de los de las resoluciones de la DGRN, en que interviene la Ley Hipotecaria y el Registro de la Propiedad en relación con el artículo 24 de la Constitución.

Un caso muy señalado es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1988. Se trata de un caso en que aparecían 76 titulares de un solar, y en una demanda dirigida contra ellos fueron demandados con nombres y apellidos individualizadamente 37 titulares registrales, pero los demás fueron incluidos bajo la expresión genérica «y cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la presente demanda». Se acompaña, eso sí, la certificación registral en la que figuraban todos los titulares registrales. El Juzgado de Primera Instancia procedió a los oportunos emplazamientos y, por lo que se refiere a los demandados no identificados individualizadamente en la demanda, lo hizo por edicto publicado en el *Boletín Oficial* de la provincia en que, junto a la referencia a dos herencias yacentes, se emplazaba a «cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la demanda», sin hacerse otra precisión respecto a la identidad de los emplazados, ni sobre el contenido y objeto de la demanda.

El Tribunal Constitucional dice que de lo expuesto se deriva ciertamente que el recurrente que era uno de los titulares **registrales**—no ha sido objeto de notificación personal en su domicilio —que figuraba en la certificación **registral**—, notificación que, de acuerdo con los artículos 264, 266 y 268 LEC y la doctrina de este Tribunal, debería ser el medio usual para el conocimiento, por parte del afectado, de la pretensión frente a él deducida. Consta no obstante, en las actuaciones, que se efectuó un emplazamiento, en forma genérica, mediante edicto; y ello, según lo dispuesto en el artículo 269 LEC, que prevé que, de no constar el domicilio de la persona que haya de ser

notificada, el emplazamiento se haga por cédula que se insertará en el *Boletín Oficial* de la provincia, como se hizo en el caso que ahora se contempla. Pero los términos en que el emplazamiento se realizó no permiten apreciar que, incluso dentro de la reducida posibilidad de conocimiento que ofrece un edicto judicial de este tipo, se ofreciera una oportunidad al hoy recurrente para que tuviera noticia del procedimiento, al omitirse tanto su nombre como el mismo objeto del litigio incoado. Por tanto, hay que concluir que, de aplicarse al recurrente en amparo las resoluciones que se impugnan, se le vendría a causar un perjuicio a sus derechos e intereses sin que haya tenido la oportunidad de personarse en el procedimiento que a esas resoluciones dio lugar, ni de efectuar las alegaciones que estimara convenientes, pues efectivamente el fallo de la Sentencia dictada en apelación, y confirmada en casación, contiene una condena «a los demandados», sin excluir en forma alguna a quienes no fueron expresamente identificados en la demanda.

En cuanto al Tribunal Supremo podemos citar a estos efectos dos sentencias interesantes de contenido diverso entre sí.

En primer lugar, la *Sentencia TS de 6 de junio de 1988* (ponente don GUMERSINDO BURGOS PÉREZ), en la que el actor había dirigido demanda de mayor cuantía contra un demandado para que le entregara el piso y le otorgara escritura pública, dirigiendo la demanda también «contra cualquier persona física o jurídica desconocida e incierta, que pueda estar interesada en la litis» y solicitando las cancelaciones de inscripciones registrales que fueran precisas. No se demandó a un titular registral del piso.

Estimada la demanda por sentencia ya firme, se solicita la ejecución de la misma, y es requerido el condenado que había sido demandado de forma individualizada, sin que contestara, el Juez acuerda el lanzamiento del demandado por providencia, procediéndose al descerrajamiento del piso que estaba desocupado y a la posterior colocación de un candado. Dos días después de tal diligencia, comparece en autos una persona que alega ser el propietario del piso aportando certificación de la inscripción, por lo que el Juez, en virtud de auto, deja sin efecto la diligencia de lanzamiento, auto que es recurrido en reposición, luego ante la Audiencia y luego ante el Tribunal Supremo en casación. Y la citada sentencia del TS entiende que «no es posible pretender despojar de la propiedad y de la posesión de un inmueble derechos presuntamente atribuidos “a todos los efectos legales” al titular registral por el artículo 38 LH, cuando este titular no ha sido parte en la litis, no ha sido condenado en el fallo, ni la inscripción registral practicada a su favor ha sido anulada ni rectificada; lo contrario, pretendido por el recurrente, supondría extender la eficacia de la sentencia a puntos no controvertidos ni decididos en el pleito, violar el principio de cosa juzgada, y en definitiva el artículo 24 de la Constitución; motivos todos ellos más que suficientes para justificar la rectificación de la incorrecta diligencia de

lanzamiento llevaba a cabo antes de conocerse por el Juzgado la titularidad registral del inmueble, cuya inscripción atribuye *ex lege* al señor C la presunción dominical que tanto se cuestiona en el recurso».

La otra sentencia interesante es la de 23 de octubre de 1992, que entiende que no es inconstitucional ni parcialmente la regla 5.^a del artículo 131 LH al prever la notificación en el domicilio pactado que consta en el Registro en la inscripción de hipoteca, sin que tenga que efectuarse en el domicilio real del tercer poseedor que consta en una escritura de compraventa posteriormente inscrita, pues no hay indefensión, dado lo dispuesto en el artículo 130 LH, que permite hacer constar el cambio de domicilio cumpliendo sus requisitos. No hay, pues, vulneración del artículo 24 de la Constitución ni indefensión cuando la propia Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada pueda hacer constar el nuevo domicilio conforme al citado artículo 130 LH.

Consideramos de gran interés decir, como hace esta sentencia, que la Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para evitar la inconstitucionalidad, pues esto puede ser aplicado a los distintos procedimientos, en que siempre se prevén los correspondientes medios de defensa, además del supuesto que contempla dicha sentencia relativo a la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

C) *Otros aspectos importantes de la función registral en relación con la Constitución resultan de los artículos 117.4 y 148.1.8.º de la misma*, que tratamos conjuntamente, pues de ambos resultan notas importantes de la función calificadora registral.

El artículo 117.4 de la Constitución se refiere, una vez tratada en los anteriores apartados del precepto la función jurisdiccional de los Jueces y Tribunales, a la función de garantía de cualquier derecho encomendada por la Ley. Esto interesa a varios efectos:

- a) *En cuanto alude a «funciones de garantía» por parte de Jueces y Tribunales*, encomendadas por la Ley, que no son propiamente «jurisdiccionales». Así se justifican toda esa serie de funciones que realizan los Jueces en relación con materias registrales e hipotecarias, que van desde el procedimiento para acreditar la identidad de la finca (art. 306 RH) hasta el procedimiento para conocer de la minuta de un asiento (art. 258 LH), pasando por las atribuciones de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos contra la calificación, y las demás atribuciones de los Jueces de Primera Instancia en los distintos procedimientos (expedientes de dominio, expedientes de liberación de gravámenes, procedimiento judicial sumario y del artículo 41 LH, en que

partiendo de una inscripción, el Juez procede a la ejecución de la misma, etc.).

Por tanto, la función registral calificadora es una función de garantía de derechos.

- b) *Por otra parte, si existen toda esa serie de funciones de garantía de carácter hipotecario encomendadas por la Ley a Jueces y Tribunales*, se justifica también que exista otra función de garantía encomendada también por la Ley, que es la que realizan los Registradores de la Propiedad, de modo imparcial e independiente en forma similar a la de los Jueces en vía de jurisdicción voluntaria y fuera de la jerarquía administrativa, pues están en juego derechos civiles que quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales.

En este sentido, si la Ley (véase disposición adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial) encomienda a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia la resolución de recursos gubernativos, esa misma función de garantía de derechos todavía no juzgados se encomienda por la Ley a los Registradores de la Propiedad, al calificar los documentos.

- c) *Que estas funciones de garantía sólo pueden ser encomendadas por «Ley» y no por vía de Decreto a órganos que no la tienen actualmente encomendada*. De ahí, que no puede modificarse el ámbito de una función de garantía como es la calificación registral, sino en virtud de Ley, porque en otro caso, se modificarían todos los elementos que intervienen en la calificación, que son actualmente, el Registrador de la Propiedad, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el Juez de Primera Instancia en lo relativo a minutas de asientos, la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por su parte, el artículo 148.1.8.º de la Constitución sirve para complementar esa «función de garantía de derechos» que es la calificación registral, pues ayuda a configurarla como «función de carácter fundamentalmente civil», sin perjuicio de las relaciones que desde el Derecho Civil e Inmobiliario tienen lugar con otras ramas del Derecho. Dicho precepto alude a la «ordenación de los Registros», pero ahora no nos interesa recalcar la competencia del Estado a la que el precepto se refiere, pues esto es claro, sino que además, es materia de Derecho Civil, y esto es concluyente, pues así lo dice la propia Constitución. Obsérvese que, como ya hemos dicho, la ordenación de los Registros, comprende la regulación de los requisitos que presuponen los principios hipotecarios, entre ellos, la calificación registral y sus recursos. Por tanto, no es de Derecho Administrativo, y esto nos lleva a que la función calificadora tampoco es función administrativa, ni cabe el recurso contencioso-administrativo.

La función registral calificadora tiene una naturaleza especial o *sui generis*, según han reconocido importantes tratadistas como JOSÉ LUIS LA-CRUZ BERDEJO, que precisamente se apoya en el citado artículo 117.4 de la Constitución, siendo típica y específica del Registrador, y no se puede reconducir ni a la función jurisdiccional ni a la administrativa.

Pero ha de encontrarse el género de esa institución especial, que no es otro que el de los actos de jurisdicción voluntaria.

Algunos autores, en posiciones muy aisladas, partiendo de un planteamiento actualmente erróneo cual es el concepto residual de Administración, o por no tener en cuenta la verdadera naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, o por no advertir todos los matices y características de la función registral en el sistema hipotecario español, o por pretender limitar el ámbito de su actuación, han tratado de llevar la función registral calificadora a la función administrativa.

Pero la función registral calificadora no es función administrativa, entre otras cosas porque a la Administración, como tal, le son indiferentes las relaciones jurídicas privadas entre particulares en que la Administración no es parte; porque está en juego cuestiones y efectos de Derecho Civil o Mercantil y no de Derecho Administrativo; porque cuando la Administración es titular de bienes patrimoniales o interviene en actos jurídicos lo hace como cualquier particular que ha de someterse al control de la legalidad de un órgano imparcial y distinto de la propia Administración, bajo responsabilidad del mismo y ajeno a la Administración; porque no hay ninguna jerarquía administrativa en las decisiones registrales, sino independencia similar a la judicial; porque los asientos del Registro tienen la peculiaridad de que producen presunción de validez y exactitud y están bajo la salvaguardia de los Tribunales ordinarios de Justicia; porque el artículo 148 de la Constitución considera la ordenación de los Registros como cuestión de Derecho Civil y no administrativa; porque el artículo 117.4 de la Constitución habla de esas «funciones de garantía de derechos» que pueden encomendar las leyes a los Jueces y que no son ni jurisdiccionales ni administrativas, y las leyes a las que se remite dicho precepto constitucional también encomiendan a los Registros su función en relación con la «garantía de los derechos»; porque la doctrina, en su mayor parte, viene asignando a la función calificadora la naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ, Resoluciones DGRN de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 14 de octubre de 1932 y 26 de junio de 1986); porque el recurso contra la calificación registral tiene una tramitación peculiar en todos los países europeos ante órganos judiciales y no administrativos, y porque en España tiene también una tramitación peculiar ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, reconociéndose su competencia en los Estatutos de Autonomía y en

la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial; porque contra las resoluciones de la DGRN, según resulta de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 6 de noviembre de 1954; porque la legislación hipotecaria atribuye a los órganos judiciales civiles importantes competencias en materia registral, que no se explicarían si estuviéramos ante una instancia administrativa; porque el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concede competencia a la jurisdicción civil para conocer sobre la validez o nulidad de inscripciones; porque la reciente reforma procesal de la LEC atribuye a los Registradores funciones de notificación en procedimientos civiles ordinarios, lo que no se explicaría si fuera un mero órgano administrativo, pues sería una intromisión absurda en el procedimiento, etc.

Las notas más relevantes de la llamada «jurisdicción voluntaria», extraídas de los estudios hechos por la doctrina de los autores en relación con los casos existentes en las legislaciones son las siguientes:

1.^a Es una función de «garantía de derechos privados». Ello excluye que se trate de una función de Derecho administrativo, pues el Derecho privado es ajeno al Derecho administrativo.

2.^a Es una función cautelar o preventiva. El ámbito propio de la jurisdicción voluntaria es el de ausencia de contención entre partes, que es lo propio de la jurisdicción propiamente dicha o jurisdicción contenciosa. Se trata de que los particulares puedan acudir a un procedimiento o a unas actuaciones en supuestos carentes de contención o conflicto, pero que previenen y evitan ulteriores situaciones contenciosas.

3.^a Eficacia *erga omnes* del acto; pero, en cambio, su eficacia es mucho menos intensa que la jurisdicción contenciosa, pues no existe cosa juzgada en ella, y precisamente por eso una de las posibilidades es convertir en contencioso el expediente o bien acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener una sentencia sobre la validez del acto. Por tanto, la carencia de cosa juzgada y la neutralización del acto de jurisdicción voluntaria en la vía contenciosa, sin sujeción a plazos, hace que no haya ninguna indefensión para los interesados, pues junto a los recursos propios de la jurisdicción voluntaria, cabe acudir directamente al juicio declarativo ordinario.

4.^a Hace referencia a situaciones jurídicas de Derecho privado, sean de carácter civil, mercantil o registral.

5.^a Atribución de competencias a un órgano independiente de la jerarquía administrativa. Esto es consecuencia de tratarse de situaciones jurídicas de Derecho privado ajenas al mecanismo propio del Derecho Administrativo.

Pues bien, la función calificadora participa de estas notas de función de garantía o de jurisdicción voluntaria, según resulta de los citados artícu-

los 117.4 (función de garantía de derechos no juzgados) y 148.1.8.º (función de carácter civil) de la Constitución: del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser competentes para la validez o nulidad de asientos los Jueces de la jurisdicción civil ordinaria; de la E. de M. de la Ley de 1861, tan importante por ser la primera E. de M., muy extensa y razonada y explicativa de la implantación del sistema inmobiliario registral en España, manteniéndose vigente sus pilares fundamentales, al ser las leyes posteriores, de reforma de la misma; y en esa E. de M. se alude a la idea de «jurisdicción voluntaria» y a la relación de los Registros con los Jueces; de la intervención de los órganos judiciales en materia registral, que son muy numerosas en la Ley y Reglamento Hipotecario (recurso gubernativo, art. 258 LH, 100 a 100 LH, 217 LH; de la intervención de los Registradores en procedimientos judiciales (las ya citadas notificaciones); de los Estatutos de Autonomía, que regulan el recurso gubernativo dentro de la rúbrica de la Administración de Justicia, y concediendo la resolución del mismo a la organización judicial de la Comunidad Autónoma respectiva; de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya citada, etc.

Entroncada con esta cuestión de la naturaleza jurídica de la función registral, como «función de garantía» de jurisdicción voluntaria está la cuestión de la regulación del recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad.

Desde tiempos muy remotos, este recurso se resuelve en primera instancia por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, salvo cuando se trata de materia de regulación propia del Derecho privativo de la Comunidad Autónoma, en cuyo caso corresponde exclusivamente la decisión al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, sin apelación a la Dirección. Esta regulación resulta de los Estatutos de Autonomía, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del artículo 66 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 112 y ss. del Reglamento Hipotecario.

Existen varios problemas a propósito de la regulación de este recurso.

Uno de ellos es el de cómo es posible que por encima de un Presidente de Tribunal Superior de Justicia pueda resolver la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Hay que advertir que originariamente en la Ley Hipotecaria de 1861 resolvían el recurso gubernativo exclusivamente los Regentes de las Audiencias, después de una primera fase ante los Jueces de Primera Instancia. Fue una Orden ministerial de 1864 la que dio lo que se ha llamado por CELESTINO PARDO, «golpe de mano», y con la disculpa de unificar la doctrina, encomendó la instancia superior a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La cuestión se ha planteado recientemente y el Consejo del Poder Judicial ha entendido en resolución o acuerdo de 24 de enero de 1990 que,

conforme a la disposición adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial es adecuado que los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia sigan conociendo del recurso en primera instancia y luego en apelación ante la Dirección General, pues resulta de la Ley Orgánica, y en otro caso, se produciría una diferenciación entre Comunidades Autónomas con derecho privativo y las restantes Comunidades Autónomas.

A pesar de esta consolidación de la Dirección General de los Registros y del Notariado por parte del Consejo del Poder Judicial, por nuestra parte, consideramos extraño que la Dirección General, que es órgano administrativo, pueda resolver por encima de un Presidente de Tribunal Superior de Justicia, anomalía que actualmente carece de justificación, a pesar del prestigio que centenariamente ha alcanzado la Dirección General en las resoluciones de recursos gubernativos. Se impone, desde esta primera perspectiva, una reforma legislativa.

Un segundo problema, planteado a veces en la práctica, es el del órgano judicial que ha de conocer por encima de una resolución de Dirección General de los Registros y del Notariado, pues si no hubiera tal posibilidad de recurso judicial, se produciría indefensión que exigiría una reforma también sobre esta cuestión.

Sobre este tema, que no es ciertamente sencillo, conviene hacer toda una serie de puntualizaciones.

Por una parte, ha de excluirse el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones DGRN, no sólo por la materia, que no es administrativa, sino por la naturaleza del recurso, que no deja de ser un examen provisional en vía de jurisdicción voluntaria en el que no se examinan todos los aspectos del asunto, por lo que se refiere a los intervinientes y a las alegaciones. Es un recurso provisional que garantiza el acceso de los documentos a la publicidad registral.

Si se incorporase la jurisdicción contencioso-administrativa a este recurso, seguiría siendo provisional, pues en el recurso no se cuenta con todos los elementos, e igualmente seguiría siendo provisional la decisión en vía contencioso-administrativa, lo que daría lugar luego al examen definitivo por los Tribunales de la Jurisdicción Civil con el consiguiente absurdo y posible duplicidad de decisiones en vías distintas, como ya argumentó la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 6 de noviembre de 1954.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, veda cualquier intervención de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues encomienda la cuestión de validez o nulidad de inscripciones a los Tribunales del orden civil.

El carácter no administrativo de la función registral y la intervención del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en materia civil, vedan también la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en fin, el artículo 148.1.8.º de la Constitución, al calificar la ordenación de los Registros como materia civil, excluye la actuación meramente administrativa en estas cuestiones.

Por tanto, queda excluida la vía contencioso-administrativa.

Pero seguimos planteando el problema, pues alguna salida ha de quedar a los interesados para plantear los problemas ante los órganos judiciales, para que no quede la cuestión a la discrecionalidad de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Y nuevamente aquí se manifiesta lo que señaló aquella Sentencia TS de 23 de octubre de 1992, que citábamos al principio, o sea, que en la propia Ley Hipotecaria existen medios legales suficientes para resolver el problema, de tal modo que no se produzca indefensión.

Y la solución del problema en la vigente Ley Hipotecaria pasa necesariamente por el recurso regulado por el artículo 66 de la misma, que es llamado por la doctrina «recurso judicial».

Ahora bien, este «recurso judicial» sirve para resolver el problema en el momento actual, pero también para destacar que se impone una reforma en esta materia, lo que unido a lo antes indicado a propósito de la conveniencia de que no revise la decisión del Presidente del Tribunal Superior una Dirección General, se comprenderá la urgencia de esta reforma.

Ante todo, veamos cómo está regulado este recurso judicial del artículo 66 LH.

Dicho precepto, después de aludir al recurso gubernativo contra la calificación, dice que es «sin perjuicio de acudir, si quieren (los interesados) a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». Y preve que se extienda anotación preventiva de la demanda, que puede enlazar con el asiento de presentación primitivo del título que se discute.

La interpretación amplia del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y la necesidad de dar constitucionalidad al recurso gubernativo, permiten considerar dos supuestos diferentes:

El primero de ellos es el contemplado directamente en la norma, es decir, aquel caso en que los interesados pueden contender entre sí porque hay un conflicto de intereses entre los mismos, resultante además de la resolución derivada de la calificación registral y de los órganos del recurso gubernativo.

Es el caso de una calificación registral o de una resolución DGRN que se inclina aplicando la Ley, por la interpretación de un testamento en un sentido que beneficia a uno de los interesados, sintiéndose el otro perjudicado por tal interpretación.

En tal caso, ante una determinada calificación registral, auto del Presidente o resolución DGRN, el interesado que se considere perjudicado puede

contender contra el otro interesado beneficiado para que se decida por los Tribunales civiles ordinarios cuál es el interés prevalente entre ellos.

Pero hay también otro supuesto, y es el de que no haya posibilidad de contender entre sí, como **preve** el artículo 66 LH, porque no hay un conflicto directo entre dos interesados, sino que únicamente hay un titular que pretende obtener la inscripción de su título a pesar de que le ha sido negado el acceso en el trámite registral, sea por el Registrador, por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia o por la DGRN.

Esta situación ha producido perplejidad, y aunque no es exactamente el caso contemplado por el artículo 66 LH, la necesidad de dar constitucionalidad a las resoluciones DGRN, mientras el recurso no se regule de otra manera, inclinan a considerar que cabe que un interesado al que se ha negado el acceso registral por la vía gubernativa lo intente por la vía judicial del artículo 66 LH, aunque no tenga frente a él a un particular oponente determinado.

Las soluciones que se ofrecen en la práctica para resolver el problema de quién ha de ser la parte demandada en este caso son varias:

O bien entender que el demandado ha de ser el Registrador. Pero esto es absurdo y lo prohíbe el artículo 132 RH, que establece: «En los litigios que los interesados promovieran ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley, para ventilar y contender "entre sí" acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario, el cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador».

La naturaleza de la función registral como función de garantía de jurisdicción voluntaria similar a la judicial, impiden considerar como parte demandada al Registrador.

No obstante, conozco dos casos en que se planteó una demanda contra el Registrador. Pero el absurdo en ambos casos fue manifiesto. En uno de esos casos, se pretendía que el Registrador cancelase una inscripción de adjudicación del artículo 131 LH ordenada por auto judicial, por entender el interesado que la finca le correspondía a él en propiedad y no al adjudicatario del remate. Es evidente que en este caso, no sólo el Registrador no tiene por qué ser demandado, sino que el demandado ha de ser el titular registral. El caso es insólito, pero hubo que esperar a la sentencia, no ya sólo del Juzgado, sino de la Audiencia en apelación, para que terminara esa situación tortuosa para el Registrador, que tuvo que soportar una serie de gastos procesales y pérdidas de tiempo improcedentes, siendo tan claro el

artículo 132 del Reglamento Hipotecario, que no es en esto una mera norma reglamentaria, sino que responde a concepciones de fondo sobre la naturaleza de la función registral.

En otro caso es todavía más extraño pero el Juez, a través de auto, resolvió al final adecuadamente el problema. En un supuesto en que el Registrador, ante un conflicto de intereses derivado de si procedía mantener el testamento en cuanto a unos legados o abrir la sucesión intestada, se pronunció por la legalidad en favor de los legatarios y no del heredero abintestato, y cuya calificación fue confirmada por auto firme del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pues al ser materia privativa de Derecho Catalán no cabía apelación ante la Dirección General, ha sido demandado en juicio ordinario el Registrador de la Propiedad para que inscriba los bienes a nombre del heredero abintestato. El absurdo de esta situación sube de punto, si se tiene en cuenta que el Registrador ha actuado por orden del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, por lo que mal puede ser demandado el Registrador cuando cumple órdenes superiores. Y a nadie se le ocurrirá demandar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, pero lo cierto es que, en este punto, cumple la misma función que el Registrador. Otra vez el artículo 132 del RH como argumento fundamental para excluir estas demandas contra el Registrador, que constituye una excepción perentoria (3 bis).

El Registrador sólo ha de ser demandado si se le pide indemnización de

(3 bis) El Juez de 1.^a Instancia de dicho caso ha dictado ya auto de 15 de julio de 1994, en el que dice: «Delimitado de esta manera el objeto de este litigio, debe ser estimada la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado, excepción que tiene su fundamento en el artículo 132 del Reglamento Hipotecario: en el juicio que se siga conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria (cual ocurre en este caso, según la interpretación que se ha dado a la demanda) no será parte el Registrador de la Propiedad, no pudiendo ser citado o emplazado, y si no obstante se ha entendido el procedimiento contra él deberá sobreseerse en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona que haga notar que se ha contravenido la expresada prohibición. Sobre esta excepción debe añadirse: A) Contra la calificación registral, con independencia de la vía gubernativa, los interesados sólo pueden promover, tratándose de cuestiones civiles, el correspondiente procedimiento judicial ordinario para ventilar y contender entre sí sobre la validez o nulidad de los documentos calificados por el Registrador pero sin que ésta sea parte en el juicio. B) Si se aceptara la legitimación pasiva del Registrador en esta clase de procedimientos la demanda tendría que ir dirigida también contra el Presidente del Tribunal Superior y contra el Director General de los Registros, en su caso, conclusión que carece de apoyo legal, jurisprudencial y doctrinal. C) No es cierto, como afirman los actores en el escrito presentado en la comparecencia celebrada el 2 del presente mes, que el auto Presidencial de 26 de julio de 1993 les haya colocado en situación de indefensión, por cuanto les queda expedita la vía judicial tan reiteradamente aludida en esta resolución para discutir los extremos de la nota calificadora; y, además, porque la consintieron, pues si estimaban que había «posibilidad de apelación» como afirman en el escrito mencionado, podían interponer el recurso de queja previsto en el artículo 122 del Reglamento Hipotecario».

perjuicios por razón de su actuación, pero no para que realice una inscripción en el Registro.

Entonces, ¿quién ha de ser demandado a efectos del artículo 66 LH?

El Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO (4) dice a propósito de este artículo 66 LH: «La lectura de este precepto llena de asombro a cualquiera que venga del campo del Derecho procesal. Y precepto de carácter procesal aspira a ser el citado artículo». «Obliga a ventilar y contender “entre sí”, es decir, sólo puede existir la contienda entre el transmitente del derecho y el adquirente que pretende inscribirlo. ¿Acaso no puede haber unidad de criterio, unidad de propósito y comunidad de intereses jurídicos a proteger frente a quien se opone a la inscripción?» «¿Cómo van a ventilar entre sí la cuestión de la validez de un título quienes están en la creencia de que el título es perfecto?» «¿Qué clase de intervención del tercero en el proceso es aquella que surge de la más amplia «acción pública» que el Derecho español conoce cuando legitima a cualquier persona (sic) para hacer notar al Juez que contraviene un precepto reglamentario, al admitir una demanda un Registrador?» (5).

Y más bien con referencia al Derecho constituyente, opina que el control judicial debe producirse a través de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, que cuenten entre sus miembros con especialistas en Derecho Hipotecario. Pero lo más llamativo es que entiende que «la legitimación pasiva corresponderá a la Administración del Estado, sin intervención de coadyuvantes y su representación y defensa al Cuerpo de Abogados del Estado, que tendrán así un nuevo cliente» (6).

Entendemos que no cabe esta fórmula, pues si se reconoce, como hace don JESÚS MARINA, que no cabe aquí la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, hacer intervenir a la Administración del Estado y concretamente al Abogado del Estado es reconocer que sería una materia contencioso-administrativa, lo que dicho autor niega acertadamente.

En nuestra opinión, procede distinguir en el Derecho constituido y en el Derecho constituyente.

En el Derecho constituido, puede suceder que se dé un conflicto de

A pesar de la fuerza de convicción de esta resolución judicial, se ha interpuesto, al parecer, apelación ante la Audiencia Provincial (!).

Desde luego que si los Registradores pudieran ser demandados con ocasión de las notas calificadoras, iban a llover las demandas al solo objeto de disuadirlos de su calificación registral, pues tales demandas llevan consigo numerosos gastos, molestias y muchísimo tiempo, sobre todo si se interpusieran a la vez sobre varios asuntos pendientes cada semana. Pero no es sólo esto, sino razones de fondo las que explican, según hemos visto, que no quepa demanda en ese aspecto.

(4) En su conferencia en el Colegio Notarial de Madrid, titulada «Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación».

(5) Ob. cit., págs. 502 y 503.

(6) Págs. 512 y 513.

intereses entre dos personas como consecuencia de una calificación registral a favor de una de ellas, y entonces está perfectamente articulada la fórmula del artículo 66 LH que habla de «contender entre sí». Pero puede suceder que, efectivamente, no haya ninguna persona particular que se oponga a la inscripción, sino sólo los órganos de jurisdicción voluntaria en cuyo supuesto no procede demandar ni al Registrador, ni al Presidente, ni a la Dirección General, ni a la Administración del Estado, sino plantear una acción declarativa sobre la validez e inscribibilidad del título planteando la demanda a modo de acción de jactancia contra las personas indeterminadas que pudieran oponerse a esa pretensión. Aunque la acción de jactancia es admisible entre personas que están también en discusión, no puede descartarse una acción de jactancia de reconocimiento de derechos con carácter general frente a todos. Al menos esa es la posición de LEONARDO PRIETO CASTRO. Y en tal caso, lo procedente es que sea oído el Ministerio Fiscal, al tratarse de demandados desconocidos, y también el Registrador de la Propiedad, por analogía con el procedimiento especial de conocimiento de minutas de asientos a que se refiere el artículo 258 de la Ley Hipotecaria. Pero una cosa es ser oído y otra distinta ser demandado.

En todo caso, aunque esta interpretación y las otras anteriores sirvan para salir del paso respecto a la protección judicial de los interesados a una resolución de la DGRN, se pone de relieve que el artículo 66 LH no está pensado directamente para estos casos, sino para la contienda entre particulares, y si bien podría aplicarse para resolver el problema mientras no haya una nueva norma que lo solucione, es mejor fomentar la reforma de la legislación vigente, en el sentido de excluir del conocimiento de los recursos gubernativos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a pesar de reconocer sus centenarios servicios en este tema, e inclinarse decididamente por el conocimiento del recurso por los órganos judiciales, cabiendo a su vez varias alternativas, o bien, el conocimiento en única y definitiva instancia por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, lo que tiene el inconveniente de la falta de uniformidad de doctrina, o bien que conozcan en primera instancia dichos Tribunales, y haya una apelación ante una Sección especial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

Y es que la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal como está organizada actualmente, tiene una serie de inconvenientes para la resolución de un recurso contra la calificación registral, que son:

1.º Que es órgano integrado en una jerarquía administrativa, que no cumple, hablando en hipótesis abstracta, las exigencias de imparcialidad e independencia que caracterizan a la función registral y a la función de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Que es órgano de carácter político integrado en un Ministerio con-

creto, máxime si, como ocurre actualmente, ya no es exclusivamente el Ministerio de Justicia, sino el Ministerio del Interior y de Justicia. Y la función registral de ha de quedar excluida de intervenciones políticas, pues se asimila por la materia y naturaleza, a la función de los Jueces y Tribunales.

3.º Que entre las materias que debe decir en un recurso gubernativo la Dirección General de los Registros, están las materias de carácter judicial a que se refiere el artículo 100 RH, que están dentro del ámbito de la calificación registral, y esas materias parece más adecuado que sean resueltas por los propios órganos judiciales.

4.º Que el sistema de acudir al artículo 66 LH, aparte de forzar la letra del mismo a casos que directamente no contemplaba, puede llevar a situaciones poco recomendables, pues después de haber resuelto el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la Dirección General en apelación, pasa el asunto a ser conocido por un órgano inferior al Presidente, como sería el Juez de Primera Instancia, lo que si bien es explicable cuando hay conflicto contencioso entre partes, no lo es cuando se trata de regular un recurso sin contención entre partes y habiendo sido ya resuelto por órganos de competencia territorial más amplia.

Mientras no se hace una reforma en este o similar sentido, habrá que seguir acudiendo a la interpretación del artículo 66 LH, para permitir una salida frente a las resoluciones de la DGRN fuera de la vía contencioso-administrativa, que es totalmente improcedente.

D) *En cuarto lugar, otro aspecto constitucional de la función calificadora es la referencia del artículo 48 de la Constitución de la protección y defensa de los consumidores como principio constitucional.* Esto ha llevado a la publicación de la Ley de 19 de julio de 1984. Todo el Registro de la Propiedad y la Ley Hipotecaria, en sus diferentes procedimientos, está inmerso en esta función de protección de los consumidores, no sólo por vía de la claridad de sus asientos, y de la información que les pueden proporcionar a través de la publicidad formal, sino también por las garantías del procedimiento registral, y por la protección que se da a los consumidores a través de la calificación registral, ya que, como el artículo 10 de la LDC aplica la sanción de nulidad parcial para aquellas cláusulas que vayan contra lo establecido en dicho precepto, es aplicable el artículo 18 LH y concretamente, procederá la denegación de la inscripción de las mismas. Esto ya resulta de la aplicación de otros principios generales resultantes del Código Civil, a través de la inexistencia de la causa o causas contrarias a las leyes o al orden público, y otra serie de principios resultantes del Código Civil.

De un examen completo de la doctrina de la DGRN puede deducirse que la calificación registral ha de tener en cuenta el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

En términos de competición deportiva podríamos decir que existe un 3 a 1 a favor de esa solución.

Efectivamente, de las Resoluciones de 7 de septiembre de 1988, 26 de noviembre de 1990 y de 4 de marzo de 1993, se inclinan por la aplicación del artículo 10 de la Ley a una serie de supuestos de práctica registral que contemplan. Ahora veremos esas importantes resoluciones.

Frente a ellas, ciertamente, existen a lo largo de los años 1991 y 1992 varias resoluciones que niegan esa aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Pero sobre este grupo de resoluciones hay que hacer dos observaciones. La primera de ellas es que, aunque son varias resoluciones, en realidad constituyen una única resolución en efectos doctrinales, pues son todas idénticas y sobre el mismo tema. Y la multiplicidad extraña desde el momento en que en trámite de recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, se produjo un auto de acumulación de los diferentes recursos, auto que no fue revocado por la Dirección, pues tampoco fue impugnado, por lo cual, sólo por inadvertencia pueden haberse producido esa multiplicidad de resoluciones sobre el mismo tema. La segunda observación es que la doctrina de esas resoluciones exige atender al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues frente a la pretensión de los que defendían los intereses de la entidad vendedora, la Dirección entiende que en la resolución de la compraventa por la vía extrajudicial del artículo 1.504 del Código Civil, la parte vendedora no puede reinscribir a su nombre la finca y quedarse con las cantidades que entregó el comprador, sino que ha de consignar la totalidad de dichas cantidades hasta que los Tribunales resuelvan lo procedente. Esto es protección del consumidor conforme al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Veamos ahora esas resoluciones de la DGRN partidarias de aplicar el artículo 10 de la citada Ley a través de la calificación registral.

La Resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988 es la más importante, y será transcrita especialmente al final del presente estudio, bastando ahora resaltar que aplicó el artículo 10 de dicha Ley para excluir como índice de referencia en los préstamos a interés variable el preferencial de la propia entidad acreedora. Esta doctrina fue aceptada por el Banco de España en Circular de 5 de diciembre de 1988 y por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989.

La Resolución DGRN de 26 de noviembre de 1990, después de aludir en los Vistos, al artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que prohíbe pactos sobre «inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario», en sus Fundamentos de Derecho rechaza la atribución concedida en la escritura de hipoteca unilateral a una pluralidad de acreedores para que éstos determinen la deuda a cambio de una espera: «La indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no y futuras) y la

atribución de su determinación a una sola de las partes, con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales, infringe, en el contrato modificativo de las obligaciones que la escritura supone, las normas que substraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (cfr. art. 1.273), no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar firmeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos (incluidos los demás acreedores del deudor). No tratándose de aquellas operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 de la LH atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria...».

La Resolución DGRN de 4 de marzo de 1993 alude también en los Vistos al artículo 10 de la citada Ley en un caso de multipropiedad, materia esta muy sensible en toda Europa para los consumidores, y luego en los Fundamentos dice: «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-11 del CC). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales. Estos límites alcanzan especial significación con relación a la llamada multipropiedad o propiedad por períodos, pues con ella se pretende crear nuevas unidades económicas susceptibles de ser objeto de derechos reales, lo cual sólo será posible si se cumplen los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica. Sin que consten cumplidos uno y otro requisito no podrá acceder al Registro la constitución de una multipropiedad, pues el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes».

En favor de la calificación de las cláusulas contrarias a consumidores, Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 y 8 de junio de 1989, 10 de enero y 15 de octubre de 1990, 13 de abril y 30 de septiembre de 1991, y el estudio que hice en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en relación con dichos autos, así como las conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho Registral de mayo de 1992, y unos interesantes trabajos de ANTONIO MANZANO SOLANO y de LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA. Hay que tener en cuenta la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los celebrados con consumidores, que exige su aplicación por todos los organismos públicos, y mucho más por los que tienen encomendada la función de velar por la legalidad y la validez de los actos dispositivos a efectos registrales de tráfico.

III. LA FUNCION REGISTRAL, LA SEGURIDAD DEL TRAFICO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

Desde que en el año 1903 en el Anuario de Ihering, Ehremberg distinguió entre *seguridad del tráfico* y *seguridad de los derechos*, causó un gran impacto y a partir de entonces es raro el libro o trabajo sobre seguridad jurídica, que no se ocupe de esa distinción. Se trata, en definitiva, de la seguridad estática o seguridad del derecho subjetivo y de la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Pero Ehremberg contempla una y otra desde lo que CÁNDIDO PAZ ARES ha denominado acertadamente «*hipótesis de repelencia*», o dicho de otra manera como «hipótesis de contradicción o conflicto».

Así, la seguridad estática o del derecho subjetivo es una noción romana y exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho pueda admitirse sin consentimiento de su titular. Sería la idea del *nemo dat quod non habet*. Por tanto, cualquier privación o puesta del derecho en manos de distinta persona sin consentimiento del titular, producirían el restablecimiento judicial de su derecho.

En cambio, la seguridad dinámica o seguridad del tráfico, es una noción germánica, exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer.

Planteada como conflicto de seguridades, es decir, en hipótesis de repelencia, se podría decir como señala LACRUZ, que es un conflicto que no tiene fácil solución. Por una parte, se dice que puede minar la noción misma del derecho subjetivo, si no se le protege contra la invasión de los terceros. Y por otra parte, se añade que si no se soluciona la seguridad del tráfico, ello constituye un grave entorpecimiento en la vida de la relación, la *impugnabilidad* absoluta, cuando hay defectos de titularidad en el enajenante o en el *accipiens*.

LACRUZ dice que hay que buscar soluciones intermedias: evitar que el comercio encuentre un grave obstáculo para su libre desarrollo en la necesidad de practicar menudas indagaciones sobre la titularidad de los derechos y atender a que la defensa del tráfico no llegue a disolver la noción misma del derecho subjetivo.

Pero este eclecticismo no resuelve el problema porque deja en total inseguridad jurídica la cuestión, a resultas de interpretaciones según los supuestos, y sin solucionar, en definitiva, la seguridad del tráfico.

Un enfoque adecuado del problema consiste en situarse en el *Análisis Económico del Derecho*, para concluir que, estando implicadas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuada la protección de la seguridad del tráfico, que la mera protección del derecho subjetivo individual, pues si se protege aquella se protege este último.

Ello se observa si se tiene en cuenta que el derecho subjetivo no está cerrado entre cuatro paredes, sino que comprende una serie de facultades de relación con las demás personas, como la facultad de disponer, gravar, invertir, mejorar, etc., todas las cuales se hacen más valiosas si se protege prioritariamente la seguridad jurídica del tráfico.

En esto consiste en lo que CÁNDIDO PAZ ARES ha denominado «*hipótesis de atracción*» y no de repelencia entre la seguridad del tráfico y la seguridad del derecho subjetivo.

Así, dice que hay que buscar la «hipótesis de atracción» entre las dos seguridades, y desde esta perspectiva dar entonces juego a la seguridad del tráfico porque ello beneficia a la seguridad del derecho.

Para estas hipótesis de atracción hemos dicho que es interesante contemplar las perspectivas del análisis económico del Derecho, desde las cuales se observa perfectamente la importancia que para la seguridad del derecho en general tiene la seguridad del tráfico. Y curiosamente, las conclusiones que podamos obtener de un análisis económico del Derecho vienen a coincidir en este punto con las conclusiones de nuestros grandes juristas del siglo XIX, que implantaron el sistema inmobiliario atendiendo a similares consideraciones.

El citado CÁNDIDO PAZ ARES, en *RDM*, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», y en *ADC*, «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», apoyado en la teoría americana de Chicago y en los juristas economicistas de Estados Unidos sobre el análisis económico del Derecho, parte de que al ser los recursos escasos es necesaria una maximización de beneficios y una minimización de costes de transacción, y en tanto en cuanto la normativa de la seguridad del tráfico produce esa minimización de costes de transacción, está perfectamente justificada para hacer más valioso el derecho subjetivo.

Lo que ocurre es que CÁNDIDO PAZ ARES contempla la cuestión exclusivamente desde el ámbito de las mercaderías y del comercio, sin tener en cuenta que en el tráfico inmobiliario se han de llegar a conclusiones semejantes sobre la prevalencia de la seguridad del tráfico, por lo que no se puede despreciar la importancia de la libre circulación de los bienes.

Y es que, como dice acertadamente CELESTINO PARDO NÚÑEZ, que ha profundizado enormemente en esta cuestión, y tiene un estudio pendiente de publicación, en ese conflicto entre seguridad del derecho y seguridad del tráfico no puede dejarse de valorar la seguridad del crédito, que es parte fundamental de la seguridad del tráfico, entendiendo por crédito la afluencia de capitales, tanto desde el punto de vista de los créditos y préstamos que se ofrecen con garantía de inmuebles, como desde el punto de vista de la posibilidad de obtener capitales por la transmisión y constitución de derechos sobre tales inmuebles. Es la única forma de que llegue dinero e

inversión a la propiedad inmobiliaria. En definitiva, como dice CELESTINO PARDO, la publicidad inmobiliaria nació fundamentalmente para la seguridad del crédito y de ese modo, se consiguió que la propiedad desvalorizada del régimen feudal se capitalizara y aumentara su valor, cosa que no se consigue con la mera defensa de la seguridad del derecho, o seguridad estática.

Hay que tener en cuenta también *la circulación de los bienes*, que da mayor riqueza no sólo al propietario sino al país en general.

Mientras los bienes no circulaban, sólo tenían un valor de uso o **afectivo-familiar**. En cuanto se quitan trabas, se da claridad y se fomenta la circulación, aumenta la riqueza.

Por eso, no estamos de acuerdo con PAZ ARES cuando en la hipótesis de repelencia que él acertadamente no comparte, niega el argumento de la necesaria circulación de los bienes como razón para preferir al adquirente para el titular (pág. 17). Ya hemos visto la réplica de CELESTINO PARDO a CÁNDIDO PAZ ARES. Pero hay que añadir que la circulación de los bienes es también un elemento **importante** para producir riqueza y no se puede menospreciar.

Sin seguridad del crédito, efectivamente, ningún país crea riqueza, aunque puedan existir campesinos aislados que obtengan producciones para andar por casa y para su consumo familiar por las patatas que su campo produce. Pero eso no es crear riqueza en un sistema económico moderno, que precisa de la financiación a través del crédito y de la modernización de explotaciones.

Por otra parte, como dice MEZQUITA, «La idea-nervio del sistema era, en efecto, la del movimiento o circulación de la riqueza como causa generadora de nueva riqueza» (pág. 286). Y esto es todavía más claro desde la perspectiva de la nota de transferibilidad que ha de tener todo *property right* en la concepción del *análisis económico del Derecho* que CÁNDIDO PAZ ARES defiende, porque la transferibilidad tiende precisamente a que el bien, por propia inercia de la situación social y del mercado, genere normalmente mayores beneficios, pues uno se desprende de lo que no le produce y otro está dispuesto a adquirir lo que le produzca más. Si alguien hereda unas tierras y no puede cultivarlas, lo lógico es fomentar la circulación para que los adquiera quien pueda ponerlas en explotación. Es decir, no hay que poner trabas a la circulación, sino fomentarla. Las iniciativas empresariales y profesionales necesitan fincas en el mercado para tener mayores opciones. O sea, la circulación de los bienes también puede fomentar la inversión y la riqueza.

Para confirmar todas estas conclusiones sobre la prevalencia de la seguridad del tráfico sobre la mera seguridad estática del derecho, nada mejor

que acudir al libro de SCHÄFER y OTT, titulado *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil* (7), pues ofrece la particularidad de que es un estudio de Análisis Económico del Derecho realizado por autores continentales, alemanes en este caso, cuando lo normal es que los estudios sean de autores americanos o ingleses. Estos nos puede acercar mejor al problema, pues sabido es que el sistema inmobiliario español tiene su mayor influencia en los sistemas germánicos.

El *análisis económico del Derecho* parte de una serie de principios elementales ya aludidos antes: los recursos humanos son limitados, por lo que debe partirse del principio de *optimización o maximización de la riqueza* y de *minimización de los costes de transacción*, para llegar a la máxima eficiencia de PARETTO.

Por una parte, puede ser interesante aludir al llamado *criterio o método de Kaldor-Hicks*. HICKS, en 1939, profesor de Oxford, llega a la conclusión de que entre dos situaciones A y B, debe ser preferida la situación A siempre que el *beneficio* que se obtenga con ella sea *mayor* que el *perjuicio* que se produzca a la otra situación, hasta el punto de que pueda ser indemnizado y aun así, existir beneficio para tal situación A.

De aquí dedujo POSNER, otro analista económico del Derecho, éste americano, *el principio de la subasta*, es decir, que en la discusión de si por ejemplo se ha de construir o no un aeropuerto, prevalecerá el criterio de la construcción cuando los que la pretendan representen una mayor cantidad o ventaja económica que los que pretendan impedir.

Como paréntesis, recordemos que estamos hablando de *la prevalencia del criterio de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho*, porque ello produce una mayor riqueza para un país y potencia, en definitiva, la facultad de disponer y de utilizar el propio derecho subjetivo. En este sentido, *la seguridad del tráfico es una situación que produce mayor beneficio económico en general que el perjuicio individual para un concreto derecho* que encima lo pierde por su propia negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario, según veremos más adelante.

Hay que reconocer que para la aplicación del teorema de KALDOR-HICKS a esta cuestión, necesitaríamos unas cuantificaciones de las que carecemos, pero al menos no se negará que *intuitivamente* puede apreciarse favorablemente la cuestión a través de este teorema, máxime cuando hay autores que entienden que el teorema es aplicable cuando a pesar de la falta de cuantificación, existen justificaciones evidentes en tal sentido.

Otro hito importante en esta defensa de la seguridad del tráfico desde el punto de vista del análisis económico del Derecho lo constituye *la teoría de Ronald Coase* en 1960.

(7) Con traducción al castellano en edición de Tecnos, 1986.

Partiendo de que los *property rights* o derechos de actuación o relaciones de uso de los bienes (a modo de derechos subjetivos en nuestra terminología) están atribuidos originariamente por el ordenamiento jurídico, para responder a la cuestión de si el sistema jurídico promueve la eficiencia de PARETTO o el despilfarro, no es determinante la asignación originaria, sino la distribución fáctica de los *property rights* como consecuencia de la celebración de transacciones o contratos.

Y COASE llega al siguiente teorema, con estos dos postulados:

1.º En una sociedad en que los *property rights* están claramente especificados y hay libertad de transmisión.

2.º Y en que los costes de transacción, es decir, los costes de información, de coordinación en la transmisión de los derechos y de ejercicio de éstos, es igual a cero.

La asignación de los recursos tiene que ser máximamente eficiente, sea cual fuere la asignación originaria de los «property rights».

De aquí se derivan varias conclusiones:

Por una parte, COASE pone el acento en *la transferibilidad de los «property rights» y en los costes de transacción*. En definitiva, lo importante son los costes de transacción. *Un sistema que minimice los costes de transacción y que nos lleve a la distribución de «property rights» por las transacciones produce una gran eficiencia económica.*

Y por otra parte, *si el mercado es imperfecto* —y la realidad, ciertamente, no es otra— tal eficiencia se logrará a través del *mecanismo decisorio del Derecho*.

Obsérvese que es la misma idea de los legisladores de 1861, que pretendieron movilizar la riqueza con los mínimos costes de información y de transacción. O sea, con seguridad del tráfico a través de una institución creada por el Estado que evite o disminuya los costes por inseguridades de la transacción.

En definitiva, como apuntan SCHÁFER y OTT, como en un mercado de bienes es inalcanzable el sistema perfecto del que parte COASE, porque existen efectos externos, inestabilidades micro y macroeconómicas, y sobre todo «costes de información asimétricos (los de los compradores indefensos que no pueden investigar todo), es necesario realizar modificaciones normativas con el «planteamiento de instituciones comparativas». «Deben crearse aquellas instituciones de las que pueda esperarse un número relativamente bajo de anomalías». Las normas jurídicas hay que ir las modificando con el tiempo en ese sentido. Un ejemplo podría ser en mi opinión la evolución de las modificaciones de normas hipotecarias tendentes a llegar a una mayor perfección. *El Registro, en definitiva, da información a mínimos costes,*

evitando que se produzcan los verdaderos costes de transacción, que son los costes de averiguación, seguro, litigiosidad, incertidumbre.

Por eso, según SCHÁFER y OTT, el teorema de COASE es la base para analizar, con apoyo económico, las consecuencias de disposiciones jurídicas alternativas y para justificar las propuestas de modificación de normas jurídicas.

Desde esta perspectiva, SCHÁFER y OTT justifican la existencia de «*normativas protectoras de la confianza*», entre las que incluyen precisamente *la seguridad del tráfico proporcionada por el Registro de la Propiedad*.

El dilema «*control o confianza*» plantea problemas, pues no se puede confiar en todo el mundo, ni tampoco se puede controlar todo, porque ello produce «*enormes costes de información*», que dificultan las transacciones.

Es importante tener «*informaciones productivas*» que producen un beneficio para la sociedad en general. Pero existe una gran inseguridad de los compradores no sólo en los precios sino en la calidad de los bienes. Esto exige información sobre ambos extremos, interesándonos especialmente la información sobre la calidad, pues es el problema que se plantea precisamente en un mercado no diáfano o clandestino de transmisión inmobiliaria.

Aquí es esencial la teoría de STIGLER (1961), que pone unos ejemplos sobre la búsqueda de información a que tiene que llegar un comprador de un bien para saber cuál es la oferta mejor que le puede interesar. Pero esto tiene un límite, pues con una multiplicidad de llamadas telefónicas se va produciendo un gasto y llega un momento que no le merece la pena buscar más información porque se aumentan los gastos. *Imáginese en un mercado clandestino o no desarrollado registralmente, los enormes costes de información que produce enterarse de la calidad del bien inmueble, de sus verdaderas titularidades y cargas.*

Y NELSON (1970), partiendo de STIGLER, llega a la conclusión de que existen determinados tipos de bienes cuya calidad se compone de un gran número de características, en que resulta imposible determinar la calidad de las mercancías en el momento de la compra. Y entonces dice NELSON «O te dan gato por liebre o no compras nada». Por eso, entiende que todos los productos se pueden clasificar en dos categorías, que son: «*bienes de búsqueda (search goods)*» y los «*bienes experimentados (experience goods)*». En los *bienes de búsqueda*, el comprador puede reducir la inseguridad respecto a la calidad ante la decisión de la compra, mediante el empleo de informaciones sobre el producto. Esto no es posible en los bienes experimentados. En este caso, resulta obligado a confiar en el suministrador.

Pues bien, puede considerarse que entre estos *bienes experimentados* está el mercado de inmuebles, pero evidentemente no basta aquí la confian-

za en el suministrador o transmitente, pues es un mercado que puede ser de los llamados de «limones», según ahora veremos, si no hay institución jurídica que dé claridad e información al mercado. Y en este tipo de mercados no cabe ni siquiera acudir a la confianza en el transmitente, pues aparte de las *primas de oportunismos* que se pueden fomentar a favor de los transmitentes, es que ni siquiera ellos pueden llegar a saber qué tipo de cargas ocultas y titularidades existen en un mercado totalmente clandestino y sin publicidad registral.

Es lo que ocurría antes de 1861, que el mercado inmobiliario era un mercado de limones o productos inútiles, de bajísima calidad, y había que arreglar la situación a través de la institución del Registro de la Propiedad.

En este aspecto, otro analista económico importante es AKERLOFF (1970), en un artículo ya clásico con el expresivo título «The Market for **Lemons**». Bajo el concepto de «**lemon**» (limón) se entiende en americano un producto inutilizable, apenas adecuado para el consumo. Este mercado de limones se puede producir en los bienes en que no hay correcta información y en donde, ante la falta de instituciones clarificadoras puede haber primas para el oportunismo, es decir, para situaciones abusivas en perjuicio de los consumidores. Por eso, toda la clarificación de la legislación inmobiliaria es una defensa de los consumidores, al evitar que se dé mercado de limones.

El mercado de limones parte del supuesto de un mercado falto de información y como son personas esporádicas las que acuden a él una vez, el empresario tiende a bajar la calidad del producto mateniendo el mismo precio. Lo del «gato por liebre» de NELSON. El ejemplo es el de un pueblo en el que hay varios restaurantes, pero es una zona en la que sólo se acude una vez en la vida y no hay suficiente información ni comunicación entre los consumidores. Uno de los restaurantes decide bajar la calidad manteniendo el mismo precio. Los demás restaurantes no tendrán más remedio que hacer lo mismo, pues en otro caso pierden dinero respecto al restaurante avisado. Al no existir información ni crítica para el futuro, todo se habrá convertido en un mercado de limones. En cambio, si es una ciudad concurrida a la que se acude todos los años, se produce información y comunicación, y queda arrinconado el restaurante de mala calidad y precios altos.

Para que pueda darse y prevalecer un mercado de limones, dice SCHÄFER y OTT que «se trata de casos en que no se puede conocer la calidad de los productos al comprador, bien por motivos técnicos, o porque los costes de información son demasiado altos, o porque no se crea un intercambio de experiencias entre los clientes». Esto es lo que ocurre en un mercado inmobiliario clandestino o no suficientemente transparente.

Dichos autores aluden después al llamado «dilema del prisionero» y a los juegos de suma cero (en que uno gana y otro pierde) y a los juegos productivos o de cooperación, de NEUMANN y MORGENSTERN, en que coope-

ran todos los jugadores y todos ganan, pero debe haber instituciones que eviten el oportunismo de quien quiere salirse de las reglas del juego para obtener él una ganancia en perjuicio del otro. Los contratos inmobiliarios realizados en un mercado de clandestinidad, que podrían ser unos juegos productivos, con ganancias para ambas partes, pueden producir el efecto inverso de juegos de suma cero, en que uno gane todo y el otro pierda, por falta de información y por falta de instituciones que permitan mantener las reglas del juego.

Los citados SCHÁFER y OTT llegan, en definitiva, a la superación de las deficiencias de información sobre los bienes mediante determinadas instituciones, con la idea de primar la confianza y de «mantener el gasto en costes de información al nivel más bajo posible».

En este sentido, señalan que «la protección de la confianza se refiere a la tarea general del ordenamiento jurídico de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico jurídico y especialmente el intercambio de bienes y servicios».

«A tal fin —continúan— el Derecho ha desarrollado un gran número de institutos jurídicos». «Como ejemplo de disposiciones legales de protección de la confianza, hay que mencionar, sobre todo, el Registro de la Propiedad, citando también el Registro Mercantil, el de Asociaciones, el de bienes matrimoniales y el de buques». «Todos ellos ofrecen seguridad y agilidad al tráfico negocial, y en último lugar, protección a la confianza, siendo la configuración muy diferente en cada caso concreto, pues depende de que la inscripción sea constitutiva, conduciendo entonces a una protección absoluta del tráfico, o sólo sea válida para los que actúan de buena fe, de que su publicación sea decisiva como es la del Registro de la Propiedad» (pág. 332). Estas instituciones —añaden— «conducen a una exoneración de costes de información para el tráfico jurídico».

Otro autor en el que también hay que profundizar a estos efectos del análisis económico del Derecho, es DOUGLAS NORTH, premio Nobel de Economía, pues considera decisivas para el progreso y la historia económica aquellas instituciones que definen adecuadamente y concretan los derechos de propiedad (8), y viene a confirmar la idea de STIGLER y de NELSON sobre la diferencia entre bienes de búsqueda y bienes experimentados, pues pone el ejemplo de las naranjas que compra en el mercado del señor Morris. Precisamente las naranjas de calidad que él busca al comprar son las de jugo, citando las de Valencia, es decir, un producto español, como también es un producto español muy desarrollado —apostillamos nosotros— la institución del Registro de la Propiedad.

(8) Nos limitamos aquí a la cita de un texto de su libro *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Editorial, 1984.

Dice NORTH: «Empiezo describiendo simplemente una transacción que llevo a cabo todas las semanas, en el mercado público de mi localidad. Es la compra de cierta cantidad de naranjas (catorce naranjas por un dólar, en 1980). Las compro por hacer zumo de naranja, y por ello quiero que contengan gran cantidad de jugo (más que de pulpa) y tengan un sabor ácido. Lo que realmente me gustaría especificar en el intercambio es una cierta cantidad de zumo de naranja con una combinación de ingredientes orgánicos que produzca el sabor que quiero. ¿Por qué no se venden las naranjas de manera que pueda obtener precisamente lo que quiero? En parte así es. Las naranjas de Valencia son naranjas de zumo y se venden separadas de las Navel u otras naranjas de mesa. Pero la cantidad de jugo y el sabor que voy a obtener de las naranjas no puede ser especificado a bajo coste. Si la medición de estos ingredientes fuera posible a coste bajo o cero, entonces podría obtener la combinación precisa. Además, las compras se hacen por número, peso, volumen, longitud; y se dedican recursos para hacer ver que estas características objetivas de medición se consiguen.

«El vendedor de las naranjas las compró a un mayorista; en los cajones que recibió había algunas naranjas en malas condiciones. Para él supone una pérdida de dinero, ya que si intentara darme esas naranjas a cambio de mi dólar, iría a otro puesto del mercado público a comprar mis naranjas. En resumen, la competencia entre un gran número de vendedores restringe su conducta. ¿Introduciría furtivamente en el fondo de la bolsa unas pocas naranjas podridas, donde yo no las viera hasta llegar a casa? Debería hacerlo si nunca esperase volver a verme, ya que es la única forma en que puede quitarse de en medio las naranjas, que de otra manera supondría una pérdida para él. Pero por eso es por lo que voy siempre al mismo comerciante, Morris, todas las semanas. Sabe que no volveré si mete furtivamente esas naranjas en mi bolsa. Soy valioso por ser un comprador asiduo; el oportunismo, entonces, se ve restringido por la repetición de las mismas transacciones. Morris, por su parte, acepta mi cheque de un dólar sin preguntar si tengo suficientes fondos en el banco para hacer frente al cheque, o si el dólar que obtiene cuando hace efectivo mi cheque será aceptado incuestionablemente por su mayorista o por cualquier otro al que quiera comprar bienes o servicios».

En definitiva, es la lucha contra el mercado de los limones y respecto a bienes no experimentados, a través de la confianza en el proveedor o transmitente. Pero en los bienes inmuebles no existe esa posibilidad de confianza, pues no se produce esa repetición de adquisiciones, y no es un mercado de naranjas del señor Morris, sino un mercado de limones.

Y termina NORTH: «El traspaso de los derechos de propiedad entre los propietarios mediante contratos en el mercado, requiere que los derechos sean exclusivos. Los derechos de propiedad no sólo deben ser mensurables,

sino también deben ser susceptibles de reconocimiento legal. Observen que hay dos etapas en el proceso de traspaso. La primera incluye los costes de definir y controlar la exclusividad en ausencia de intercambio; la segunda, los costes asociados a la negociación y al cumplimiento de los contratos en el intercambio y traspaso de los derechos».

«Una tercera parte, el Estado, puede disminuir los costes de transacción mediante el desarrollo de un cuerpo impersonal de leyes y de sus mecanismos de cumplimiento. Debido a que el desarrollo de la ley es un bien público, existen importantes economías de escala asociadas a él. Si existe un cuerpo legal, los costes de negociación y cumplimiento del contrato se reducen sustancialmente porque las reglas básicas del intercambio están ya definidas» (9).

Pasemos ahora a comprobar como nuestros legisladores de 1861 siguieron en realidad estas mismas ideas muchos años antes que los analistas económicos del Derecho para hacer prevalecer la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho subjetivo.

Ante todo, ya en el siglo XVI, en el primer precedente moderno del Registro de la Propiedad en la Pragmática de los Reyes Carlos y Juana, se nos dice que «por cuanto nos es hecha relación que *se excusarían muchos pleitos* (se evitan costes de litigiosidad y de incertidumbre), sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores (prima de oportunidad, mercado de limones); y por quitar los *inconvenientes que de esto se siguen*» (intervención estatal según el teorema de COASE), mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, *haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos* de las cualidades susodichas... (la institución registral para quitar los inconvenientes de la clandestinidad, del mercado de limones, y del problema de los bienes experimentados y costes de transacción o litigiosidad).

En cuanto a la Ley de 1861, he aquí las «causas que motivaron la implantación del nuevo sistema registral», que aparecen claramente recogidas en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que creó la Comisión para la reforma de la legislación hipotecaria en los siguientes términos, todos los cuales traslucen análisis económicos del Derecho, en el que nuestros juristas decimonónicos son unos adelantados respecto a HICKS, COASE, STIGLER, NELSON, AKERLOFF, SCHÁFER y OTT, NORTH, etc.:

«Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por

(9) *Ob. cit.*, págs. 50 a 53.

la ciencia y por la opinión, porque *ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales*. Hubieran, sin duda, estas consideraciones, provocado hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía permitieran llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil». «Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio, y que es indispensable *para la creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en las cosas, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados*».

Por otra parte, en las discusiones parlamentarias mismas de la Ley de 1861 ya se planteó el problema del conflicto de la seguridad del tráfico y de la seguridad de los derechos. Así, la discusión entre ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER, extrañándose aquél de que el *verus dominus* pudiera verse privado de su propiedad como consecuencia de la legislación hipotecaria, a lo que contestó PERMANYER dos cosas:

1.^a Que no se trata de una novedad de la Ley que se está discutiendo, sino que es consecuencia genuina e indeclinable del sistema de publicidad, tal como se hallaba ya establecido a tenor de la Pragmática de Carlos III. Anotemos lo de consecuencia «genuina e indeclinable del sistema de publicidad», porque es precisamente la clave del sistema inmobiliario.

2.^a Que un título aunque realmente traslativo de dominio, no produzca su efecto en perjuicio de tercero por la circunstancia de no estar registrado, por la falta de la condición legal extrínseca, que es la garantía de la publicidad y que lo es también del crédito público territorial. Pero la falta de este requisito, ¿podría imputarla a nadie más que a sí mismo, aquel que debiese sufrir sus consecuencias, porque ya en adelante a nadie será lícito excusarse de semejantes omisiones? (10).

Aquí hay un argumento interesante que no han manejado los autores, y es la negligencia del titular del derecho subjetivo frente al sistema de la seguridad del tráfico. Esto se confirma por lo siguiente:

(10) Págs. 306 y 307 del libro del Colegio, *Leyes Hipotecarias*, tomo I, vol. II.

1.º Porque cuando se implanta el nuevo sistema, después de muchos intentos y advertencias en siglos anteriores, se dan unos plazos al titular del derecho subjetivo para que se acomode a las normas de seguridad del tráfico. Estos plazos fueron muy largos, pues realmente hasta 1875 no empezó a regir la Ley Hipotecaria.

2.º Porque en el propio sistema inmobiliario de seguridad del tráfico se tiende a la protección del derecho subjetivo «diligente» a través del importantísimo requisito del tracto sucesivo, que es la garantía precisamente para que un titular del derecho subjetivo conserve su derecho frente a cualquier maquinación o expropiación sin su conocimiento.

Por último, queremos aludir también a lo que decía CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, cuando exponía en esas mismas discusiones parlamentarias la situación en que se encontraba el mercado inmobiliario de aquellos años anteriores a 1861, pues es la manifestación más clara del mercado de limones: «Registro que tiene por objeto evitar el peligro que resulta de tener ocultos esos gravámenes, porque naturalmente todo el mundo se retrae de adquirir bienes territoriales por el peligro que lleva consigo la transmisión; y digo más: es hasta temerario, en el estado actual de nuestra legislación, comprar bienes territoriales. En mi carrera de abogado, nada me ha costado tanto trabajo como decir a una persona que buscara mi dictamen, que con seguridad adquiriese una finca; y digo más: nadie puede darlo con seguridad de no equivocarse, porque es imposible averiguar si ha habido un tutor, una mujer casada, un empeño contra el Estado, y otra porción de cosas: imposible» (11).

En resumen, *la prev alencia de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho subjetivo aislado no publicado, es consecuencia de la necesidad de que se produzca el mercado inmobiliario, y de que lleguen los capitales al mundo inmobiliario, sea en forma de dinero para las enajenaciones, sea en forma de créditos para mejorar explotaciones o realizar inversiones.*

El mercado inmobiliario no puede ser un mercado de bienes experimentados, pues al experimentarlos pueden tener vicios, cargas, gravámenes ocultos, y puede dar lugar a un verdadero «Mercado de Limones», pues no hay penalización a efectos de mercado del oportunista que vende bienes gravados o que no son suyos, porque a diferencia del tráfico mobiliario o de otro tipo de mercados, en que hay clientela, los inmuebles se venden o gravan prácticamente por una sola vez, y si se falla no hay oportunidad de volver a acudir a la misma empresa. En el mercado inmobiliario debe existir una institución que defina derechos, dé claridad a los mismos y evite costes de transacción.

(11) Págs. 7 y 8, libro del Colegio, tomo I, vol. II.

El supermercado de naranjas del señor Morris también puede ser otro ejemplo para comparar la distinta clase de mercado que es el inmobiliario. DOUGLAS NORTH nos dice que acude al supermercado del señor Morris porque le gusta el zumo de naranjas y necesita naranjas muy buenas —las de Valencia—, que den suficiente zumo. Como es cliente del señor Morris, éste le va a dar naranjas de Valencia y no le va a meter en la bolsa por debajo ninguna naranja podrida. Y ello porque al día siguiente volverá a comprar y existe una confianza.

Pero es que el mercado inmobiliario es un «mercado de limones», y entonces no hay más remedio que buscar instituciones que definan y den información y confianza y eviten costes de transacción.

Pues bien, el sistema de Registro de base germánica es el que menos costes de transacción produce desde el momento en que contiene toda la información, y evita costes de litigiosidad. Y está demostrado, desde el momento en que en Estados Unidos los costes de transacción son aparte de impuestos un 5 por 100 mucho más que los que aquí se producen que son 0,50 por 100.

Por otra parte, el sistema de demarcaciones territoriales del Registro de la Propiedad por la situación de las fincas es el más adecuado, pues si estableciera un sistema privado de libre llevanza de libros de registro por profesionales se produciría una ineficiencia y costes enormes hacerlos en competencia. De la misma manera que sería costoso que hubiera varias líneas telefónicas, sería absurdo que hubiera varios libros que habrían de contener todos la misma información, que costosamente ha tenido que irse acumulando a lo largo de decenios. Con el sistema de tracto y de cierre, se permite economizar esfuerzos respecto a todo el eslabón de adquisiciones anteriores, porque ya está calificado con anterioridad. En otro caso, siempre tendría que calificarse todo lo anterior con ocasión de cualquier movimiento traslativo o de gravamen.

Si a eso se une que lo que se plantea en los Registros de la Propiedad son problemas de «Derechos de propiedad», en que domina la nota de orden público, y en donde se exige el cumplimiento absoluto de la legalidad para evitar pleitos y producir tutela judicial, se comprende esa organización por parte del Estado de los Registros de la Propiedad, pero a través de un sistema que al mismo tiempo es de función pública y profesionalizado (sistema mixto), que es el más adecuado, porque es el que reduce de modo efectivo los costes de transacción y mantiene una plena eficacia.

IV. FUNDAMENTO DE LA CALIFICACION REGISTRAL

La calificación registral no puede ser comprendida si se examina aisladamente fuera del contexto de un sistema inmobiliario registral.

Si se la aísla del sistema, se discutirá su procedencia y sobre todo su ámbito, es decir, si se extiende o no a esta materia.

Pero cuando se mira el conjunto del sistema inmobiliario registral, con todos sus principios y efectos, se comprueba que la calificación registral, que integra el llamado principio hipotecario de legalidad, es un principio fundamental del sistema, imprescindible para que funcionen los demás, hasta tal punto que si se reduce el ámbito de la calificación, padece el sistema inmobiliario registral en su conjunto, que se vendría totalmente abajo, y volveríamos al sistema de clandestinidad o a sistemas imperfectos de transcripción, por cuyo perfeccionamiento luchan ahora los países en vías de desarrollo. Toda la obra de nuestros legisladores de 1861 y de los sucesivos reformadores se vendría abajo.

Es decir, aquí tiene aplicación ese *carácter orgánico de la relación jurídica* a que se referían SAVIGNY y FEDERICO DE CASTRO, pudiéndose configurar la calificación registral como uno de los órganos vitales del Cuerpo Inmobiliario, es decir, del sistema inmobiliario de tráfico, de tal manera que si no funcionara, dejarían de funcionar los demás órganos que dan vida a ese sistema inmobiliario altamente perfeccionado, base de la seguridad jurídica del tráfico de inmuebles.

La Ley Hipotecaria de 1861 explica en su Exposición de Motivos que «el registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva». Y en otro lugar: «Como son tan extensos los deberes que el proyecto impone a los registradores y tan grave la responsabilidad que hace pensar sobre ellos, natural es que exija que los que han de serlo, reúnan circunstancias que prometan el buen desempeño de su cargo, precaviendo así los males que no siempre se remedian fácilmente por completo cuando suceden, por más que la ley, en su previsión, con medidas preventivas y reparadoras procure la completa indemnización de los perjudicados».

Y en el texto legal, la calificación registral se reguló en los artículos 18 y 65 LH, del conjunto de los cuales se deduce un criterio amplio de calificación registral, concordante con las citadas frases de la Exposición de Motivos.

Y en la reforma hipotecaria de 1869 se reguló el sistema de oposición al Cuerpo de Registradores, y en la Exposición de Motivos se decía: «Si la aplicación de la Ley Hipotecaria estuviese confiada a personas de escasa inteligencia o que no la hubiesen estudiado detenidamente, podría ocasionar graves males. Un error del Registrador al extractar o inscribir un título, cuyo error no se haya rectificado por no haberse conocido, puede dar lugar, acaso después de transcurrir muchos años, a dudas y litigios que pongan en peligro el derecho de los propietarios. Aunque en la Ley de 1861 y en la nueva que se presenta se imponen a los Registradores graves responsabi-

dades y se procura asegurar su efectividad con la fianza que deben prestar, lo conveniente es precaver un daño que por su importancia o por haberse conocido después de devuelta la fianza, no fuera ya indemnizable. Con tal objeto se establece en la nueva Ley que los registros que en lo sucesivo queden vacantes y puedan obtener los que no sean Registradores, se provean mediante oposición, con lo cual se tendrá la seguridad de que los nombrados han adquirido los conocimientos necesarios al efecto.

El artículo 18 LH es, como se sabe, el texto fundamental en que se recoge el principio hipotecario de legalidad a través de la función calificadora del Registrador, que luego veremos que es exclusiva de él, y que dice lo siguiente: «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 los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Los artículos 65 y 66 de la propia Ley, así como los artículos 98 y ss. del RH desarrollan ampliamente toda esta materia.

De este texto fundamental en el sistema inmobiliario, en relación con los demás principios hipotecarios, se puede deducir respecto al famoso dilema planteado por NÚÑEZ LAGOS de si el título se inscribe porque es válido o es válido porque se inscribe, que en principio «el título se publica o inscribe porque es válido», pero precisamente teniendo en cuenta esto, puede llegar a presumir la legislación inmobiliaria atendiendo a la seguridad del tráfico jurídico, que «un título nulo se considera válido respecto a tercero si está inscrito o publicado».

En realidad, el sistema inmobiliario español, sin perjuicio de determinadas influencias latinas a propósito del tercero del artículo 32 LH, se configuró desde el principio y se reafirmó en sucesivas reformas, como un sistema germánico, que recogía todas las bases de dicho sistema, que no son otras que las siguientes: En primer lugar, un principio de cierre registral, de tal manera que inscrito en el Registro un título no cabe ya el acceso al Registro del título contradictorio o incompatible con él. Este principio, integrado en el de prioridad y también en el de tracto sucesivo, aparece desde el principio en la legislación hipotecaria en artículos que ni siquiera han cambiado de número, como son los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria.

Desde el momento en que el legislador se inclina por un principio de cierre registral, a diferencia del sistema francés, en que cabe el acceso al Registro de todos los títulos en forma amontonada, la consecuencia de legalidad viene sola. Si un título que va a acceder al Registro produce ese efecto impositivo de las ventajas de un sistema de publicidad para otros títulos rezagados, lo lógico es que ese título acceda con todos los requisitos legales y bajo un control de legalidad, pues en otro caso, produciría un

drástico efecto en el vacío, no explicándose de ninguna manera ese efecto excluyente de cierre registral.

En cambio, el sistema francés, muy a pesar de sus autores o comentaristas actuales, tomó partido por un sistema de acceso indiscriminado de títulos, con amontonamiento de ellos en el Registro, con lo cual el principio de legalidad sigue otros derroteros totalmente diferentes.

Unido al principio de cierre registral está el principio de especialidad, de base claramente germánica, uno de cuyos pilares es la llevanza del Registro por fincas, es decir, que toma a la finca como base del sistema, de tal manera que para cada finca, como dice CELESTINO PARDO, «sólo oferta un propietario», es decir, sólo publica una titularidad de dominio y todas las demás titularidades limitadas que existan sobre dicha finca partiendo de un determinado titular. En cambio, el sistema francés no ofrece un solo propietario, sino un cúmulo de títulos sin garantía alguna de legalidad.

Pero si sólo oferta un propietario, en base al principio de tracto sucesivo y del de especialidad, lo lógico es que esa oferta tenga unas garantías de legalidad, pues en otro caso no se explicaría esa oferta única y mucho menos la exclusión de las ventajas de un sistema a los demás posibles titulares.

Todo esto es invento de los sistemas germánicos a diferencia del sistema de transcripción francés, con lo que estamos ante una diferencia de fondo altamente significativa para la explicación del principio de legalidad y de calificación registral.

Los legisladores franceses se han dado cuenta de la imperfección de su sistema, pero no podían partir ya de otro sistema diferente de un plumazo, pues la implantación de un sistema inmobiliario exige muchos años, como se demuestra con el que implantaron nuestros legisladores en 1861, en que el problema principal fue el llamado de «planteamiento de la Ley Hipotecaria», que llevó a que ésta no pudiera regir plenamente hasta pasados quince años, por la dificultad de pasar del sistema antiguo de clandestinidad al sistema moderno de publicidad.

Por eso, en 1955 han hecho una reforma importante que es un paso hacia los sistemas germánicos, que por otro lado lo tienen dentro de sus fronteras en Alsacia y Lorena, como sistemas que funcionan perfectamente, según los propios autores franceses, y en ese año 1955 han tratado de llegar a ese acercamiento a través del llamado «efecto relativo de la publicidad» y del «fichero inmobiliario», de tal manera que se exige para que se pueda producir el acceso registral que previamente haya tenido acceso al Registro el título anterior. Pero el sistema sigue sin ser perfecto porque pueden existir y de hecho existen varias «cadenas de títulos transmisivos», con lo cual un título accede al Registro con base en otro anterior, pero sigue sin ofertarse un solo propietario para cada finca, pues por el antiguo amontonamiento de

títulos puede existir la cadena de titulares que arrancan de otro propietario diferente. Así, PAUL FREMONT, Presidente del Comité y de lo Contencioso de los Registradores de Hipotecas de París, en relación con ese efecto relativo de la publicidad, que él denomina «serie ininterrumpida de transmisiones sucesivas», dice en primer lugar que es muy importante, porque «permite al beneficiario de una transacción tener la certeza de que el bien o el derecho que son objeto del acto jurídico pertenecen realmente a quien los cede». Pero añade que «el artículo 34 del Decreto de 14 de octubre de 1955, se señala, no obstante, que deben considerarse correctas las referencias cuando se refieren a un título que dejó de surtir efecto a causa de haberse hecho público otro documento». «En otras palabras, el documento presentado se publicará no solamente si el cedente o último titular es el propietario en el momento de la transmisión, sino también si hubiera sido propietario con anterioridad, ya que en este último caso no nos hallamos ante una situación en que no se haya hecho público un documento anterior, sino ante una persona que cede varias veces su propiedad, lo que va a dar lugar a varias cadenas de transmisión paralelas».

Seguidamente, en relación con esto, recuerda que «aparte de los departamentos del Bajo Rin, Alto Rin y Mosela, el sistema francés de poner en conocimiento público los actos jurídicos relativos a la propiedad inmobiliaria, adaptado al principio del otorgamiento de contratos entre las partes por el mero consentimiento de éstas, no es constitutivo de derechos en lo que a ellas atañe, sino que simplemente les confiere derechos con respecto a aquellos que, teniendo derechos que oponer a su vez, aún no los hayan hecho públicos y que, por lo tanto se deduce que los documentos se hacen públicos aunque carezcan de validez en cuanto al fondo, refiriéndose las comprobaciones efectuadas al depositarse los documentos meramente a la observancia de la reglamentación sobre la publicación de los actos jurídicos inmobiliarios».

Y reconoce a continuación que «esta posible multiplicidad de cadenas de transmisión, que puede apreciarse en muchos países, resulta, evidentemente, muy molesta» (12).

Tenemos que añadir que esa molesta multiplicidad de cadenas que existe en los países que siguieron el sistema francés no existe en los sistemas germánicos, entre los que se encuentra el español, ni en esos departamentos citados del sistema francés, lo que hace a todos estos altamente perfeccionados, y al mismo tiempo revela que el principio de especialidad y cierre registral están íntimamente relacionados con la necesidad de la calificación registral, implicándose mutua y recíprocamente.

(12) Págs. 220 y 221 del libro *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Colegio de Registradores, 1993.

Pero no se trata sólo del cierre registral y del principio de especialidad, sino que hay otros principios fundamentales dentro del sistema, que exigen la calificación registral de los títulos para el acceso al Registro.

Esto nos lleva al examen de los principios de legitimación y de fe pública registral en relación con el de calificación registral.

El principio de legitimación registral es una de las exigencias fundamentales de los modernos sistemas inmobiliarios por razones de seguridad jurídica, y deriva de la institución germánica de la *Gewere*, que daba lugar para quien obtenía la investidura que implicaba la misma, efectos ofensivos, defensivos y traslativos. Es decir, ya no se está ante el típico principio romano del *nemo dat...*, sino que el que tiene la apariencia del derecho, se presume que tiene el derecho a efectos traslativos.

Este principio, procedente del Derecho Alemán, introducido en la legislación de 1909 y reforzado y depurado en la reforma de 1944 con tintes germánicos y suizos, está actualmente reconocido en los artículos 38, 97 y I.3.º LH, y se resume diciendo que el dominio y los derechos reales inscritos se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

Esta presunción legitimadora que impone la seguridad jurídica, carecería de fundamento si no existiera la calificación registral, pues si el asiento se extiende sin un examen o comprobación de la legalidad o validez del título, no se explica que luego la ley le conceda esa presunción de legalidad y validez. La única explicación que no conduzca al absurdo es por la indicada razón de que el Registrador hace una completa calificación de la legalidad del documento en todos sus aspectos posibles.

Numerosos efectos o consecuencias se producen a partir del principio de legitimación registral. Unos son sustantivos y otros procesales.

En el aspecto sustantivo, se presume que el titular registral es el verdadero titular en el tráfico jurídico y ha de ser tenido como tal mientras no se pruebe lo contrario. A efectos, por ejemplo, de una adquisición, nadie actualmente se apoya exclusivamente en una escritura pública, lo que significa que la realidad sociológica, tan importante en la valoración de las normas, aprecia esta presunción legitimadora en grado sumo. El que se apoye en los datos del Registro tiene la confianza y la certeza por la presunción que el asiento registral produce, de que el derecho existe, que el título de adquisición es legal y válido, que el titular es verdadero y las cargas que resulten del Registro, todo ello en la forma determinada por el asiento respectivo. Al propio tiempo, estos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Todo esto lleva consigo la necesidad de la calificación registral del modo más amplio, pues en otro caso, decae y queda sin fundamento el principio de legitimación registral.

No es sólo esto: el asiento registral supone *las presunciones posesorias*

de buena fe, que dan lugar a múltiples manifestaciones, lo cual requiere que el asiento recoja títulos válidos y eficaces y no con posible tacha de nulidad.

Es más, partiendo de aquí, el titular registral goza de un arma muy importante contra el mero detentador *a través del procedimiento del artículo 41 LH* que, sin necesidad de sentencia previa, y sólo a partir de una inscripción, le permite obtener el lanzamiento del perturbador. El juez en ese procedimiento tiene en cuenta los datos de la inscripción, actuando a modo de proceso de ejecución, pues sólo se conocen determinadas causas de contradicción muy limitadas, y siempre teniendo en cuenta el enlace con el asiento registral, como ocurre con la posesión derivada de titular registral.

Mal se podría justificar el procedimiento del artículo 41 LH si no existiera la calificación registral. Pero el procedimiento del artículo 41 LH tiene, en primer lugar, base constitucional en el citado artículo 117 número 4 de la Constitución, ya que el Juez actúa aquí ejecutando una inscripción, es decir, realizando una función de garantía de un derecho no juzgado todavía, en base a la presunción legitimadora del Registro. Y dicho artículo 41 LH tiene como base precisamente el principio de legitimación registral y las presunciones posesorias a favor del titular registral.

Pero lo que se quiere resaltar ahora es que el proceso del artículo 41 LH carecería de fundamento, si la inscripción que le sirve de base fuera practicada sin ningún control de legalidad.

Por otra parte, *el procedimiento judicial sumario y el extrajudicial de ejecución hipotecaria* derivan también del principio de legitimación registral y del control de legalidad realizado por el Registrador al practicar el asiento. Se trata de una ejecución sumaria sin posibilidad de contención, lo que únicamente puede justificarse a través de la presunción de validez de la hipoteca inscrita en virtud del control de legalidad y del subsiguiente principio de legitimación registral. El Juez no puede entrar en este procedimiento a conocer problemas de fondo, sino únicamente si la inscripción de hipoteca está subsistente y sin cancelar, porque dicha inscripción es la base única y exclusiva del procedimiento.

Más importante es todavía a estos efectos *el principio de fe pública registral tomado también del sistema germánico y recogido por el artículo 34 LH*, en virtud del cual se produce la inatacabilidad del derecho inscrito siempre que el titular registral reúna los requisitos de dicho artículo 34 LH. Aquí ya la fuerza de la inscripción es definitiva y no cabe desvirtuarla ni siquiera por parte de los Tribunales, pues reuniendo el tercero los requisitos legalmente previstos se atiende a la seguridad del tráfico. En este punto, es fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, que precisamente alude a que es exponente el artículo 34 del principio constitucional de seguridad jurídica, a propósito del

conflicto entre dicho precepto y el artículo 878.2.º del Código de Comercio en relación con la retroacción de la quiebra, haciendo prevalecer aquél.

Pues bien, *este artículo 34 LH carecería de justificación si su inatacabilidad no se apoyara en el control de legalidad de la inscripción en virtud de la calificación registral.*

La doctrina destaca ampliamente este fundamento de la calificación registral, partiendo de los principios de legitimación y de fe pública registral.

Al comentar el antiguo artículo 18 LH de 1861, GALINDO y ESCOSURA ya dijeron que de los varios sistemas que podían haberse seguido, la ley siguió el sistema de «someter a su juicio (de los Registradores), no sólo la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes, sino también la validez o nulidad de la obligación» (13).

Veamos lo que nos decía hace ya mucho tiempo el gran hipotecarista DÍAZ MORENO:

«La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; pero, sin embargo, contra el tercero que inscribe no prosperan las acciones de nulidad, falsedad, rescisión, ni resolución procedentes de títulos anteriores no inscritos, ni las originadas por títulos inscritos cuando se hace la notificación que autoriza el artículo 34, o se obtiene sentencia en juicio de liberación; ni estos títulos no inscritos se pueden ya inscribir cuando lo esté el que sea traslativo de dominio en favor de tercero, ni perjudican a éste los derechos que contengan, ni en general, es dueño sino el tercero que inscribe, y en el estado de derecho en que, según el Registro, se hallen los bienes al tiempo de la presentación de su título. Un acto público, la inscripción, que aun no siendo nuestro sistema hipotecario como el alemán, sustantivo y absoluto, tiene trascendencia semejante, ni podría ser encomendado a funcionarios desconocedores de las leyes, ni éstos lo habrían de verificar sin que se les reconocieran facultades para juzgar de la validez de los títulos y para rechazar, en consecuencia, los que carecieran de ella. ¿Qué importa, en efecto, el principio fundamental del artículo 33 de la Ley cuando la sentencia de nulidad de la inscripción haya de realizarse sobre bienes que se hallen en poder de tercero con título inscrito? Era preciso, pues, para evitar en cuanto sea posible los casos de discordia entre el Derecho Civil y el hipotecario, conferir a los Registradores, bajo estrecha responsabilidad, el encargo de no inscribir sino títulos válidos y válidos íntegramente, esto es, en cuanto al acto o al contrato que contenga el mismo título y respecto de las formas exigidas a éste, porque la carencia de ellas puede sobrevenir una inscripción nula, conforme al artículo 30, y el perjuicio consiguiente, o el trastorno al menos, de tenerla

(13) Tomo 2, pág. 9 de su *Legislación Hipotecaria*.

que rectificar». «El Registro —dice la Exposición de Motivos de la Ley— debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva» (14).

Y JERÓNIMO GONZÁLEZ decía lo siguiente al hablar del principio de legalidad: «La excepcional importancia que en los sistemas germánicos se concede a la inscripción y las ventajas indiscutibles que otorga a los terceros adquirentes, llevan a una rigurosa censura de los actos indiscutibles, a una especie de juicio hipotecario, basado en los documentos presentados y en los datos registrales, que asegure el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica».

«Ya la Ordenanza germánica de 20 de diciembre de 1783 prescribía que, si bien los Colegios (Tribunales) no responden ordinariamente de la validez y autenticidad de los actos otorgados por las partes, están obligados a cuidar de que no se inscriban negocios ilegales o notoriamente ineficaces, a fin de que no se abuse de la confianza del público en la legalidad de los actos registrados por un Juez, ni se susciten pleitos o reclamaciones por la inexactitud, oscuridad u otras faltas de los documentos presentados. En su virtud, los encargados del Registro debían no sólo velar porque la petición no contuviera nada contrario a las leyes, sino también examinar si en el perfeccionamiento del acto inscribible se habían observado las solemnidades prescritas para su validez y autenticidad, si los instrumentos otorgados se hallaban clara, precisa y exactamente redactados, y estaban extendidos con las formalidades y requisitos indispensables, según la diversa clase de negocios» (15).

Y un poco más adelante, después de citar a AZCÁRATE, que consideraba al Registrador como «un juez que resuelve el derecho a favor de una persona determinada», decía:

«En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios» (pág. 434) (16).

(14) Págs. 358 y 359 de su *Legislación Hipotecaria*.

(15) *Estudios de Derecho Hipotecario*, pág. 432.

(16) *Ob. cit.*, pág. 434.

Más modernamente, SANZ FERNÁNDEZ, al hablar de la importancia de la función calificadoradora, dice lo siguiente:

«De todo lo dicho hasta ahora deriva claramente la gran importancia y trascendencia de la función calificadoradora, en cuanto es el medio fundamental de actuación del principio de legalidad. A través de la función calificadoradora se consigue que normalmente ingresen en el Registro títulos válidos y perfectos y que, por tanto, el régimen hipotecario actúe en su forma más adecuada. La función del Registro es dotar de seguridad a los derechos reales, y no quedaría debidamente cumplida si no hubiera un medio de conseguir que los derechos reales protegidos por él sean válidos y perfectos. La enérgica protección de los principios de legitimación y fe pública debe aplicarse normalmente, confirmando o asegurando derechos perfectos, pero no en beneficio de los que no lo sean. Como este fin sólo se consigue a través del principio de legalidad, el cual, a su vez, actúa por medio de la función calificadoradora, la importancia de ésta es incuestionable» (17).

Y ROCA SASTRE:

«La importancia de la función calificadoradora del Registrador está en consonancia con la importancia de los efectos mismos que la inscripción en el Registro de la Propiedad implica. Basta pensar, entre otros efectos que produce la inscripción en cuanto integra el contenido de los Registros de la propiedad, con los efectos derivados del principio de legitimación y, sobre todo, los del principio de fe pública registral, para comprobar la trascendencia que ofrece el hecho de que un título pueda o no inscribirse según sea la decisión calificadoradora del Registrador de la Propiedad, confirmada por las resoluciones que recaigan en los recursos interpuestos contra la misma. Cuantos más enérgicos sean los efectos que un sistema inmobiliario registral atribuya a la inscripción, tanto más será importante la función calificadoradora del Registrador» (18).

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ dice:

«La gran fuerza publicitaria que la ley otorga a los asientos registrales y los inevitables efectos que de la misma se derivan, están basados en un requisito previo y decisivo que a modo de condición debe cumplirse para que el acto o contrato tenga reflejo en el Registro y quede protegido por todos sus principios. Este requisito previo es la calificación registral. Sin que el título o documento que contenga el acto inscribible sea sometido a esa especie de «control jurídico» no puede practicarse ningún

(17) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 153.

(18) *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.^a ed., pág. 250.

asiento —salvo el del libro *Diario*— en los correspondientes libros del Registro» (19).

Y luego añade una idea interesante: «La Ley se promulga, se sanciona, se publica, con el inmediato objeto de que se cumpla» (20).

Otro principio fundamental que ha de ser tenido en cuenta respecto al fundamento de la calificación registral es el de *usucapión secundum tabulas*. También con bases germánicas, el artículo 35 LH considera a la inscripción como «justo título» a efectos de la usucapión ordinaria. El artículo 35 constituye una excepción al artículo 33, es decir, a aquello de que la inscripción no convalida el acto nulo, pues tratándose de usucapión, permite considerar justo título para la usucapión ordinaria a la inscripción, acortándose así los largos plazos de la usucapión extraordinaria para cuando no hay título. Pero no se justificaría este precepto si no se partiera de que los títulos que acceden al Registro tienen el filtro de legalidad que proporciona la calificación registral.

V. LA FUNCION REGISTRAL Y EL NOTARIADO

A diferencia de algunos sistemas inmobiliarios, que prescinden del Notario en la elaboración del documento inscribible, que es lo que ocurre en el sistema australiano, de amplio alcance, pues no sólo se aplica en Australia, sino que ha influido en multiplicidad de países, entre ellos veinte Estados de Estados Unidos, países coloniales de nueva creación en Asia y Africa y con alguna influencia también en Inglaterra, y a diferencia de aquellos sistemas inmobiliarios en que cabe indistintamente la inscripción de la escritura notarial y del documento privado, siempre que tenga las firmas reconocidas, del que es un ejemplo próximo la legislación italiana, el sistema inmobiliario español, creado en 1861, se asienta sobre dos pilares fundamentales: el Registro de la Propiedad y el Notariado.

Y a diferencia también de aquellos sistemas en que por tratarse de sistemas de transcripción están todavía en fase rudimentaria de formación y no dan el alcance necesario para la seguridad jurídica a los principios hipotecarios, el sistema inmobiliario español se nos presenta como un sistema equilibrado de esos dos pilares fundamentales para la seguridad jurídica extrajudicial, que son el Registro de la Propiedad y el Notariado.

Para un examen equilibrado de ambas funciones, hay que partir de unas consideraciones fundamentales que ha hecho MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, Registradora de la Propiedad y gran jurista, en unas notas

(19) *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, pág. 17.

(20) *Ob. cit.*, pág. 18.

inéditas, todavía no publicadas, a la que hago desde aquí un tributo de reconocimiento por su inteligencia y su valía, no siempre reconocidas en todos los ámbitos.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS parte de que el Derecho tiene, como cualquier otro ámbito, sus propias reglas. Y estas son *reglas de validez*, como por ejemplo, cuando el ordenamiento exige consentimiento, objeto y causa de los contratos y que no se opongan a las leyes imperativas.

Para velar por esas reglas de validez existen en el ámbito extrajudicial del tráfico jurídico esas *dos Instituciones fundamentales: el Notariado y el Registro de la Propiedad*, cada una con un cometido diferente, aunque mutuamente relacionadas.

El Notario se mueve bajo dos principios fundamentales: la veracidad, que es tanto como decir fehaciencia y autenticación; y *la legalidad*, acomodando el negocio a la legalidad y realizando un juicio previo y provisional de legalidad.

El Registrador de la Propiedad se mueve bajo una serie de principios, que son los llamados principios hipotecarios, entre los cuales destacamos la calificación registral, que es un juicio de valor de la legalidad de los documentos definitivos en el ámbito extrajudicial, sin perjuicio, naturalmente, de lo que decidan los órganos de recurso y sin perjuicio también de lo que decidan los Tribunales en el juicio correspondiente. *Ese juicio de legalidad es fundamental para que opere la publicidad registral*, a partir de la cual operan todos los principios hipotecarios que constituyen los efectos del sistema.

Para mejor examinar las relaciones entre ambas Instituciones en este aspecto, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS distingue la existencia de dos cadenas en el tráfico jurídico extrajudicial de los negocios jurídicos inmobiliarios.

Por una parte está *la cadena de la usucapión*, es decir, la cadena del tiempo, que todo lo convalida, por el transcurso de treinta años, en la que convive documentación pública con documentación privada, sin necesario tracto sucesivo y totalmente sometidas a los vaivenes de la inseguridad jurídica. Aquí, como digo, cabe la documentación privada, pero también aquella documentación notarial que se ha realizado sin adaptarse a las reglas del sistema inmobiliario, bien porque se han autorizado documentos incompletos, imperfectos o incluso irregulares o prescindiendo de los principios del sistema inmobiliario y concretamente, tracto sucesivo y cierre registral.

Y por otra parte está esa otra cadena de mayor calidad que es la que dicha autora denomina «*cadena verificada de legalidad*», en la que el Registrador, ateniéndose a los principios y al sistema inmobiliario como órgano específico encargado por la ley de la pureza del mismo, controla la

legalidad y da acceso a aquellos documentos que por reunir los requisitos legales de validez y regularidad han de acceder a dicha cadena con plena aplicación de los principios hipotecarios. Accederán aquellos documentos notariales que se adapten a los principios del sistema, aparte de los demás documentos inscribibles previstos en la Ley Hipotecaria.

Para mejor comprender esta función registral que da acceso a la «cadena verificada de legalidad», observaremos que no es nada más que una aplicación de las ideas del gran filósofo KANT, que tanto influyó en el mundo jurídico, al mismo tiempo que él también tomó ideas de la Ciencia del Derecho.

KANT dice que para emitir un juicio del entendimiento o un pensamiento, y la calificación registral como juicio de valor lo es, es necesario que *previamente exista una «realidad»* que viene de fuera. Pues bien, esa realidad está preparada por el Notario, que es el que hace el acopio de datos de esa realidad y con su juicio de veracidad y legalidad enmarca previamente esa realidad bajo los parámetros del espacio y del tiempo, esos dos aspectos que tanto interesaban a KANT.

Una vez recibida esa realidad, el Registrador que ha de emitir un juicio, pone de su parte una serie de elementos que no están en esa realidad, porque son las categorías o principios que le sirven para emitir un juicio que dará orden, valor y una nueva realidad a esa realidad que ha recibido. Las categorías de KANT salvando las distancias, son aquí los principios hipotecarios y la legalidad que sirve de base al Registrador para emitir su juicio de calificación.

En definitiva, la «*materia*» de KANT, enmarcada en el espacio y en el tiempo, es la actuación notarial que confecciona el título con el acopio de datos de la realidad bajo las ideas de veracidad y juicio previo de legalidad; y la «*forma*», a efectos del sistema inmobiliario, a efectos de la «cadena verificada de legalidad», la proporciona el Registrador con su calificación y con todos los instrumentos registrales para dar publicidad al negocio y al derecho resultante. Contraposición entre *materia* y *forma* en sentido filosófico, pues luego veremos que en sentido jurídico, la *forma* está encomendada al Notario, y la *publicidad*, que es institución diferente, al Registro de la Propiedad.

VI. EL TOPICO DE LA DOBLE CALIFICACION

La adecuada comprensión de las funciones notarial y registral viene empañada desde ciertas posiciones maximalistas que introducen tópicos de gran confusión para la delimitación de ambas funciones.

Un tópico no muy difundido desde una perspectiva registral minoritaria

e inadecuada consiste en ver en el Notario órgano meramente autenticador o dador de fe que excluye toda idea de control de legalidad.

En principio esta posición podría parecer que encuentra fundamento en la propia legislación notarial, ya que la Ley del Notariado no atribuye al Notario ninguna función de control de legalidad, sino que sólo alude a su función de dar fe y de autenticación y autorización del acto. Así, en los artículos 1, 23 y 25, dicha Ley se refiere a la función del Notario de «dar fe». Y en el artículo 17 se alude a su función de «autorizar el documento».

Pero a pesar de todo, nos parece evidente que el Notario, al dar fe y autorizar el documento, debe realizar un juicio de legalidad para determinar si el acto o negocio se acomoda o no a la legalidad, pues como todo funcionario público tiene la obligación de «cumplir la legalidad».

Desde la perspectiva notarial, y no ya tan minoritaria, se viene extendiendo en los últimos años otro tópico antirregistral, que es el de la llamada «doble calificación», queriendo aludir a la calificación registral sí, pero al lado de ella existe otra calificación, la llamada «calificación notarial».

Al igual que la posición de negar al Notario la función de realizar un juicio de legalidad es inadmisibles, también lo es atribuirle una función similar a la registral, invadiendo términos, conceptos y funciones propias de la función registral.

Por ninguno de esos caminos se conduce a ninguna solución clarificadora, sino a una mezcla de funciones que producirá graves confusionismos.

Frente a esta última posición, hay que señalar que ningún precepto ni de la Ley del Notariado, ni del Reglamento Notarial, ni del Código Civil, ni de la Legislación hipotecaria atribuye al Notario la función de «calificar». Este es un concepto específico y acuñado en su esencia y terminología (calificación registral de un documento inscribible) en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que parece se olvida y dice con toda claridad: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad...» Y esta función de calificación es exclusiva de ellos, sin que puedan realizarla otros órganos.

Lo que realiza el Notario es un juicio previo y provisional de legalidad, consecuencia de su responsabilidad y de su obligación de «cumplir las leyes», y corresponde al Notariado encontrar un término adecuado para tal función, sin invadir ni arrogarse términos y funciones que la Ley encomienda con exclusividad al Registrador. Pensamos que sería clarificador denominar a ese aspecto de la función notarial, función «conformadora» del negocio a la Ley, o de «adecuación a la Ley», pero no calificación cuando este concepto está ya reservado en la legislación vigente a otro funcionario, el Registrador.

El tópico de la doble calificación, al mezclar y confundir dos funciones diferentes y apropiándose para el Notariado de un concepto acuñado durante decenios para la función registral, lo que en definitiva produce, y quizá sea

ese un propósito, es que si hay una doble calificación, sobra una de las dos calificaciones. Pero los creadores del tópico no se percatan de que, si la cuestión se plantea desde la perspectiva de la guerra, el resultado podría no ser el que pretenden, sino el contrario, la supresión del Notario como órgano de legalidad y como suministrador cuasi exclusivo de documentación inscribible. En cualquier caso, es evidente, desde distintas perspectivas, que la función de legalidad del Notario no deja de ser un juicio previo y provisional de legalidad, que no satisface por sí sola, si no se la complementa con la calificación registral, las exigencias del tráfico jurídico inmobiliario.

Y ello por los siguientes argumentos:

1.º *Porque el Notario realiza su función bajo la idea de «cliente», que es de esencia al Notariado y nada tiene que ver con el Registrador de la Propiedad.* El Notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un Abogado defensor del mismo. El Notario mantiene una íntima relación con el cliente, tratando de encontrar la fórmula idónea para sus intereses, y en estas condiciones faltan las condiciones de objetividad necesaria para que el juicio de legalidad del Notario sea definitivo y decisivo en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario y de los principios y efectos de dicho tráfico.

Téngase en cuenta que, como consecuencia de la inscripción, los asientos quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y no parece que esto se pueda producir si no existe un órgano imparcial e independiente encargado por la ley de la calificación registral.

En este sentido, JOSÉ LUIS MEZQUITA ha aludido a la «inevitable relación subjetiva del Notario con el cliente», frente a lo que él llama la «objetividad calificadora registral».

Y CÁNDIDO PAZ ARES, en una conferencia pronunciada en febrero de 1994 en Barcelona, en defensa de la función notarial, no tiene más remedio que reconocer este límite que impone la situación con el cliente. Cuando dicho autor alude a la «producción de ordenación pública» del Notariado, creadora de legalidad, advierte que la posición de los clientes puede ser muy variada. Unas veces, al propio cliente le interesa que se cumpla estrictamente la legalidad, caso del testamento. Pero otras veces, los clientes sólo ven el producto de calidad para ellos mismos, no pensando en la legalidad y en el beneficio de toda la sociedad y de los terceros. Y el propio autor ve en este último caso, el problema que se le puede plantear al Notario, como abogado defensor de sus clientes. Y añade que el problema se puede agravar por la competencia entre Notarios, a la que ahora aludiremos.

La solución está en la calificación registral, como juicio de legalidad

ulterior y definitivo en el ámbito extrajudicial, a efectos de la publicidad inmobiliaria.

La calificación registral se muestra así como objetivamente imparcial al no estar conectada con ningún cliente.

El sistema inmobiliario extrajudicial de tráfico, por razones de seguridad jurídica y por los efectos derivados de la misma (presunciones legitimadoras e *inatacabilidad*), necesita, además del Notario, otro órgano que controle la legalidad de las operaciones no contenciosas, con total imparcialidad, que el Registrador de la Propiedad, que por su distanciamiento de todo cliente y por su profesionalidad y especialización en la calificación, tiene encomendada tal actuación.

A veces se ha dicho que el Notario es Abogado defensor de ambas partes (CÁNDIDO PAZ ARES). Pues bien, el Registrador de la Propiedad, además de Abogado defensor de «ambas partes», nunca de una sola, es también «defensor de los terceros», y en esto se diferencia fundamentalmente del Notario.

En este aspecto, más que Abogado, el Registrador se nos aparece como Ministerio Fiscal y como Juez, si bien en un ámbito específico diferente del de esos funcionarios: el ámbito de las operaciones inmobiliarias extrajudiciales del tráfico jurídico normal o corriente.

Así, el Registrador de la Propiedad, a través de su control de legalidad, protege los derechos de menores, incapaces, ausentes, herederos desconocidos y terceros en general, de modo diferente, pero con algún paralelismo en este punto, con el Ministerio Fiscal. Pero como este último no puede actuar en el ámbito inmobiliario de las operaciones de la vida corriente o mundo extrajudicial, la Ley encarga esta parcela a un órgano especializado en ese ámbito, que es el Registrador.

Por otra parte, el Registrador, al decidir si procede o no la inscripción del documento, a través del control de legalidad que implica la calificación registral, actúa también a modo de Juez territorial, como ha destacado la mejor doctrina, si bien en un procedimiento no contencioso, de garantía de derechos, afectante a personas que no se encuentran en situación de conflicto contencioso. Y como no es cometido del Juez inmiscuirse en el amplio campo de las operaciones inmobiliarias del tráfico jurídico no contencioso, la Ley ha encargado esta función de calificación al Registrador de la Propiedad, como base fundamental de los demás efectos que la legislación hipotecaria atribuye a la inscripción registral.

2.º *La libertad de elección de Notario por parte del público.* Esta característica del sistema notarial, que da indudable carácter profesional al Notario, determinar que el juicio de legalidad no pueda ser definitivo o pleno, sino provisional, ya que al no existir un sistema obligatorio de competencia territorial, un particular que ha recibido un determinado juicio de legalidad por parte de un Notario, puede acudir a otro que emita un

juicio de legalidad quizá diferente, pues las personas son distintas y en Derecho también son diferentes los criterios jurídicos.

Pero por esta vía es imposible hablar de juicio de legalidad definitivo, pues en cualquier momento puede ser desvirtuado dentro del propio Notariado.

En cambio, el Registrador de la Propiedad actúa en su calificación bajo el sistema de competencia territorial, según el lugar de situación de la finca, sin que pueda acudir a un sistema de libre elección porque está en juego la organización de los principios registrales del historial de una finca, y si hubiera Registradores que pudieran actuar por libre cada uno reuniendo el historial de la finca, se duplicarían tales historiales y sería un sistema antieconómico, lo que unido a que están en juego problemas del derecho de propiedad y de los derechos reales, que son de orden público, justifica el sistema obligatorio de competencia territorial y la intervención del Estado en este punto, sin perjuicio de delegar en el Registrador la organización del servicio profesionalmente.

Esta característica de «libertad de elección del Notario por parte del público» frente al sistema de competencia territorial, ha sido también puesta de relieve por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.

En este punto, cabría apuntar la influencia que el control de legalidad de la calificación registral ha podido producir en el Notariado. Es más, creemos, sinceramente, que la altura científica del Notariado en España, si bien se debe sin duda al sistema de selección por oposición y a la organización del propio Cuerpo Notarial, no cabe descartar alguna influencia que haya ejercido o podido contribuir a ello la calificación registral, que ha actuado como equilibradora ecológica.

Y viceversa, esa preparación de altura del Notariado también ha provocado un estímulo científico en la calificación de los Registradores de la Propiedad, pues la aparición de nuevas figuras en los documentos notariales ha fomentado un mayor estudio y preparación de los mismos. La actual vida del tráfico jurídico es de nuevas y extrañas figuras y de alto riesgo para la responsabilidad de Notarios y Registradores.

Pero según decíamos, no se puede olvidar la importancia de la calificación registral en la práctica notarial.

Como en todas las profesiones, hay Notarios cuidadosos en la redacción de las escrituras y que exigen todos los documentos y requisitos previstos. Pero también hay otros Notarios más flexibles en la interpretación, que actúan de una forma aparentemente más cómoda para los interesados, aunque a la larga el efecto es menos favorable a los mismos que la actuación del Notario metódico.

La fuerte competencia en que actúa el mundo notarial produciría una concentración de clientes ante Notarios que ofrecieran fórmulas más cómo-

das, y bajaría enormemente el listón de altura del Notariado, si no fuera por el control de legalidad del Registrador en un ámbito de competencia territorial fijo por la situación de las fincas o folio real.

Lo que queremos en definitiva decir es que esta libertad de elección del Notario repercute en el juicio de legalidad, que requiere otro juicio de legalidad posterior definitivo.

Obsérvese que no predicamos la uniformidad, ni en el campo notarial ni el registral, pues es la imaginación de cada Notario y de cada Registrador en su respectiva función diaria las que hacen crear nuevas figuras dentro de los límites de la legalidad. Por otra parte, la ulterior uniformidad se produce por la doctrina de los órganos de recurso contra las calificaciones registrales y también por la interpretación jurisprudencial de los Tribunales.

3.º *Otro aspecto que ha de resaltarse para demostrar que el juicio de legalidad del Notario no puede ser definitivo, es la existencia en la práctica y en el Reglamento Notarial de la figura de escritura hecha con arreglo a minuta*, en la que el Notario recibe la minuta de una de las partes que actúan en masa a modo de condiciones generales de la contratación, y si la otra parte, una vez advertida, no pone ningún reparo, será redactada conforme a minuta, y el Notario se libera de responsabilidad.

La actuación del Registrador es diferente, pues ha de calificar las cláusulas de esa escritura redactada con arreglo a minuta, en beneficio de la parte que sufre el desequilibrio de las condiciones generales de los contratos, o mejor dicho, en defensa de la legalidad y de los terceros en general.

Es más, si una entidad cualquiera pretendiera que se redactara una determinada inscripción con arreglo a minuta, el Registrador no podría admitirlo, al ser la redacción de los asientos cuestión de orden público, sin perjuicio de que los interesados pudieran recurrir contra la minuta del asiento ante el Juez de Primera Instancia conforme al artículo 258 de la Ley Hipotecaria.

4.º *Otro aspecto importante a estos efectos es el de las «advertencias» notariales*. Cuando se aportan documentos insuficientes o no se aportan tales documentos y es urgente el otorgamiento de la escritura, cabe la fórmula de otorgarla haciendo las correspondientes «advertencias» previstas en el Reglamento Notarial. Así, en los casos de mandatario verbal, o de no aportación de poder, o de situación pendiente de inscripción en el Registro Mercantil o en el propio Registro de la Propiedad, etc.

Con este sistema de advertencias, que es muy plausible, pues está en juego la urgencia de un otorgamiento con su fecha, no es posible un juicio definitivo y pleno de legalidad a efectos de los principios del tráfico jurídico inmobiliario, fundamentalmente los de legitimación y fe pública registral, y se requiere el complemento de la calificación registral en que no existe ese sistema de advertencias, sino supuestos de asientos provisionales

como el asiento de presentación y anotaciones preventivas por defectos subsanables que permiten dar prioridad a esas situaciones sin producir los efectos plenos hasta que no se cumplan los requisitos de legalidad derivados de la calificación registral.

5.º *Los nuevos hechos.* Desde la perspectiva de estos «hechos nuevos» se explica la importancia de la calificación registral en relación con la actuación notarial y como complemento y colaboración con la misma.

Para explicar estos nuevos hechos, basta leer lo que sobre los mismos escribe el Notario JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, en conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en los siguientes términos:

«Los nuevos hechos. Toda evolución histórica, en cualquier materia, es el proceso de las respuestas que los hombres de cada época han dado y dan a los nuevos problemas que aquélla les plantea, utilizando para ello los instrumentos que les brinda su depósito cultural acumulado. Es preciso, por tanto, para captar el sentido de dicha evolución, delimitar en primer término cuáles son los nuevos hechos. Y no parece discutible que, por lo que al objeto de este estudio se refiere, los nuevos hechos sobrevenidos son: la masificación de determinado tipo de contratación y la ampliación de exigencias de seguridad».

«1. La masificación. El otorgamiento masivo de determinados tipos de contratos, muy especialmente de escrituras de compraventa y de préstamo hipotecario, ha provocado un doble efecto: por una parte, ha privado al Notario de un aspecto esencial de su función, la redacción del documento, que se otorga, en la práctica totalidad de los casos, con arreglo a una minuta elaborada por la propia entidad prestataria; y, por otra, limita la intervención del Notario a lo largo de todo el “*iter negocial*”, al único y exclusivo momento de la autorización de la escritura, con lo que todos los aspectos que integran el quehacer propio del Notario, en los términos que antes se han considerado (consejo, asesoramiento, etc.) tan sólo muy difícilmente pueden llegar a tomar cuerpo, debiendo limitarse el Notario a una simple tarea informativa, lo que no es poco, pero que tampoco parece suficiente».

«2. La ampliación de las exigencias de seguridad. Es obvio que los hombres, en toda época y en cualquier circunstancia, han sentido la necesidad de seguridad que, entendida en su noble sentido, no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, sino que supone una dimensión de ésta; pero que también es susceptible de ser interpretada como manifestación de conformismo y ausencia de iniciativa, es decir, como ausencia de libertad por el miedo que ésta produce. No obstante, no es a esta temática a la que quiero referirme, sino simplemente, a la ampliación que ha experimentado su ámbito por la inclusión de todas las materias relativas a la protección del usuario y del consumidor».

Y después de exponer estos nuevos hechos, apostilla LÓPEZ BURNIOL lo siguiente:

«Pues bien, ¿cuál ha sido la respuesta del Notariado a estos nuevos hechos? Escasa, que yo sepa, hasta la fecha, por lo que a la masificación de la contratación se refiere; y muy embrionaria aún la relativa a la protección de consumidores y usuarios».

«Por el contrario, un sector de la doctrina hipotecarista sí ha aprovechado las nuevas circunstancias para ensayar, con empeño sobresaliente, una autoconfiguración expansiva de la función del Registro» (págs. 187 y 188).

Hasta aquí las palabras de LÓPEZ BURNIOL, que hay que suscribir, pero con la salvedad de que no se trata de un problema de «aprovecharse o no de la nueva situación», sino de comprender que ante ese nuevo reto, la función notarial necesita de la función registral y no puede considerarse «autosuficiente», como se pretende, pues es la función registral la que puede permitir a la función notarial superar esos nuevos problemas derivados de los nuevos hechos. Ya dije en otra ocasión, contestando al Notario JOSÉ MARÍA DE PRADA:

«La función calificadora del Registrador tiene especial importancia en aquellos casos en que una de las partes del contrato redacta de modo unilateral la minuta y ésta se repite en sucesivos contratos, dando lugar a la aparición de los contratos de adhesión y a las condiciones generales de la contratación. Toda la enorme masa de consumidores se adhiere a esa minuta porque no tiene más remedio si quiere conseguir la finalidad que se propone».

«Ante una realidad muchas veces distorsionada por el predominio de las entidades dominantes en los negocios, con contratos de adhesión y condiciones generales cada vez más agobiantes para los consumidores, se advierte la necesidad de que el Registrador de la Propiedad califique los documentos extendidos en masa, para evitar que se produzcan desequilibrios en perjuicio de una de las partes del contrato y de los terceros en general».

6.º *La realidad de los hechos.* Hay algunas razones más que explican la calificación más allá del juicio de legalidad previamente emitido por el Notario.

Se trata de la realidad sociológica, de la que se desprende diariamente que las escrituras notariales tienen un porcentaje de fallos producido probablemente por la situación de rapidez y urgencia del tráfico actual, pero que una vez conseguida la fehaciencia de la fecha y el asiento de presentación del documento requieren una subsanación en un momento en que todavía es posible al ser reciente el otorgamiento, y no el día de mañana cuando se produzca un pleito o una discusión sobre el problema.

De esa realidad sociológica me he preocupado en una Sección de la Revista *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, exponiendo los casos de «la calificación registral en la práctica diaria», que revelan en los momentos actuales la necesidad de la misma.

Me voy a limitar a exponer algunos ejemplos:

- Escritura de donación compareciendo sólo la donante. En un momento ulterior comparece el donatario y acepta. No consta la notificación de la aceptación a la donante que exige el artículo 633 del Código Civil que ha de realizarse en vida de ella. Notificada la calificación registral, se subsana el defecto compareciendo la donante y dándose por enterada de la aceptación. Conclusión: Esta donación ya no podrá ser impugnada por este motivo.
- Escrituras de hipoteca con contradicciones en el capital del préstamo (en un pacto se dicen 50 millones y en otro 45; o en un pacto de distribución de responsabilidad entre varias fincas, no cuadran las sumas con las totales) o con omisión del plazo: unas veces porque no se ha puesto (hipotecas en garantía de aval); otras veces, sencillamente, porque se ha olvidado, quedando en blanco el espacio de los años de duración. O bien, escrituras de propiedad horizontal en que las cuotas no dan el 100 por 100.

Todos estos casos, que son muy numerosos en la práctica, se solucionan con diligencias por parte de los Notarios gracias a la calificación registral. Pero conozco un caso en que no se pudo resolver el problema de la omisión del plazo de la hipoteca porque el deudor no quería colaborar, y se preguntó al Registrador la solución, que no es otra que pedir anotación preventiva por defecto subsanable y seguidamente anotación de demanda, suplicando se dicte sentencia por la que se fije por el Juez el plazo conforme al artículo 1.127 del Código Civil.

Aleccionador es también un caso que ocurrió en Cataluña en que se otorgó una escritura por dos de los tres herederos, pretendiendo adjudicarse la herencia aquellos dos en base a un auto de jurisdicción voluntaria del Juzgado de Primera Instancia, que se acompañaba, en el que se consideraba renunciante por silencio al otro hermano notificado por edictos por estar en paradero desconocido. La calificación registral impidió la indefensión del procedimiento, y como consecuencia de ella, se tiene la satisfacción de que se hicieron indagaciones y se encontró al tercer hermano, otorgándose una nueva escritura por los tres, quedando adjudicada la finca por terceras partes indivisas.

Todos estos son casos de la realidad sociológica incontestables que no se publican en el *BOE* porque no hay recurso, pero que revelan la importancia de la calificación registral en la práctica.

VII LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA FORMA Y LA PUBLICIDAD

Para la mejor comprensión de las diferencias y relaciones entre función notarial y registral, hay que profundizar en la distinción **entre** «forma» y «publicidad», y la distinción entre «la forma como prueba del negocio» y «la publicidad como prueba del negocio y de la titularidad del derecho y como legitimadora para el tráfico», de lo que carece la forma. Ello sin perjuicio de reconocer ciertas influencias recíprocas entre forma y publicidad, que luego veremos.

a) *Puntualizaremos primeramente la diferencia entre «forma» (notarial) y «publicidad» (registral):*

«La publicidad debe diferenciarse de la forma, aunque ésta también lleve consigo una exteriorización. La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra (forma verbal) o por escrito (forma escrita, ya sea en documento privado o público). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico. La forma es anterior a la publicidad. Esta es un ulterior grado de exteriorización, que opera en un campo diferente. Primero es la forma del acto y luego, sobre la base de una forma pública —normalmente— está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto. La forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico. En cambio, la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta y se refiere fundamentalmente a las partes. En cambio, la publicidad tiene también una eficacia relevante respecto a los terceros. En la forma no existe la finalidad de producir cognoscibilidad general, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad».

Por otra parte, la publicidad tiene una serie de requisitos y efectos que se resumen en los llamados principios hipotecarios. Entre los requisitos, rogación, especialidad, tracto sucesivo, calificación, consentimiento causal. Entre los efectos, inscripción conformadora respecto a terceros, inoponibilidad, letigimación, fe pública, prioridad, usucapión *secundum tabulas* y limitación respecto a la usucapión *contra tabulas*.

Los principios hipotecarios son extraños a la forma, que tiene otra normativa. Desde luego no cabe la aplicación de la legitimación registral. De la misma manera que no existe ningún precepto que dé cobertura a la calificación notarial, tampoco existe ningún precepto que dé cobertura a una **supuesta legitimación** notarial del documento.

b) *Por otra parte, la diferencia entre «forma» y «publicidad» se pro-*

duce en sus resultados. La «forma» produce «prueba» del negocio, y concretamente del «hecho del otorgamiento y de la fecha de éste». En cambio, la «publicidad produce “prueba” no sólo del negocio sino específicamente de la titularidad del derecho» y además «legitimación para el tráfico» e «inatacabilidad» en caso de fe pública registral del artículo 34 LH.

Algunos autores están tratando de introducir confusionismo, pretendiendo que la forma produzca también legitimación para el tráfico, lo que ya traté de rebatir a través de doce razones en *Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I. Los autores que han defendido esta legitimación son NÚÑEZ LAGOS, OLAVARRÍA, RODRÍGUEZ ADRADOS.

Pueden verse mis críticas a esa posición en el citado libro.

En forma correcta y moderada se hace eco de esas posiciones JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, que reconoce que el Registro es una institución que ofrece la legitimación para el tráfico. Pero se pregunta: «¿De forma exclusiva y excluyente, me atrevo a preguntar? Entiendo que no, porque yo puedo vender porque soy el dueño; y soy el dueño porque he adquirido por legítimo título, no porque haya inscrito en el Registro. Luego, lo que tengo que hacer es probar que he comprado; y lo pruebo presentando la escritura, que puede no estar inscrita. Por todo lo cual, el título que me legitima para vender es, en principio, el contrato de compra, ya que por constar en escritura pública constituye una presunción *iuris tantum* legitimadora para el tráfico, pues debido a la intervención del Notario aquel hace fe, incluso contra terceros» (pág. 191).

Pero no se tiene en cuenta:

1.º Que además del título y el modo, hay otro requisito ya desde el Derecho Romano para la prueba del dominio, que es la «preexistencia del derecho en el transmitente», y para probar esto, sólo cabría la *probatio diabólica* o remedios de la acción publicana o la cadena de la usucapión. Esa preexistencia del derecho sólo se suple en la legislación vigente a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Que hay que tener en cuenta también la «subsistencia» del derecho en un momento dado, respecto a lo cual nada prueba la «forma». Esta sólo prueba que tuvo lugar un otorgamiento con su fecha, pero no que subsiste la misma situación a lo largo del tiempo. Para acreditar esa subsistencia se precisa de una institución que es el Registro de la Propiedad, que sirve para acreditar en un momento dado cuál es el estado vigente de titularidad y cargas. Por eso, constituye un verdadero riesgo en la realidad sociológica actual apoyarse exclusivamente en una escritura pública sin acudir al Registro, por lo que el ejemplo que señala LÓPEZ BURNIOL es contrario a la realidad social y además, poco conveniente para los intereses de los particulares.

3.º Que los artículos 1.218 y siguientes del Código Civil están contenidos en el capítulo de la «prueba» y se refieren exclusivamente a la prueba y no a la legitimación para el tráfico. Además, es una prueba que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede ser desvirtuada por cualquier otro documento aunque sea privado.

Por tanto, la escritura pública está dentro del capítulo de la forma, la cual, dado el principio general espiritualista del Código Civil (art. 1.278 CC) es una de las formas que caben en el sistema vigente. **Únicamente** en los casos de forma *ad solemnitatem* cabe apreciar la necesidad de la forma, pero aún así tampoco su publicidad ni su legitimación para el tráfico, pues siguen faltando los requisitos de la preexistencia y de la subsistencia.

En los demás casos, tratándose de inmuebles, dada la interpretación de los artículos 1.279 y 1.280, la escritura pública se configura *ad probationem* o mejor *ad utilitatem*, cuyas manifestaciones son las siguientes:

1.^a La forma escrituraria es un medio de prueba muy importante pero no único, y es prueba del negocio, no del derecho.

2.^a La forma escrituraria es una de las formas de obtener la tradición instrumental.

3.^a La forma escrituraria es uno de los vehículos de obtener el acceso al Registro de la Propiedad, junto a los documentos judiciales y administrativos, y junto a algunos casos de excepción de admisión del documento privado, como son los de heredero único, anotaciones preventivas de crédito refaccionario, de derecho hereditario, de legados, etc. Es más, teniendo en cuenta las necesidades de protección de los consumidores y de evitar fraudes, existe un inmenso período negro en los casos de adquisiciones de pisos en documento privado cuando el promotor no ha constituido el régimen de propiedad horizontal o cuando se dan supuestos de prehorizontalidad, o ante un supuesto de elevación del documento privado a escritura pública, en que deberían articularse sistemas para conseguir que al menos el asiento de presentación y una anotación preventiva, por tanto, asientos provisionales, se pudieran producir. Luego insistiremos sobre esto.

4.^a La forma escrituraria a través de primera copia es uno de los supuestos en que cabe ejercitar el juicio ejecutivo. Pero esto tampoco supone legitimación, a diferencia del procedimiento judicial sumario, por ejemplo, porque en el juicio ejecutivo cabe una multiplicidad de excepciones, y también el documento privado con firmas reconocidas ante el Juez tiene la posibilidad de servir de título ejecutivo.

VIII. INCIDENCIAS RECIPROCAS DE LA PUBLICIDAD
Y DE LA FORMA. LA PUBLICIDAD REGISTRAL
DA PLENITUD DE EFECTOS A TRAVES DE SUS PRINCIPIOS
AL DOCUMENTO NOTARIAL

Una vez que hemos visto las distintas funciones de la publicidad y de la forma que se mueven en campos distintos, puede ya tratarse mutua interdependencia entre ellas.

Por una parte, la forma es el vehículo para que el acto o negocio y el derecho resultante de él accedan a la publicidad registral. Así resulta del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Sobre ello decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861:

«Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes».

Pero como la legislación hipotecaria había implantado un nuevo sistema con efectos muy importantes para el tráfico y para la propiedad inmobiliaria, era necesaria la reforma del Notariado a efectos registrales, se dictaron dos importantes disposiciones complementarias de la legislación hipotecaria:

1.^a La Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro en virtud de la Real Orden de 12 de junio de 1861, para que se empiecen a observar las prescripciones contenidas en ella desde 1 de enero de 1862, y que contenía una regulación muy detallada de los requisitos de la escritura pública en cuanto a la inscripción. Y en la Disposición Final que era el artículo 70, se decía: «El escribano que infringiere cualquiera de las disposiciones contenidas en esta Instrucción, que no tuviese señalada una corrección especial, incurrirá en la multa de cinco a cien duros». «Los jueces de primera instancia aplicarán disciplinariamente esta pena en cualquier tiempo que llegaren a tener conocimiento de la infracción cometida, a no ser que hubiere prescrito la acción para castigarle, según el Código Penal».

Curiosamente en la escritura se debería declarar «que el acto o contrato celebrado no podrá oponerse ni perjudicar a tercero, sino desde la fecha de

su inscripción en el Registro» (art. 4). Y en el artículo 8 se le declaraba responsable de los perjuicios que ocasionare su falta, por omitir o expresar con inexactitud que dé lugar a error y perjuicio de tercero las circunstancias de la inscripción.

2.^a La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y publicada en *La Gaceta* el día 29, que en la Colección Legislativa se denomina «Ley para el arreglo del Notariado», pero que en *La Gaceta* no tiene ninguna denominación especial, ni ninguna Exposición de Motivos. A mi modo de ver, la carencia de Exposición de Motivos se debe a que toda la explicación estaba ya hecha en la Ley Hipotecaria, y por ello, la Ley del Notariado se contempla como un instrumento auxiliar y secuela de la Ley Hipotecaria recientemente publicada.

El título notarial proporciona al Registro la sustancia inscribible a través del título material que contiene y del vehículo formal auténtico que representa el documento notarial. Por otra parte, es importante tanto el juicio de capacidad como la fe de conocimiento de los otorgantes por parte del Notario, ya que el Registrador no está presente en el momento del otorgamiento del acto jurídico, por lo que ese examen previo de la capacidad y de la fe de conocimiento es una base importante para el Registro. Ello sin perjuicio de que el Registrador califique el aspecto jurídico de la capacidad ateniéndose a los datos de la escritura y a los asientos del Registro que pueden reflejar una incapacidad o limitación que no resulte del examen personal realizado por el Notario.

En cuanto al aspecto inverso, es decir, lo que proporciona el Registro al documento notarial, es precisamente aquello que le falta y que algunos Notarios, sin base en ningún precepto, vimos que pretendían atribuir al documento notarial desde la perspectiva de la autosuficiencia.

Así, la calificación registral y la práctica del asiento resultante de ella proporcionan fuerza, valor y eficacia plena al documento notarial, pues le imprimen un sello de legalidad que permite aplicar a la escritura pública los principios hipotecarios, especialmente los principios de legitimación y de fe pública registral.

Por tanto, es por aplicación de los principios del sistema registral por donde llega la plena diferenciación de la escritura pública respecto al documento privado.

En definitiva, podemos sentar dos conclusiones:

a) *La legislación registral prima al documento notarial respecto al documento privado.* La legislación hipotecaria da gran valor al documento notarial como pieza clave del sistema inmobiliario, de tal modo que, aparte de los documentos judiciales y administrativos, que también tienen gran importancia, sólo cabe acceder al asiento de inscripción o cancelación a

través del documento notarial, salvo algunos supuestos de excepción en que se admite la inscripción o anotación del documento privado.

En cambio, para la legislación notarial, la escritura pública es un documento *inter partes* que opera sobre la base del secreto del protocolo notarial y del interés legítimo en la obtención de copias. Y para el Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya hemos visto que no hay una diferencia sensible entre la escritura pública y el documento privado reconocido y con fecha fehaciente.

Es por tanto, la legislación registral la que pone en los altares al documento público.

b) *La legislación registral da plenos efectos, a través de sus principios, al documento notarial.* La legislación hipotecaria, partiendo del control de legalidad que implica la calificación registral no sólo de las formas extrínsecas del documento y de los obstáculos registrales, sino sobre todo, de la capacidad y legitimación y de la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), atribuye unos importantes efectos al documento notarial, que no resultan ni de la legislación notarial, ni del Código Civil ni de la legislación procesal.

Precisamente porque la escritura pública ha superado el control de legalidad del Registrador previsto en la Ley Hipotecaria, se explican los efectos que señala el artículo 608 del Código Civil al remitirse a la propia Ley Hipotecaria, y concretamente, explica que el artículo 38 LH presuma la existencia y exactitud de los derechos inscritos a través del documento público; que el adquirente en documento público inscrito tenga prioridad sobre el documento no inscrito y le cierre el Registro, antes de haberlo decidido ningún Juez (art. 17 LH); que le sea inoponible lo no inscrito (art. 32 LH); que el adquirente en documento público que haya inscrito con los requisitos del artículo 34 LH devenga inatacable; que la inscripción de un documento, aunque éste sea nulo, se considere como justo título para usucapir (art. 35 LH); que el adquirente en documento público inscrito pueda llegar a prevalecer con ciertos requisitos, sobre el usucapiente que carece de documentación o la tiene sólo privada, es decir, sobre el tristemente famoso por la demagogia de quienes lo inventaron, el llamado «tío Celedonio» del artículo 36 LH.

Estos efectos no los tiene ni los podría tener por sí solo el documento notarial. Tampoco cabría idear un sistema que le diera tales efectos presuntivos y de inatacabilidad a través de la inscripción registral, si no fuera porque tal inscripción está precedida de un amplio y fuerte dispositivo de control de legalidad a través de la calificación registral.

Sin la calificación no existiría la legitimación, ni la fe pública, ni los demás efectos hipotecarios, y se tendría que producir un mero sistema de transcripción sin los efectos de un sistema desarrollado y moderno, del que

tratan de huir los países que todavía no han podido superarlo, y llegaríamos, en definitiva, a una clandestinidad similar a la anterior a la implantación del sistema registral en 1861, con todos sus fraudes, abusos y estafas.

En esta referencia a las mutuas relaciones entre forma y publicidad, no puede faltar una referencia al papel del documento privado en el ámbito registral.

Hemos visto que el legislador inmobiliario tiene en cuenta como título inscribible fundamental el tríptico de documentos públicos, notariales, judiciales y administrativos (art. 3 de la Ley Hipotecaria).

Pero este precepto se refiere fundamentalmente a los asientos definitivos de inscripción.

Existen también las anotaciones preventivas como asientos provisionales, en los que el papel del documento privado es importante.

Así, en la anotación de crédito refaccionario cabe perfectamente la anotación del documento privado. Si se conocieran estos preceptos, muchos constructores acudirían al Registro con sus documentos privados de contratos de obra para anotarlos en el Registro, si bien se impone el estudio completo de los mismos, lo que no es de este lugar.

En materia de anotaciones preventivas de derecho hereditario y de legados, también existe la documentación privada como medio de hacer constar la comunidad hereditaria y las garantías de legados de género o cantidad.

Tratándose de heredero único, es ya conocido que basta también el documento privado.

IX. REFERENCIA A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Otro tópico con el que se ha pretendido limitar con fines interesados la calificación registral es a través de una burda referencia *al principio de autonomía de la voluntad*, como si los particulares, en el campo de la propiedad y de los derechos reales tuvieran una omnímoda libertad para configurar los derechos reales respecto a terceros sin sujetarse al principio de especialidad y a la legalidad, y como si la calificación registral no hubiera tenido una participación esencial en la configuración y creación de nuevas figuras de derechos reales, precisamente dando acogida controlada, eso sí, a la autonomía de la voluntad en el Derecho Inmobiliario.

Por una parte, hay que advertir que *el principio de autonomía de la voluntad tiene su ámbito propio en el campo del Derecho de Obligaciones y no en el de la Propiedad y los Derechos Reales*, lo que es lógico, porque entre partes debe existir plena libertad para establecer los pactos que mejor regulen sus intereses. Ahora bien, cuando están en juego los intereses de

terceros, como ocurre en el campo de los derechos reales, hace su aparición el «orden público inmobiliario», como correctivo a esa omnimoda libertad que sólo vela por el propio interés particular.

Por otra parte, esta alegación indiscriminada de la autonomía de la voluntad olvida que *el Derecho tiene unas reglas de validez que no pueden ser olvidadas*. El propio artículo 1.255 del Código Civil alude a los clásicos límites de la autonomía de la voluntad, que son las leyes, la Moral y el orden público. Este último, el orden público inmobiliario, es esencial en el campo de la propiedad y de los derechos reales, para evitar que existan vinculaciones perpetuas y derechos de contenido impreciso para los terceros.

Aquí es precisamente en uno de los campos en que ha jugado con enorme importancia la calificación registral, aplicando el artículo 27 LH frente a prohibiciones de disponer en actos a título oneroso y en hipotecas, que se pretendía que accedieran al Registro; y aplicando el principio de determinación o especialidad para que quedaran perfectamente precisados los nuevos derechos reales que son objeto de creación y no hubiera luego problemas para terceros. Tanteos y retractos convencionales, derechos de opción, *leasing*, servidumbres, derechos de uso, etc., han accedido a los Registros con perfecta precisión y determinación, como exige el orden público inmobiliario. Por eso, la DGRN ha reconocido la labor de los Registradores junto con los Notarios en esta tarea de creación de nuevas figuras conforme a la legalidad y al orden público, en una famosa resolución sobre hipoteca cambiaria de 26 de octubre de 1973, en la que alude a la función de configuración de nuevas figuras jurídicas, a través de la actividad creadora del Notario y de la actividad calificadora del Registrador.

En fin, al lanzar el principio de autonomía de la voluntad contra la función calificadora se olvida esta colaboración y delimitación de dicho principio en cuanto a sus necesarios límites, y se olvida también por parte de quien crea este tópico, que una de las consecuencias incontroladas de la autonomía de la voluntad es la libertad de forma, en la que ahora no queremos incidir más, aparte de lo ya dicho.

X. LA FUNCION DE LA CALIFICACION REGISTRAL COMO COLABORADORA DEL PARLAMENTO: PRINCIPALES MANIFESTACIONES

La calificación registral tiene una faceta que no ha sido siempre resaltada y es fundamental para la explicación de la misma.

Se ha hablado de *la colaboración de los Registradores con los Tribunales de Justicia* en el ejercicio de su función, y así lo han puesto de manifiesto las recientes reformas procesal y registral.

Se ha hablado también de *la colaboración de los Registradores de la Propiedad con las Administraciones Públicas*, sobre todo en materia urbanística, fiscal y agraria.

Se habla también de *colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad*.

Pero ahora queremos resaltar otra colaboración tan importante o más que las anteriores.

Es la colaboración que la calificación registral realiza respecto al Parlamento, ya sea del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Las leyes —y lo mismo podría decirse de los Decretos y Ordenes Ministeriales— se dictan, evidentemente, para ser cumplidas, aun antes de que se plantee un conflicto contencioso.

Pero muchas leyes quedarían y quedan en letra muerta cuando no existe un control de legalidad como ocurre con la calificación registral en el ámbito inmobiliario.

No hay ley que afecte a la propiedad inmobiliaria que no se cumpla, pero ello es por la calificación registral.

Ante todo, cuando se publica una nueva ley en materia inmobiliaria, la práctica enseña que en los primeros momentos hay situaciones en que no se cumple adecuadamente.

Puedo traer a colación aquí dos ejemplos recientes:

- a) *La nueva Ley del Suelo* prevé una serie de requisitos tanto a efectos de inscripción de las declaraciones de obras nuevas como de inscripción de reparcelaciones y compensaciones.
Pues bien, en los primeros momentos esos requisitos no se recogían bien en algunas escrituras, bien porque el criterio no estaba todavía consolidado, bien porque, lógicamente, se producen las inadvertencias en los primeros meses de implantación de un nuevo sistema, o bien por imposibilidad momentánea de cumplir los nuevos requisitos. Lo cierto es que el cumplimiento de tales requisitos ha sido controlado por los Registradores, ha motivado alguna resolución aclaratoria de la Dirección General, y actualmente puede considerarse satisfactoria la situación de cumplimiento existente.
- b) *Recientemente se ha publicado en Cataluña una Ley de reforma de la Compilación que afecta a varios aspectos*, entre ellos a la necesidad de que se exprese a partir de la entrada en vigor el 11 de enero, en caso de enajenación o gravamen, que no se trata de vivienda habitual de la familia, o caso de serlo, que consiente el cónyuge no titular de la vivienda. Pues bien, en el primer mes de vigencia de dicha Ley, el porcentaje de incumplimiento de dicha Ley en las escrituras por mí examinadas, llegó al 40 ó 50 por 100,

que en seguida se ha reconducido gracias al control de legalidad ejercido por los Registradores.

Se pueden destacar más aspectos concretos sobre esta colaboración de los Registradores con el Parlamento:

a) *Las leyes y preceptos sobre defensa de menores, incapacitados, ausentes, personas desconocidas* (sustituciones hereditarias) quedarían sin aplicar si no existiera la calificación registral, porque ésta se estructura dentro de un sistema de responsabilidad y de especialización, que hace inconcebible el no ejercicio de la misma por parte del Registrador, y porque la calificación de la legalidad es la esencia de la función del Registrador, a diferencia de otras profesiones, que tienen otras funciones igualmente respetables, pero distintas. En este sentido, consideramos esencial la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1990, en un caso de sustitución fideicomisaria, en que no están presentes los fideicomisarios «interesados, cuya defensa, en casos como el de que se trata, resulta, de hecho, confiada indirectamente al Registrador», a efectos de extender o no la inscripción y no impide ni prejuzga el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales, con amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regula la ley procesal y principalmente, con la intervención de dichos interesados». Es decir, que al no intervenir en el título tales interesados, el control de legalidad del Registrador actúa en su defensa, sin perjuicio de las acciones ante los Tribunales.

b) *Los pactos abusivos de las hipotecas, «leasings», compraventas, Estatutos de la Propiedad Horizontal, de los conjuntos inmobiliarios o de la multipropiedad* han sido detectados y denegados de inscripción y de eficacia *erga omnes*, por medio de la calificación registral.

Concretamente, en materia de hipotecas, la DGRN alude a la «misión ciertamente no sencilla del Registrador de examinar en cada caso si se dan o no los caracteres típicos del derecho real» (Resolución de 1 de abril de 1981), y sobre la necesidad del «examen minucioso» por parte del mismo, para la depuración de aquellos pactos de los documentos que no pueden tener acceso al Registro (Resolución de 20 de mayo de 1987). También hay que tener en cuenta otras Resoluciones: la de 3 de febrero de 1966, según la cual, «el Registrador, en el ejercicio de su función, ha de calificar —como establece el art. 18 de la Ley Hipotecaria— bajo su exclusiva responsabilidad, y por ello goza de la independencia necesaria para, ponderados todos los elementos que ha de tener en cuenta, emitir su juicio, a fin de que el acto calificado pueda o no ser inscrito en el Registro»; «independencia en la calificación» a la que también se refieren las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984; la Resolución de 25 de junio de

1991 destaca que no se debe «permitir el acceso al Registro de todos aquellos derechos o pactos que carecen de trascendencia real»; y la Resolución de 4 de julio de 1984, que alude a la «seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca», lo que «no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias».

c) *La defensa de los consumidores* en el ámbito inmobiliario, a pesar de los obstáculos actualmente existentes, se ha producido y se produce diariamente a través de la actuación de los Registradores de la Propiedad, según ha reconocido abundante doctrina de los autores, y recientemente, la propia CEE. Ya hemos aludido anteriormente a ello.

d) *La objetividad de las cláusulas de interés variable de las hipotecas*, huyendo de los tipos preferenciales de la propia entidad, así como el establecimiento de un tope máximo del tipo de interés, la defensa de las cláusulas de rescisión o desistimiento en el propio préstamo a tipo de interés variable, han tenido lugar por la iniciativa y tesón de los Registradores de la Propiedad, frente a la resistencia de las entidades crediticias en otros tiempos ya superados por fortuna. Ahora es lo que todo el mundo defiende, pero debe saberse que a primeros de los años ochenta ya lo defendían y lo establecieron los Registradores, según documentación que obra en publicaciones de revistas científicas y es de sobra conocido por los sectores especializados.

Me limito a recoger unas frases de un artículo que publiqué en la Revista *La Ley* en otra ocasión:

«Es un tema que dio lugar a una verdadera batalla jurídica» (entre las Entidades crediticias y los Registradores). «En esa batalla jurídica se produjeron dos posiciones contrapuestas: una en defensa de la legalidad vigente y de la objetividad en base al artículo 1.256 del Código Civil, y otra que entendía que la autonomía de la voluntad de las entidades financieras no tenía ningún límite». «La regulación existente (sobre interés variable) era bastante clara. Pero en su aplicación práctica, el año 1981 y los posteriores se caracterizaron por una vulneración constante de la legislación vigente, siguiendo el criterio de la ley de la jungla, es decir, la ley del más fuerte. Ante los Registradores de la Propiedad comenzaron a desfilar numerosas escrituras públicas redactadas en base a minutas proporcionadas por las Entidades de crédito, en las que se infringía esa legalidad vigente y se pactaba como norma general el interés preferencial de la propia entidad acreedora añadiendo el diferencial correspondiente, como tipo de referencia de la variación del interés, en contra del artículo 1.256 del Código Civil, aparte de otras diferentes infracciones».

«Un grupo de Registradores de la Propiedad reaccionó contra dicha

práctica en defensa de la legalidad vigente, sistemáticamente vulnerada en las escrituras públicas que se otorgaron durante bastantes años, hoy ya respetada gracias a dicha labor realizada por los Registradores de la Propiedad, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Banco de España, respecto a unos contratos tan importantes como son los de préstamo hipotecario de las entidades financieras».

La memorable Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988, siendo Director General una persona que no era Registrador ni Notario —como debe ser—, que dijo lo siguiente:

«Es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que la "validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (cfr. arts. 1.256 del Código Civil y 10. C de la Ley de Defensa de los Consumidores. No cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios, puesto que éstos tienen un mes para optar por devolver el préstamo. Analizados los efectos previstos, resulta que, aun pasado el año, el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y, en cambio, el contrato queda al arbitrio del Banco, que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

«A los pocos meses, el propio Banco de España se hizo eco de esta doctrina en su Circular de 5 de diciembre de 1988, en la que se establece: "Los tipos publicados o practicados por la propia Entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular"».

e) *La reciente elaboración legislativa ya publicada de la subrogación en los préstamos hipotecarios* —el llamado «cambio de hipoteca»— ha partido de estudios realizados y publicados por Registradores de la Propiedad en relación con el artículo 1.211 del Código Civil. En este sentido, en el *Diario de Sesiones* de las Discusiones Parlamentarias de dicha Ley, el senador de Unió Democràtica de Catalunya, señor IBARZ, reconoce que los creadores de la idea son el Presidente de los Registradores de Catalunya, FERNANDO MÉNDEZ, y el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO. Dicha Ley ha terminado por reconocer la eficacia de la constancia registral de la subrogación respecto a terceros y la necesidad de publicidad registral para la ejecución hipotecaria por parte del acreedor subrogado, y ha suprimido una serie de recortes de la calificación registral que aparecían en un desafortunado proyecto.

f) *La necesaria interpretación restrictiva de los poderes*, en defensa de los poderdantes, ha tenido lugar como doctrina ya consolidada, gracias a las insistentes calificaciones registrales en esta materia tan peligrosa. Conviene detenerse un momento en materia de poderes, pues la legalidad en esta materia se debe sin ninguna duda al control realizado por los Registradores.

Actualmente, el representante debe acreditar la suficiencia y la subsistencia de su título de representación.

En cuanto a la subsistencia, se califica la necesidad de que se exhiba copia auténtica al propio Notario o se acompañe al Registro dicha copia auténtica, frente a una peligrosa práctica de acompañar testimonios de poder o fotocopias legitimadas, que podrían dar lugar a enormes abusos a pesar de haber sido retirada la copia auténtica del poder por parte del poderdante.

En cuanto a la suficiencia, se califica el contenido del poder. En cuanto a Administradores, se califica si es único, mancomunado o solidario. Y si es Consejero delegado, que tiene facultades. En cuanto al órgano que lo concede en materia de sociedades, se califica la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil o si son poderes especiales no inscritos, que hayan sido concedidos por órgano facultado y con cargo inscrito en el Registro Mercantil, para lo cual puede ser necesario que se acompañe al Registro la copia de dicho poder especial.

Sobre todos estos puntos no puede bastar el juicio del Notario. Recientemente se ha querido replantear el problema por parte del Notariado en un recurso gubernativo que está pendiente, pero en mi opinión condenado al fracaso.

El tema lo resolvieron ya en los primeros tiempos de aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861, los prestigiosos comentaristas GALINDO y ESCOSURA, totalmente imparciales en este punto, que dijeron lo siguiente:

«Respecto a la "capacidad natural" que resulta de lo íntegro de la razón, que es lo que realmente constituye la esencia del hombre, mientras hechos externos no hagan presumir su extravío, la Ley la supone en todos; el Notario, al expresar que a su parecer está en su sano juicio el otorgante, sólo atestigua que ante él no ha ejecutado acto alguno que demuestre extravío de inteligencia que le impida el uso consciente de sus facultades naturales. Como el Registrador no interviene por su cargo en la celebración del acto, nada ha visto, nada puede oponer a la creencia del Notario: es llana la inscripción del documento».

«Pero cuando con arreglo a lo que manda el artículo 6.º de la misma Instrucción, el Notario hace constar en la escritura que, "a su juicio", los otorgantes tienen la "capacidad legal" necesaria para celebrar el acto o contrato, como el hombre, entre los derechos inherentes a su naturaleza, no

cuenta con el de representar o suplir lo flaco del entendimiento de otro y obligarle, sino que ese derecho puramente civil lo adquiere por la voluntad del que representa, o por el poder tuitivo social expresado con las solemnidades prescritas, de aquí que lo que el Notario atestigua, no es sólo el hecho de que el otorgante o interviniente está investido con el cargo que le faculta para otorgar o intervenir (contra cuya aseveración nada podría oponer el Registrador que no califica hechos), sino también que esta investidura reúne, "a su parecer", todos los requisitos necesarios para considerarla válida y eficaz. Y como este parecer lo forma examinando los documentos que la acreditan, comparando si los requisitos que exige el derecho se comprenden todos en ellos, aplicando a aquel caso las disposiciones legales, y juzgando por fin si todas están cumplidas, para que el otorgante pueda representar debidamente a la persona por la que otorga, o cuya personalidad completa, operaciones todas del entendimiento que necesitan ciencia especial para que sean acertadas, pueden ser distintas las apreciaciones del Registrador y del Notario.»

«Este, en virtud de su criterio, califica la capacidad de los contrayentes para otorgar la escritura; mas no puede imponer su opinión al Registrador, que obra en distinta esfera, con independencia completa, y que para conformarse con la opinión del Notario, necesita conocer los documentos que le han servido para formarla: no le basta que aquel dé fe de que los ha visto y que le han parecido suficientes; porque sin ponerlo en duda el Registrador, puede estimar que se ha equivocado en la apreciación de su eficacia.»

«Si, como algunos pretenden, bastara la declaración del Notario, de haber visto el documento, y de que, a su juicio, de él resultaba que el otorgante tenía la capacidad necesaria para celebrar el acto o contrato, rarísimo sería el caso en que el Registrador podría usar de su derecho de calificarla. Su juicio estaría sometido en casi todos los casos al del Notario autorizante; y no merece esto que se hubiera facultado al Registrador para calificar...» (págs. 11 y 12 del tomo 2, comentario al art. 18 LH).

Y después cita, como criterio ya consolidado, el de las Resoluciones de 15 de abril de 1884, 15 de marzo de 1887 y 24 de octubre de 1899.

Con posterioridad a esas resoluciones, resulta claro que el Registrador para calificar puede exigir que se aporte la escritura de poder, a través de las Resoluciones de 14 de febrero de 1916 y 20 de diciembre de 1932.

Otro aspecto a resaltar en materia de poderes es cuando existe un supuesto de sustitución de poder, ya que en la práctica la única escritura que suele presentarse ante el Notario es la escritura de sustitución de poder y no la escritura de poder originario, que sirve de antecedente y de causa. El Registrador ha de exigir que ambas escrituras y no una sola aunque estén todavía en poder de los apoderados, pues si la primera ha sido retirada, de nada vale que la segunda se mantenga, ya que la legitimación deriva de la primera.

Importante es también la función registral respecto a la constancia de revocación de poderes, pues en muchos casos el poderdante no puede obtener su propósito de retirar la copia auténtica al apoderado ni es suficiente hacerlo constar así en la escritura matriz, sino que la única garantía de que el apoderado no seguirá actuando en contra suya en esos casos es la constancia en el Registro de la Propiedad por nota marginal de que un determinado poder ha sido revocado, y así se hace ya en la práctica.

g) *La doctrina que prohíbe el autocontrato* en caso de conflicto de intereses, tan frecuente en la rapidez del tráfico moderno, se ha consolidado también en base a las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, y prueba de ello son las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986, 27 de enero y 10 de febrero de 1987, 20 de septiembre y 18 de octubre de 1989, 29 de abril y 21 de mayo de 1993.

h) *La defensa de los compradores de pisos y locales frente a las pretensiones de algunos promotores inmobiliarios de dar un efecto automático al pacto de condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil*, pretendiendo que en caso de impago del precio aplazado perdieran los compradores el piso y las cantidades entregadas, ha tenido lugar en virtud de unas calificaciones registrales y de unos recursos producidos contra las mismas. En este punto quiero decir que, aunque en una serie de recursos podría dar la apariencia de que el Registrador del caso concreto no consiguió su objetivo, que era limitar la eficacia de la facultad derivada del pacto de *lex commissoria* por la vía automática del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en realidad ocurre precisamente todo lo contrario, pues precisamente el resultado ha sido que no podrá practicarse ninguna reinscripción en el Registro por la vía extrajudicial del artículo 59 RH sin que conste la consignación de todas las cantidades, incluso las derivadas de cláusula penal, mientras los Tribunales no resuelvan sobre la moderación de la pena y sin que resulte que el comprador notificado se haya opuesto a la resolución. Por tanto, a partir de ahora nada de «basta», lo cual ha movido a algunos Notarios a hablar de la «degradación del pacto de *lex commissoria*», degradación que se hacía evidentemente lógica por los abusos a que da lugar sin intervención de los Tribunales.

i) *Sobre la necesidad de calificar la «causa» de los negocios* y de expresarla en los documentos hay abundante doctrina de la DGRN. Así, Resoluciones de 12 de marzo de 1930, 31 de enero, 29 de julio de 1931, 16 de noviembre de 1938, 30 de junio de 1987, 10 de junio de 1986, 10 de marzo, 14 de abril, 16 y 18 de octubre de 1989 y 25 de septiembre de 1990.

j) *La aplicación de la legislación fiscal y la colaboración con la Hacienda Pública* en el procedimiento de vía de apremio y en los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Operaciones Societarias y Sucesiones y Donaciones, así como el de la Renta respecto

a las plusvalías en las transmisiones realizadas por personas no residentes, tiene uno de sus más destacados colaboradores en los Registradores.

k) *El cumplimiento de la normativa sobre inversiones extranjeras* es otro de los aspectos a resaltar por parte de la calificación registral. En este punto quiero destacar especialmente el control respecto a sociedades de paraísos fiscales y también en créditos y préstamos la obtención del NOF del Banco de España.

1) *La defensa de los derechos arrendaticios de tanteo y retracto*, tanto rústicos como urbanos, corresponde por decisión del legislador a los Registradores de la Propiedad, que han colaborado ampliamente con el Parlamento en este punto, estudiando y resolviendo los casos difíciles en esta materia.

m) *El evitar que personas, ya incapaces, o en suspensión de pagos o en quiebra puedan enajenar sus bienes*, por impedirlo la legalidad, corresponde también a los Registradores de la Propiedad.

n) *El exigir que en convenios de separación y divorcio se obtenga la aprobación judicial prevista en el artículo 90 del Código Civil* por tratarse de negocios en que está limitada la autonomía de la voluntad y existen intereses de los hijos y de la propia familia que como en otros negocios familiares exigen la intervención del Juez, se debe a la calificación de los Registradores, que en este punto, además de colaborar con el Parlamento, colaboran con los Juzgados y Tribunales, a quienes el Parlamento ha confiado su intervención.

La práctica diaria, en fin, revela el servicio de legalidad y de colaboración con el Parlamento, que realizan los Registradores y que, en otro caso, daría lugar a una verdadera selva productora de inseguridad jurídica y de gran conflictividad, ahora escasa en el ámbito inmobiliario. Si sale la palabra, diré que es la «desjudicialización del tráfico jurídico inmobiliario».

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona