

La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Dedicatoria: A los consumidores, esos nuevos terceros de la sociedad de masas, con quienes está indisolublemente unida la función registral calificadora diariamente.

1. LA DISTINTA FORMA DE ENTENDER LA FUNCIÓN
REGISTRAL CALIFICADORA EN LOS AUTOS DEL PRESIDENTE
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y LAS RESOLUCIONES **DGRN**
DE 8, 9, 10, 11 Y 14 DE OCTUBRE DE 1991

Los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictados en recursos contra notas calificadoras vienen recogiendo una doctrina amplia, moderna y progresiva de la función registral calificadora, teniendo en cuenta la característica de función cautelar o preventiva de la misma y mostrando una gran sensibilidad social para evitar los abusos a que se ven sometidos los consumidores inmobiliarios por parte de las entidades que operan en masa pretendiendo en sus contratos de compra-venta, hipoteca, *leasing*, estatutos de propiedad horizontal y conjuntos

inmobiliarios que prevalezcan en el tráfico extrajudicial cláusulas abusivas y asfixiantes para los consumidores o adquirentes.

Ante esta situación, denunciada incluso en artículos de prensa, es evidente que los Registradores de la Propiedad y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia no pueden quedarse cruzados de brazos.

Pero frente a esa concepción amplia, moderna, cautelar, progresista y social de la función registral por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Dirección General de los Registros y del Notariado viene revocando últimamente gran parte de esos autos presidenciales, que quedan así olvidados y sin conocer por los juristas y por los ciudadanos en general, a pesar de que contienen una sana y correcta doctrina en este ámbito extrajudicial tan necesitado de protección.

En todo caso, los autos del Presidente están ahí y proceden de la máxima autoridad judicial de Cataluña, cuyo criterio ha de ser tenido muy en cuenta por los juristas y órganos de aplicación del Derecho, pues se trata de problemas de fondo y no simplemente de cuestiones descriptivas o de forma de los asientos.

Parece necesario, en apoyo de los autos presidenciales y en contra del criterio últimamente mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, recordar el concepto y manifestaciones de la función registral calificadoras, su fundamento, naturaleza y caracteres olvidados por dichas resoluciones; y una vez hecho esto, entrar en los temas concretos que han de resolverse en base a todas estas ideas y que son: la cláusula penal y las cláusulas contrarias a la Ley de Defensa de los Consumidores.

2. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

La función calificadora del Registrador está regulada por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que dice: "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".

La calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma.

Las principales manifestaciones, entre otras, de este juicio de valor de la calificación registral se concretan en los siguientes aspectos:

- Juicio sobre la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos.
- Juicio sobre la *validez* de los actos contenidos en los documentos, tanto por lo que se refiere a la capacidad de los otorgantes, a la representación y a la validez del contenido o de fondo en todos sus aspectos.
- Juicio sobre la trascendencia real inmobiliaria del acto, negando acceso al Registro a los pactos de trascendencia meramente obligacional que, *en ningún caso*, tendrán acceso al Registro (art. 51, regla 6.^a, RH).
- Juicio sobre el principio de especialidad, buscando la claridad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, tanto por lo que se refiere a la determinación de los titulares, como de las fincas, como de los actos y derechos que van a acceder al Registro, exigiendo la subsanación de situaciones de dudosa eficacia.
- Juicio sobre los datos contenidos en el Registro que pueden provocar obstáculos para la inscripción que se pretende. Desde esta perspectiva es esencial la función del Registrador de denegar la inscripción de aquellos actos que no proceden del titular registral. Con este principio, denominado tracto sucesivo, se consigue una gran dosis de seguridad jurídica. Para los especialistas es algo natural porque es el aire en que vive el Registro. Pero, a veces, no se calibra lo que significa este principio de tracto sucesivo para la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la sociedad en general, que sólo se consigue a través de un sistema registral altamente especializado, pues los sistemas de transcripción carecen de elementos adecuados para conseguir tal principio.
- Juicio sobre determinados requisitos exigidos por la legislación para practicar la inscripción, que aunque no determinen nulidad del acto suponen una colaboración con determinadas titularidades especialmente protegidas (notificaciones a arrendatarios a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, pago de impuestos de la Hacienda Pública, requisitos de tipo urbanístico, requisitos que en el futuro se establezcan respecto a la coordinación Catastro-Registro, etc.).

Al realizar todos estos juicios el Registrador queda alejado, como ahora veremos, de la función administrativa y se aproxima, sin llegar a serlo, a un Juez en el ejercicio de funciones de "garantía de derechos" y de

la llamada "jurisdicción voluntaria", que no es propiamente jurisdiccional, pues ésta sólo corresponde ejercitarla al Juez.

Como decía don Jerónimo González: "El Registrador ejercita en estos momentos una doble función: de carácter judicial, en cuanto con conocimiento de causa decide, para los efectos de la inscripción, sobre la existencia y alcance de un derecho; de carácter patriarcal, en cuanto advierte a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta les aconseja el modo de subsanarlos. Al par que Juez territorial (*Grundbuchrichter*) desempeña un oficio noble (*nobile officium*)" (*Principios hipotecarios*, págs. 266-267).

Son palabras muy conocidas de la máxima autoridad en Derecho hipotecario, pero que parece que se olvidan a estas alturas por la Dirección General de los Registros y del Notariado y, sin embargo, se aplican por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver los recursos contra las calificaciones registrales desde esa perspectiva de don Jerónimo González.

Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Costas publicada en el *BOE* de 29 de julio de 1991 (suplemento) da como cuestión bien sabida que "la inscripción registral da fe de la validez del título".

Después insistiremos sobre la naturaleza de la función registral calificadora.

3. FUNDAMENTO DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

En un sistema registral como el español, de carácter causal y no abstracto y en que los asientos del Registro tienen relevantes efectos de configuración plena del derecho real, de presunción de exactitud y de validez, de salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia y de adquisición irrevindicable a favor de tercero hipotecario, la calificación registral es el complemento indispensable de los principios hipotecarios de legitimación, inoponibilidad y fe pública registral, pues mal se explicaría esa presunción de legalidad, exactitud y validez de los derechos inscritos si no existiera el previo control de legalidad registral del documento en su más amplio y tradicional sentido.

A este respecto, dice don Jerónimo González: "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 inscribibles, 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 1788 —continúa don Jerónimo González— 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" (*Principios hipotecarios*, págs. 265-266).

Y más adelante añadía don Jerónimo González: "En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste en 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" (*Principios hipotecarios*, pág. 269).

Por otra parte, la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos en el ámbito extrajudicial como bien jurídico en sí mismo exige la existencia del principio de legalidad que la calificación registral implica para que los ciudadanos, ateniéndose a los asientos del Registro, se sientan seguros de la legalidad de sus adquisiciones sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial ficticio o *in iure cessio*, pues no existe en estos casos contención y no hay por qué esperar a la lentitud de la usucapión. Para dar esa seguridad jurídica está el control de legalidad y los asientos del Registro. A tal efecto, la legislación hipotecaria ha desarrollado un órgano especializado en ese control de legalidad extrajudicial, el Registrador de la Propiedad, encomendándole la función calificadora que regula fundamentalmente el artículo 18 de la Ley Hipotecaria en los términos ya vistos.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS explica muy bien esta función de seguridad jurídica de la institución registral para los ciudadanos, que se tienen que sentir seguros de sus adquisiciones "en la vida ordinaria".

Dice que "los medios iniciales de los pueblos primitivos consistían en 'fingir un pleito' (*in iure cessio*) para que, de esta manera, 'el Juez', dictando sentencia a favor de la parte, *consagrara su derecho como válido*". "Así, sucedía que las partes, para estar seguras de la compra o la adquisición, fingían un pleito: la adquirente demandaba a la vendedora, ésta se allanaba y el Juez dictaba sentencia y, entonces, ya estaba la seguridad jurídica".

"En este sistema 'mínimo de seguridad jurídica' sólo hay seguridad cuando se *ha obtenido sentencia*; en otras palabras, sólo lo que ha pasado por el *control judicial* tiene garantías de estar bajo la legalidad". "La vida jurídica ordinaria —continúa María Purificación García Herguedas— es así una vida jurídica 'insegura', claudicante. De ahí la extensión de la actividad 'judicial' a supuestos no litigiosos de jurisdicción voluntaria *con el fin de obtener seguridad jurídica*, en donde se provoca la intervención del Juez *sin litigio* para *asegurar el derecho*". "Una 'seguridad jurídica' con únicamente el Juez es muy pequeña y precaria, a no ser que el Juez, rebasando los límites del proceso, sirva como institución de la seguridad jurídica para toda clase de necesidades sociales". "De esta manera el Juez, en la contratación o en todos los actos necesitados de 'garantía para el futuro', aparecería como un *dador inicial de legalidad*".

"En otras palabras —termina María Purificación García Herguedas—, la seguridad jurídica —previa—, la seguridad jurídica que *afirma el derecho* sin necesidad de juicio, la llamada *seguridad voluntaria* que precisa la sociedad, no es un tema *a posteriori* cuando "surge el conflicto", sino *una garantía de examen de legalidad para que éste no surja*" (MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, 1988).

La calificación registral ha adquirido en los tiempos actuales una enorme importancia dada la multiplicidad de leyes, disposiciones y decisiones jurisprudenciales que se entrecruzan en el campo de aplicación e interpretación del Derecho en relación con los actos jurídicos realizados en el ámbito extrajudicial, ámbito que, como es natural, es cuantitativamente mucho más amplio que el ámbito judicial, pues éste se limita a los supuestos de tratamiento quirúrgico de la litigiosidad, controversia y contención.

Disposiciones recientes han destacado la función calificadora del Registrador. Así, la reciente Ley de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (Ley 8/1990, de 25 de julio) tiene como uno de sus pilares fundamentales la institución registral. El procedimiento de recaudación impositiva, en cuanto se refiere al apremio sobre bienes inmuebles, descansa también en la institución registral, y lo mismo el procedimiento laboral para el pago de los salarios debidos a los trabajadores según las respectivas

normativas recientemente promulgadas. La Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, al disponer en su artículo 10 la nulidad de las cláusulas contrarias al mismo y no ya su rescindibilidad o impugnabilidad, se coloca también en la línea de disponer de la institución registral calificadora para limitar las cláusulas ilegales en el ámbito de la contratación inmobiliaria en masa.

Ha de tenerse en cuenta que el *tráfico jurídico inmobiliario necesita especialmente de la seguridad jurídica*. Esta es siempre imprescindible, pero mucho más en los tiempos actuales en que el movimiento de la propiedad se produce a gran ritmo, con mutaciones jurídicas rápidas y frecuentes. La única institución que puede proporcionar seguridad jurídica para estas mutaciones inmobiliarias es el Registro de la Propiedad, que *contiene todos los actos jurídicos relativos a cada finca*.

Como consecuencia de esa necesidad de seguridad jurídica, el legislador atribuye *importantes efectos a la inscripción registral*: la presunción de exactitud derivada del principio de legitimación, la inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe, la protección del tercero derivada de la fe pública registral, etc.

Y como consecuencia de estos efectos surge la necesidad y la importancia de la calificación registral

La calificación de los documentos realizada por el Registrador ha de ser *completa y amplia* para evitar que accedan al Registro actos nulos o anulables o derechos que carecen de eficacia *erga omnes*.

Si no fuera así y en el Registro se permitiera la entrada de actos nulos o anulables o de derechos personales, el Registro, en vez de *informar* al público, que es una de las funciones esenciales del mismo, lo que haría es *equivocar* respecto de su contenido y efectos.

4. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

La función registral calificadora tiene una naturaleza especial o *sui generis*, según han reconocido importantes tratadistas como JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, 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 están en juego cuestiones y efectos de Derecho civil o mercantil; 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 Registradores 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 12 junio 1925, 13 septiembre 1926, 14 octubre 1932 y 26 junio 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 no cabe el recurso contencioso-administrativo, según razona 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, etc.

Como dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ, "la función se coloca hoy, sin discusión, entre los actos de jurisdicción voluntaria por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los

asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse" (*Estudios*, I, pág. 436).

Y según SANZ FERNÁNDEZ, el criterio de JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre esta materia puede afirmarse que ha causado estado en nuestra doctrina (*Instituciones de Derecho hipotecario*, I, pág. 151).

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ dice lo siguiente: "Cada Registro... tiene autonomía funcional, no está encuadrado en un sistema jerárquico de relaciones administrativas y el Registrador... es personalmente responsable de la gestión económica de la oficina de Registro".

Añade seguidamente que parece prevalecer en esta institución registral "la naturaleza jurisdiccional" y que "hay matices muy *sui generis* que lo alejan del carácter administrativo".

"El Registro de la Propiedad implica principalmente la declaración, tutela, reconocimiento y, en ocasiones, constitución de la **propiedad**..., y en ese sentido presenta un predominante perfil jurisdiccional pues la propiedad está bajo la tutela de los Tribunales". "La calificación registral es ontológicamente una actividad jurisdiccional y toda inscripción supone una declaración sumaria de la propiedad o derecho real".

"El Registro no es una mera oficina informativa, es también declaración sumaria de propiedad... y en ocasiones constitución de la propiedad o un derecho real...; no sólo reconoce una realidad extrarregistral existente por sí, sino que declara la realidad misma". "El Registro cumple el tránsito del título (subjetivo e individual) al derecho (como universal)".

"La filosofía del Registro se encuadra en una nueva visión de la propiedad: trasciende de la consideración de la propiedad como afirmación del individuo *frente al Estado*, a la propiedad como afirmación del individuo *en el Estado*: como realidad misma del Estado. El título registral es a la vez la propiedad privada y la declaración pública de la propiedad".

"No puede abandonarse la propiedad en manos de la Administración activa sin desnaturalizar el sentido mismo de la actividad registral (y la realidad de la propiedad). Por eso la actividad registral ha de considerarse en todo caso autónoma y jurisdiccional" (*Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986).

Y según MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, "el Registro es una institución jurídica, y lo es con preferencia a cualquier otro aspecto que en él pueda apreciarse... La publicidad constituye su finalidad *intrínseca*..., publicidad que se establece para conseguir la seguridad del tráfico frente a los terceros" (*Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaladejo*, t. VII, vol. 2.º, pág. 257).

Y en su importante estudio *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía* (Madrid, 1967), ya había dicho AMORÓS que "la

protección que el Registro otorga al titular que inscribe es predominantemente privada, se organiza en atención a un interés individual, a la eficacia de un derecho subjetivo privado. Desde esta inicial consideración la protección registral es de Derecho privado, y el procedimiento registral, de jurisdicción voluntaria. Ello explica la voluntariedad de la inscripción en nuestro sistema".

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 uno de los recursos contra el acto de jurisdicción voluntaria es la interposición del correspondiente juicio declarativo ordinario 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 de 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 Imparcialidad e independencia del órgano que ejerce la jurisdicción voluntaria respecto a la Administración y ausencia de jerarquía administrativa y de recursos administrativos. Esto es consecuencia de tratarse de situaciones jurídicas de Derecho privado ajenas al mecanismo propio del Derecho administrativo.

Estas notas de "jurisdicción voluntaria" las reúnen en funciones de los Jueces en relación con el Registro civil las funciones previstas en los artículos 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las funciones de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Son también, lógicamente, de jurisdicción voluntaria las funciones enco-

mendadas al Presidente del Tribunal Superior de Justicia en relación con los recursos contra la calificación registral.

Numerosos argumentos confirman que la función registral calificadora es acto de jurisdicción voluntaria por tener las notas apuntadas, en contraste con los actos puramente administrativos.

a) Es fundamental partir de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que estableció por primera vez en España la función registral, pues las sucesivas reformas hipotecarias han sido parciales en su ámbito, conservando en lo fundamental intacta la obra legislativa de 1861, si bien adaptándola a las sucesivas circunstancias. Tenemos aquí no sólo un argumento histórico, sino un argumento del texto vigente en tanto en cuanto los preceptos fundamentales de la Ley de 1861 son hoy todavía los del texto actual.

Pues bien, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que ha sido considerada como la "primera" y la "más acabada" de todas las que se han producido, hay dos pasajes de especial interés para el tema que nos ocupa.

En primer lugar, se hace referencia a los Jueces y Regentes de las Audiencias en su función inspectora de los Registros, y se añade a este propósito: "*Así se enlazan también los Registros estrechamente con los funcionarios del orden judicial*, que son los que tienen más ocasión y más medios de conocer los defectos y la conducta de los Registradores".

En segundo lugar, a propósito del recurso ante el Juez de Primera Instancia respecto a las minutas de los asientos, que es un recurso muy próximo al de la calificación registral, pues se discute en él sobre la procedencia o improcedencia de la redacción que pretende dar el Registrador al asiento que es soporte de la publicidad registral, respecto a ese extremo advierte la Exposición de Motivos que "no debían seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; *son más bien actos de jurisdicción voluntaria* que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contención. Por esto, la Comisión ha dejado la decisión a los regentes de las audiencias o a sus delegados, creyendo que *así quedan bastantemente garantidos* los derechos de todos los interesados".

Se alude aquí expresamente a la función de "jurisdicción voluntaria", claramente expresada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, respecto a un precepto que continúa con el mismo texto que en aquella época y que es el actual artículo 258 de la Ley Hipotecaria.

Aparte de ello, fue la Ley Hipotecaria de 1861 la que estableció el llamado "recurso judicial" como una de las defensas del interesado frente a la calificación registral, pues en el párrafo segundo del antiguo artículo 66 de la Ley Hipotecaria se decía que "si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento propusiere aquel cuyo título ha sido

desechado demanda para obtener su inscripción o la declaración de su validez pidiendo anotación preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación". Esto demuestra que ya desde 1861 el legislador no configuró la calificación registral como un acto administrativo, sino que previó la correspondiente demanda ante los Tribunales civiles para obtener la inscripción o la declaración de validez del título, que son cuestiones civiles a debatir ante la jurisdicción ordinaria sin necesidad de apurar ninguna otra vía, que es lo típico de los actos de jurisdicción voluntaria.

El recurso contra la calificación registral estaba estructurado únicamente ante el Juez de Primera Instancia y, posteriormente, en apelación, ante el Regente o Presidente de la Audiencia.

La irrupción de la Dirección General de los Registros como órgano encargado de resolver los recursos contra las calificaciones de los Registradores no tuvo como finalidad administrativizar el recurso. Se trató de lo que se ha llamado con agudeza un "golpe de mano" por parte de la Real Orden de 17 de marzo de 1864 al no estar en la Ley Hipotecaria, y se hizo únicamente por razones prácticas de dar uniformidad a las decisiones de los Regentes o Presidentes de las Audiencias. Pero precisamente porque continuaba la intervención de los Regentes la actuación de la Dirección General no se concebía como "administrativa", sino como una especial función de garantía de derechos privados.

Creemos que, actualmente, debe volver a los órganos judiciales en exclusiva el conocimiento de esta clase de recursos más adecuados para conocer de estos actos de jurisdicción voluntaria en garantía de derechos civiles o privados.

b) *La intervención y participación de los órganos judiciales en materia registral* según resulta de la legislación hipotecaria confirma que la función del Registrador de la Propiedad no es acto administrativo, pues mal puede considerarse función "administrativa" aquella en que interviene y participa la autoridad judicial.

Así, por ejemplo, en relación con el asiento de presentación, el artículo 416, párrafo penúltimo, del Reglamento Hipotecario establece: "Siempre que el Registrador se negare a practicar el asiento de presentación por imposibilidad material o por otro motivo y el interesado no se conformare con la manifestación de aquél, podrá acudir en queja al Juez de Primera Instancia y, en su defecto, a la autoridad judicial de la localidad, quienes oyendo al Registrador resolverán lo procedente. Si la resolución dictada ordenare practicar el asiento, se procederá conforme a los artículos 573 y siguientes de este Reglamento, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar con arreglo al artículo 296 de la Ley". Estamos ante un

problema de calificación registral, si bien en la cuestión inicial del asiento de presentación y en relación con ella se plantea el recurso ante el Juez de Primera Instancia, frente al cual no cabe recurso administrativo ni contencioso-administrativo, naturalmente, pues el Juez no dicta un acto administrativo ni tiene nada que ver con la autoridad administrativa.

El artículo 258 de la Ley Hipotecaria dice que "los interesados en una inscripción, anotación preventiva o cancelación podrán exigir que antes de extenderse estos asientos en los libros se les dé conocimiento de su minuta". "Si notaren en ella algún error u omisión importante podrán pedir que se subsane, acudiendo al Juzgado de Primera Instancia en el caso de que el Registrador se negare a hacerlo. "El Juez, en el término de seis días, resolverá lo que proceda sin forma de juicio, pero oyendo al Registrador". Se trata también de un precepto que se refiere a un aspecto de la calificación, el de la forma de redacción de los asientos. Pues bien, frente al acto del Juez de Primera Instancia no cabe, lógicamente, recurso administrativo ni contencioso-administrativo, lo que demuestra que estamos en un campo que tampoco es administrativo.

Los artículos 100 a 102 prevén un recurso de los Registradores ante el Presidente de la Audiencia cuando dudaren de la competencia del Juez o Tribunal que ordenare una cancelación, cabiendo recursos tanto por parte de los Jueces y Tribunales como por parte de los interesados ante la Audiencia, la cual, oyendo a las partes, determinará lo que estime justo. Tampoco hay aquí ninguna vía administrativa ni contencioso-administrativa, a pesar de que es un claro supuesto de calificación registral del documento judicial respecto a la competencia del Juez o Tribunal, y ello es perfectamente lógico desde la perspectiva de la naturaleza no administrativa de la función registral calificadora.

El artículo 217 de la Ley Hipotecaria se refiere a la posibilidad de que un error de concepto cometido en una inscripción, anotación o cancelación o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, se pueden rectificar por acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador *o por una providencia judicial que lo ordene*". Los artículos 323 y siguientes del Reglamento Hipotecario se refieren a un procedimiento judicial de rectificación de esos errores, consistente en que el Registrador puede acudir por medio de un oficio al Juez de Primera Instancia para que mande verificar la rectificación oyendo al interesado y mediante providencia judicial.

El recurso gubernativo contra la calificación registral está teñido también de la intervención y participación de los órganos judiciales, y concretamente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sustitución del antiguo Regente, siendo el órgano judicial el único que

conocía de los recursos en la primitiva redacción originaria de la Ley Hipotecaria de 1861.

c) *El encuadramiento constitucional de la función registral* calificadora, de la que se ha ocupado en profundidad JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO ("Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, enero-febrero 1979, págs. 75 y sigs.), confirma los argumentos anteriores y, concretamente, la configuración de la función registral calificadora como un acto de jurisdicción voluntaria.

El tríptico de preceptos fundamentales de la Constitución en este punto lo constituyen los artículos 9, 117.4 y 149.1.8.^a.

Ante todo, la función registral se incardina en el principio de "seguridad jurídica" a que se refiere, como principio fundamental, el artículo 9 de la Constitución. Efectivamente, el Registro de la Propiedad tiene como una de sus finalidades fundamentales la seguridad de los derechos y la seguridad de las transmisiones inmobiliarias y la seguridad del crédito territorial. Todas ellas son finalidades de "garantía de derechos".

Por otra parte, el artículo 149.1.8.^a de la propia Constitución es terminante al calificar como "legislación civil" la "ordenación de los registros e instrumentos públicos", a diferencia de los "Registros administrativos" que sí pueden ser competencia de las Comunidades Autónomas, pero no el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y el Registro Civil, que son parte de la legislación civil y mercantil.

Este artículo 149.1.8.^a da una segunda nota a la función registral calificadora. En la "ordenación de los registros e instrumentos públicos" como materia civil entran los principios hipotecarios, uno de los cuales es el de legalidad o calificación registral, comprendido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, la Constitución dice terminantemente que esto es "legislación civil" y no administrativa. Ante esta declaración, cualquier pretensión de considerar "vía administrativa" o de acudir a la "vía contencioso-administrativa" para resolver estas materias civiles sería anti-constitucional. Ello deriva de esa segunda nota de la función registral resultante de ese artículo, que es la nota de referirse a derechos subjetivos privados de carácter civil. Por tanto, la función registral es una función de seguridad jurídica en garantía de derechos subjetivos de carácter civil, y la función calificadora forma parte de la "legislación civil" y no de la legislación administrativa.

Es importantísimo también el tercer precepto constitucional que habíamos apuntado: el número 4 del artículo 117 de la Constitución, que completa la caracterización de la función registral y que dice así: "Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el

apartado anterior (jurisdiccionales) y las que expresamente les sean atribuidas por *Ley en garantía de cualquier derecho*".

Como ha resaltado acertadamente LACRUZ BERDEJO en su citado "Dictamen..." (*Revista Crítica*, 1979), aquí se contempla en esa función de "garantía de derechos" la llamada "jurisdicción voluntaria". LACRUZ deduce que esa función de garantía puede ser ejercida por Jueces y Tribunales, pero como no es consustancial a ellos por no ser propiamente jurisdiccional, puede ser también ejercida por otros funcionarios a los que la "Ley encomienda también la garantía de Derechos" (Notarios y Registradores de la Propiedad). O sea que, por una parte, tal como entiende LACRUZ, aquí está reconocida la función de "garantía de derechos" como una función que no es "jurisdiccional", pero que tampoco es "administrativa" pues no está incluida en el capítulo constitucional de la Administración, y que es precisamente esa función de naturaleza intermedia que es la "jurisdicción voluntaria".

Pero además y por otra parte, al poner en relación esa función de garantía de los Jueces y Tribunales que le encomienda la Constitución, con los preceptos concretos de la "Ley" a la que se remite la propia Constitución, queda teñida del mismo carácter de "función de garantía" aquella en que, en una parte, ha intervenido el órgano judicial. Quiere decirse que entre las leyes que atribuyen funciones de garantía de derechos está también la Ley Hipotecaria, y si en esa Ley se califica la intervención de los órganos judiciales (Jueces y Presidente del Tribunal Superior) como "función de garantía de derechos" atendiendo a la Constitución, el Registrador de la Propiedad que está conociendo de esa misma función en la que los órganos judiciales conocen en vía de recurso es que la función del Registrador en esos casos es también "función de garantía de derechos privados", de la misma naturaleza de "jurisdicción voluntaria" (no jurisdiccional propiamente dicha, pero tampoco administrativa), que señala el artículo 117.4 de la Constitución.

Así, por ejemplo, en el caso del citado artículo 258 de la Ley Hipotecaria antes citado, la función del Juez de Primera Instancia es decidir sobre la redacción de un determinado asiento frente al criterio del Registrador. El Juez tiene encomendada aquí por la Ley Hipotecaria una "función de garantía" que la Constitución confirma. Pues bien, el Registrador está ejerciendo esa misma "función de garantía", que consiste en su criterio sobre la redacción de un asiento que afecta a derechos privados del titular y de terceros. Son las mismas "funciones de garantía", sólo que ejercida en primera instancia por el Registrador y en segunda instancia por el Juez. La función de garantía es la misma, y también lo es el acto de jurisdicción voluntaria. La diferencia es que el Juez es un órgano jurisdiccional que

tiene también otras funciones, las contenciosas o jurisdiccionales en sentido estricto; y, en cambio, el Registrador no es órgano de la jurisdicción contenciosa o propiamente dicha, sino que es un órgano que resuelve en vía de la llamada "jurisdicción voluntaria" o de "garantía de derechos", sin ser órgano jurisdiccional pero teniendo en este caso la misma "función de garantía" del artículo 117.4 de la Constitución, que no es "función administrativa" por no serlo tampoco la "función que ejerce el Juez de Primera Instancia". Es una función *sui generis*, de "garantía", que se regula por la Ley que atribuye la función de garantía; en este caso por la Ley Hipotecaria.

Lo mismo ha de decirse de la intervención del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la resolución del recurso sobre la calificación registral. Esta función, reconocida en los artículos 100-102 de la Ley Hipotecaria, 113 y siguientes del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial es una "función de garantía de derechos", pues se trata de determinar si el documento es o no inscribible en el Registro y si ha de quedar o no garantizado por los efectos del asiento registral (salvaguardia de los Tribunales). Esa función de garantía es la misma que realiza el Registrador de la Propiedad por razón de la materia, sólo que el órgano es distinto.

d) *La regulación del recurso contra la calificación por parte de los Estatutos de Autonomía* que por tener Derecho privativo en la rama civil tienen competencia para regularlo, confirma que la función registral calificadora no es acto administrativo ni recurrible ante lo contencioso-administrativo.

Así, el artículo 14 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece la "competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco" respecto a "los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad", lo que demuestra que no se trata de "actos administrativos", pues si lo fueran el recurso no correspondería a los "órganos jurisdiccionales".

En el mismo sentido, el artículo 20.e) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el artículo 20 del Estatuto de Galicia, incluido además en el capítulo que lleva por rúbrica *De la Administración de Justicia en Galicia*; el artículo 29.e) del Estatuto de Aragón, bajo la misma rúbrica; el artículo 61.e) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Navarra, también bajo la misma rúbrica, y el artículo 49.e) del Estatuto de Autonomía de las islas Baleares, bajo la rúbrica *De la organización judicial*.

Esta regulación revela que la calificación registral no es acto administrativo, pues si lo fuera el recurso no iría a través de los Tribunales

Superiores de Justicia, sino que agotaría la vía administrativa y, además, se considera incluido en el capítulo de la *Administración de Justicia* u *Organización judicial*, lo que revela que se trata de una función de jurisdicción voluntaria ejercida inicialmente por un órgano especializado no judicial (Registrador), pero en vía de recurso por un órgano judicial, con la misma función de jurisdicción voluntaria.

e) Precisamente un argumento que enlaza con todo lo anterior es el resultante de la *Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial* que establece lo siguiente: "Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".

f) Otro argumento fundamental que cabe deducir de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el resultante del *artículo 22 de la misma*.

El artículo 22.1.º de la LOPJ establece que "*en el orden civil* los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1) *Con carácter exclusivo* en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; *en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español...*"

Este precepto revela:

1.º Que la Ley Orgánica considera de "orden civil" la materia referente a la "validez o nulidad de las inscripciones", que es materia de Derecho hipotecario resultante de la calificación registral. Esto concuerda perfectamente con la Constitución, que en su artículo 149 considera de carácter civil la ordenación de los Registros e instrumentos públicos.

2.º Que la competencia de Juzgados y Tribunales en el orden civil es de "carácter exclusivo", lo que excluye la actuación de cualquier otra jurisdicción y, concretamente, de la contencioso-administrativa.

3.º Que ese artículo 22 se contrapone al artículo 24, que se refiere al "orden contencioso-administrativo", que nada tiene que ver con el problema de los derechos reales ni con la validez o nulidad de las inscripciones.

Tenemos, pues, una serie de textos importantes en armonía con la opinión mayoritaria de los autores, que destacan que la función registral no es función administrativa.

En contra, se ha citado a veces la postura del autor italiano ZANOBINI, que habla para estas funciones de una "Administración Pública de Derecho privado". Pero en relación con esta posición hay que tener en cuenta lo siguiente:

1.º Que ZANOBINI se refiere al Derecho italiano en que la función registral es diametralmente opuesta a la del Derecho español, pues es un sistema de transcripción, mientras en el sistema español la calificación registral en base a precedentes germánicos y suizos se refiere al aspecto de fondo (validez de los actos dispositivos: art. 18 LH). En cambio, en el sistema italiano de transcripción la calificación no se refiere al fondo, sino a las formalidades extrínsecas del documento. Por ello es de imposible traslado al Derecho español la concepción de ZANOBINI.

2.º Que es una contradicción *in terminis* hablar de "Administración Pública del Derecho privado", y mucho más tratar de incluir en ella la función registral habiendo preceptos constitucionales y de la Ley Hipotecaria contrarios en Derecho español a esa concepción.

3.º Que el propio ZANOBINI confiesa, y esto no ha sido resaltado por los autores que le citan, que "*Administración*, por consiguiente, debemos llamar a toda esta actividad, *no tanto porque podamos decirnos convencidos de su carácter administrativo* cuanto porque ella no tiene la finalidad *ni de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas*, sino de llevar a la práctica relaciones jurídicas concretas".

Por tanto, es el propio ZANOBINI el que confiesa no estar convencido del carácter administrativo de esta función registral, ni siquiera en el Derecho italiano. Y encima añade que "no tiene la finalidad de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas", lo que podría ser concordante con el Derecho italiano, pero no con la calificación registral en el Derecho español, según el artículo 18 de nuestra Ley Hipotecaria, con los efectos atribuidos a la inscripción en los artículos 1, 32, 34, 35, 36, 38, 41, etc., que revelan que estamos ante supuestos de "constitución de reglas de conducta" en el tráfico jurídico inmobiliario.

4.º Que el propio ZANOBINI reconoce que la "función de jurisdicción voluntaria" *no es "verdaderamente función administrativa"*. Una vez que creemos haber demostrado que en el sistema español la función registral se adapta atendiendo a sus efectos y a su regulación, a la función de "garantía" o de "jurisdicción voluntaria", quedaría fuera de la propia concepción de ZANOBINI.

5.º Que frente a ZANOBINI hay otros autores en Derecho italiano,

como FAZZALARI en su trabajo "Giurisdizione volontaria", *Enciclopedia Italiana*, Padua, 1953, pág. 365, en que defiende el carácter de jurisdicción voluntaria de la función registral incluso en el Derecho italiano.

Por último, aparte de todo lo anteriormente dicho, *la concepción "administrativa" ha sido excluida por la propia Dirección General de los Registros en Resoluciones de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 14 de octubre de 1932 y 26 de junio de 1986.*

Fundamental es también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 6 de noviembre de 1954, que niega el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros, diciendo que "el recurso contencioso-administrativo actúa siempre sobre derechos de carácter administrativo cuya lesión se pretende reparar, como se desprende indiscutiblemente de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Jurisdiccional, y se encamina de modo exclusivo a la decisión de los problemas de Derecho público, sin que pueda actuar en las cuestiones relativas a los derechos civiles de los particulares, puesto que existe para éstos una jurisdicción peculiar que es la ordinaria, y en tal sentido se dispuso en la Real Orden de 20 de mayo de 1878..." "Y, por otra parte, si los Tribunales de lo contencioso-administrativo resolvieran en definitiva cuestiones registrales como la que se plantea, se llegaría al absurdo de que suscitada mediante el uso de la vía judicial, como lo autoriza el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la contienda entre los interesados entre si es o no cancelable la condición contractual mencionada en el Registro de la Propiedad, hubiera de fallar en última instancia la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo; que podría hacerlo en sentido contradictorio al adoptado por la presente, todo lo cual demuestra hasta la evidencia la imposibilidad de que se aborde en este fallo el fondo del asunto".

Si no cabe el recurso contencioso-administrativo es que no estamos ante un recurso administrativo.

5. CARACTERES DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

He aquí, entre otras, una serie de características de la función registral calificadora:

1.^a Es función *específica y exclusiva* del Registrador. Así lo destacan importantes autores como JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ.

Otros funcionarios ejercen también funciones de jurisdicción voluntaria y de garantía de derechos, pero no ejercen una función "calificadora",

encomendada exclusivamente por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria a los Registradores.

Naturalmente, en vía de recurso, los órganos encargados del recurso revisan y ejercen en este sentido también la función calificadora, pero no pueden calificar directamente los documentos, sino sólo los extremos de la nota que hayan sido recurridos. Ni pueden hacer declaraciones limitativas de la función calificadora, que sólo corresponden al legislador.

2.^a Es una función *de ejercicio obligatorio*. Los Registradores cumplen un deber al ejercerla y no pueden escudarse en que se trata de problemas que han de decidir los Tribunales y que mientras tanto suspenden el ejercicio de la función. Esto no es posible. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria emplea términos imperativos: "calificarán".

Por tanto, en el ejercicio de la función, no cabe abstenerse de resolver alegando oscuridades, lagunas e insuficiencias de la legislación. En este aspecto es una función similar a la judicial.

Las únicas dudas que se permiten son las relativas a "identidad" de la finca (arts. 300 y 306 LH y 295.5.º RH) y a la competencia del Juez al ordenar una cancelación (art. 100 LH).

En cambio, no podrá abstenerse el Registrador de conocer de la Ley de Defensa de los Consumidores ante un caso concreto en que se plantee una cláusula opuesta a dicha Ley. Luego volveremos sobre ello.

3.^a Ha de ser *motivada*. La calificación registral ha de expresar las razones en que se basa. Cuando ahora este requisito es exigible constitucionalmente de toda resolución, en el Derecho hipotecario se venía ya regulando tradicionalmente este requisito de la "motivación" de la calificación registral, pues en la nota calificadora han de expresarse los motivos de la suspensión y de la denegación.

4.^a La función calificadora es *independiente*. En este sentido, es similar a la función judicial, que mantiene plena independencia respecto a la Administración y respecto a los particulares. El Registrador ejerce su independencia porque está excluido de la jerarquía administrativa en materia de calificación, lo que es muy importante, pues en ocasiones, como ya hemos dicho, es la propia Administración la que aparece como interesada en una inscripción de un bien patrimonial, en contraposición a otros interesados.

5.^a La función calificadora se ejerce bajo la *responsabilidad* del Registrador. Así lo dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Pero esta responsabilidad es respecto a la *calificación positiva*, o sea, la que da lugar a la práctica de una inscripción o anotación o cancelación en el Registro. Si ha extendido indebidamente un asiento y se ha producido un perjuicio, el Registrador responde con su propio patrimonio.

En cambio, la calificación *negativa* de los Registradores, debidamente notificada a los interesados, no puede dar lugar a responsabilidad alguna, pues *allí donde hay posibilidad de recurso no hay posibilidad de responsabilidad*. La responsabilidad podría venir por incumplimiento de los plazos con perjuicio para los interesados o por falta de notificación de una calificación en los términos del artículo 429 del Reglamento Hipotecario, o por no extenderse la nota prevista en dicho artículo y solicitada por los interesados.

Esta responsabilidad del Registrador es una característica esencial de la función calificadora, a diferencia de la responsabilidad del funcionario administrativo.

6.^a *La amplitud del ámbito de la función calificadora como característica de la misma en relación con los documentos notariales.* En este punto conviene deshacer algunos equívocos que pueden inducir a confusión y que están dando lugar al tópico de los medios limitados de la función calificadora y deduciendo el ámbito limitado de la misma, todo ello en base a un desconocimiento del principio de legalidad, de la esencia de la función calificadora y de los propios términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Incluso los vicios del consentimiento, que algunos dicen que no los califica el Registrador, ello no es porque el ámbito de la calificación sea limitado, sino porque los vicios son "ocultos". Pero si por cualquier causa salen a relucir al exterior y el Registrador los detecta, la función calificadora se extiende también a los vicios del consentimiento. Imaginemos una escritura pública de la que resulta un caso de error de los interesados. El Registrador ha de calificar también ese vicio del consentimiento.

Frente al "tópico de la calificación limitada" hay que llegar a la conclusión de que, tratándose de documentos notariales —y a diferencia de los documentos judiciales— la calificación tiene un ámbito amplísimo al objeto de que el Registrador, como órgano de aplicación del Derecho, pueda detectar todas las irregularidades que se produzcan respecto a la totalidad de las leyes vigentes.

Que el ámbito de la calificación registral es amplísimo lo reconoce toda la doctrina. Veamos algunos ejemplos de autores importantes.

Es muy conocida la observación de JERÓNIMO GONZÁLEZ al comparar el sistema alemán y el español, pues en este último, al partir de la causa y no ser abstracto como aquél, "en nuestro sistema se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano". Y no hace ninguna crítica sobre ello, pues, según acabamos de decir, parte de que ello es así porque deriva de ser el español un sistema causal con todas sus consecuencias.

También SANZ FERNÁNDEZ reconoce que la función calificadora "se desenvuelve en términos de gran amplitud (*Instituciones*, II, pág. 162). Y ROCA SASTRE, en relación con el supuesto de calificación de validez de los actos dispositivos, no deja lugar a ninguna duda: "Aquí es donde el ámbito de la función calificadora del Registro es amplísima".

Estas declaraciones doctrinales tienen un claro fundamento. Se trata de algo que es de esencia de la función registral calificadora y del propio sistema, y todo lo que sea limitar el ámbito natural de esa función es entorpecer la necesaria depuración de los documentos, cuando lo deseable es llegar a una situación de plena legalidad, sin sombra de ninguna clase. Como dice el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de abril de 1991, "es natural que los actos inscritos en el Registro de la Propiedad no ofrezcan dudas en cuanto a su extensión y efectos en beneficio de la seguridad jurídica".

Efectivamente, estamos en el principio de legalidad y en la configuración del Registrador como órgano de aplicación del Derecho en el ámbito extrajudicial. Ahora bien, como el legislador atribuye a los actos inscritos en el Registro unos efectos muy fuertes, que son de configuración plena del derecho real en su eficacia *erga omnes*, de inoponibilidad, de presunción de validez y exactitud, de salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia, de adquisición irrevindicable e inatacable para el tercero, etc., por todo ello no hay más remedio que concluir que el ámbito de la calificación tiene que ir en consonancia con esos fuertes efectos que se conceden al acto una vez que ha pasado por el tamiz de la calificación del Registrador. En otro caso, habría un salto en el vacío y no se justificaría la eficacia del asiento.

Frente a ese *ámbito amplísimo de la función calificadora*, en consonancia con los fuertes efectos del sistema, está como contrapunto, el carácter normalmente provisional de la calificación de legalidad y validez, en el sentido de que, de momento, se produce en el ámbito extrajudicial y sin perjuicio de lo que después puedan decidir los Tribunales de Justicia. Pero este posible juicio posterior de los Tribunales ante los que se plantee en su caso una contención entre partes, no impide la previa calificación del Registrador. Por el contrario: el Registrador debe calificar, a los efectos de inscribir, suspender y denegar, y para ello debe realizar con gran amplitud el juicio de legalidad y validez del documento. Ello sin perjuicio de que *a posteriori*, el Juez pueda conocer del asunto a otros efectos y en términos diferentes, tal como resulte de las pruebas del juicio contencioso.

Quiere decirse que la posible actuación ulterior de los Tribunales no puede paralizar la previa calificación registral, sino todo lo contrario: *la función cautelar o preventiva de la calificación registral*, tendente a evitar

un pleito y a conseguir que se subsane el elemento que él ve distorsionante o que produce serias dudas sobre la legalidad, exige que previamente se pronuncie en el ámbito que le es propio con toda amplitud, que es la que marcan las leyes vigentes. Pero, insistimos, a los efectos de inscribir, suspender o denegar, y sin que se obstaculice una decisión posterior de los Tribunales. Las decisiones de jurisdicción voluntaria, y también las de la calificación registral, entre ellas, necesitan producirse con la mayor amplitud posible, dentro de la provisionalidad ínsita en su naturaleza, para evitar precisamente que se produzcan situaciones contenciosas. Ello a diferencia de sistemas registrales de efectos limitados o de transcripción, en que todo lo relativo a la legalidad se remite a los órganos judiciales, perdiendo riqueza cautelar o preventiva el sistema, y dando lugar a un número ilimitado de pleitos (recuérdense las cifras estadísticas del sistema americano, por ejemplo), muchos de los cuales, se evitan en nuestro sistema, gracias a la amplia actuación de los órganos de aplicación del Derecho en trámite de jurisdicción voluntaria.

Por tanto, no hay razón alguna para que se diga que la función calificadora tiene un ámbito limitado y que ha de prescindir del conocimiento de algunas Leyes, nada menos que la fundamental Ley de defensa de los consumidores, esencial para la seguridad jurídica de los consumidores inmobiliarios en el ámbito extrajudicial.

Los partidarios del tópico que se combate insisten en que el Registrador tiene limitados los medios de calificación, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Pero con ese planteamiento, se olvida algo fundamental: que junto a los documentos presentados y a los asientos del Registro, a que alude el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador ha de tener en cuenta toda la legalidad, es decir, todas las leyes del ordenamiento, para comprobar si las escrituras presentadas se acomodan a la legalidad. Y ello es así porque el artículo 18 emplea la expresión "calificarán" "la legalidad", "la validez", y estos términos reconducen a la aplicación del ordenamiento, sin que pueda limitarse la calificación respecto a determinadas leyes.

Aparte de esa primera puntualización, hay que observar que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al aludir a esos medios de calificación, no tuvo por finalidad la limitación del ámbito de la función calificadora, sino que el artículo 18 tiene otras lecturas, compatibilizadoras con la esencia de la "calificación de la legalidad y validez del acto" a que se refiere el propio precepto.

Así, la referencia a que se ha de calificar "por lo que resulte de los documentos presentados", no significa límite en la aplicación de las Leyes, sino aplicación de las leyes en relación con un determinado documento y

no respecto a otro. Si por ejemplo, el Registrador hace una calificación en el sentido de que es insuficiente la representación o que faltan determinadas autorizaciones, la hace "por lo que resulta del documento presentado", sin perjuicio de que en el futuro pueda hacer otra calificación cuando el documento se presente con todos los complementarios, de los que resulte que se actúa en base a una representación suficiente o con las autorizaciones legalmente previstas.

"Calificar por lo que resulte de los documentos presentados" significa también el tener que atenerse a las declaraciones y términos contenidos en ellos (literalidad del documento), lo que es claramente aplicable tratándose de escrituras de poder o de testamentos, en que, según consolidada doctrina, han de ser interpretados restrictivamente, atendiendo exclusivamente a los términos literales de los documentos presentados. Y ello es por razones de seguridad jurídica en consonancia con la función calificadora: porque no se trata sólo de calificar un acto para los efectos entre partes, sino para los efectos respecto a terceros que se apoyen en lo que dicen los asientos del Registro.

"Calificar por lo que resulte de los documentos presentados" significa también que el Registrador no tiene que dar audiencia a las partes ni recabar opiniones de testigos o peritos, sino que ha de calificar prescindiendo de pruebas extrarregistrales. Asimismo, prescindirá de las noticias particulares que pueda tener sobre el tema objeto de calificación.

Eso es lo que quiere decir el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y lo que expresan los autores que lo comentan.

En cambio, "calificar por lo que resulte de los documentos presentados" no quiere decir excluir la aplicación de determinadas leyes, pues entonces el Registrador no calificaría la legalidad y validez de los documentos en debida forma, es decir, la que les haga aptos, respecto a los que han sido inscritos, para presumir la legalidad y validez, "a todos los efectos legales" (compárese art. 38.1.º LH).

En relación con el ámbito natural y amplio de la función registral calificadora está la función preventiva o cautelar de la misma, para impedir que documentos de dudosa eficacia o no suficientemente claros desde el punto de vista de la legalidad, puedan tener acceso al Registro.

En relación con ello está también el principio de especialidad, que exige una claridad absoluta respecto a todos los actos y derechos que ingresen en el Registro.

En el plano registral de la calificación no pueden hacerse tampoco presunciones de legalidad ni de buena fe, sino que los títulos han de calificarse e interpretarse de modo que no abriguen ninguna duda sobre su legalidad, pues, en otro caso, el Registro estaría dando cobertura y plenos

efectos de validez a situaciones de dudosa legalidad o no debidamente contrastadas.

Es, pues, de esencia de la función calificadora, el ámbito amplio de la misma respecto a los documentos notariales que operan en el ámbito extrajudicial.

7.^a *La función registral calificadora es de efectos limitados.* Lo que también se olvida en ocasiones es que, a pesar de su amplitud, los efectos de la calificación se limitan al campo de la suspensión, denegación o inscripción de los títulos. Es decir, se trata de declaraciones de validez a los únicos efectos de la práctica de la inscripción, y declaraciones de nulidad o anulabilidad respecto a denegar o suspender la inscripción. El Registrador no tiene la última palabra, pero ha de tener "palabra" a esos efectos.

Esto significa que queda siempre a salvo el planteamiento de la cuestión ante los Tribunales civiles ordinarios, y confirme, una vez más, que se trata de un acto de "jurisdicción voluntaria".

Ahora bien, si la calificación registral, por ser positiva, ha dado lugar a un asiento, entonces, el juego de los principios del sistema registral previstos en la Ley, puede dar lugar a presunciones *iuris tantum* e incluso *iuris et de iure* de inatacabilidad de la adquisición, con un amplio alcance más allá de la inscripción y con gran incidencia en el Derecho civil.

Pero esto es consecuencia del principio fundamental de la seguridad jurídica, y tiene su correctivo en la responsabilidad patrimonial del Registrador, a que antes hemos hecho referencia, y en la posibilidad de practicar anotaciones de demanda de impugnación de asientos para evitar que surjan terceros protegidos por la legislación hipotecaria.

8.^a *La función registral es cautelar o preventiva.* Ya hemos aludido anteriormente a esta característica esencial de la función calificadora, que ha hecho que JOSÉ LUIS MEZQUITA la incluya entre las funciones de "Seguridad Cautelar o Preventiva".

El Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 1991, la configura como una "*importante misión de seguridad jurídica preventiva*" del Registrador de la Propiedad.

6. DOCTRINA DE LOS AUTOS DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Hechas estas observaciones generales sobre la función calificadora, estamos en condiciones de comprobar que los autos del Presidente responden al fundamento, naturaleza y características expuestas a propósito

de la función calificadora, pues conciben ésta en el sentido amplio, moderno, cautelar, progresivo y social, a que antes hemos hecho referencia.

Esta posición de los autos presidenciales, que resulta de la forma de resolver los recursos contra la calificación en los diferentes casos concretos, creemos que ha de ser asumida sin reservas, pues prescindiendo de la solución del caso concreto, responden a la esencia misma de la función registral en la legalidad vigente.

Una muestra de ello, nos la ofrecen los autos de 7 y 8 de junio de 1989, 10 de enero de 1990, 15 de octubre de 1990, 13 de abril de 1991 y 30 de septiembre de 1991.

En todos ellos, se ha venido manteniendo con reiteración una doble doctrina:

1.º Que las cláusulas obligacionales, entre ellas las cláusulas penales y las indemnizatorias, no pueden acceder al Registro de la Propiedad.

2.º Que los Registradores han de calificar las cláusulas de las escrituras contrarias al artículo 10 de la Ley de defensa de los consumidores.

Creemos necesario dar a conocer íntegramente el texto de alguno de estos autos, para que se compruebe su acertada doctrina y porque la Dirección General de los Registros no recoge, ni siquiera en resumen, la doctrina de los autos presidenciales, a pesar del indudable interés que ofrecen.

He aquí el texto del Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 1990, que a pesar de ser un único Auto, ha sido revocado cinco veces por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creemos que es incomprensible que un solo Auto pueda ser revocado cinco veces, cuando la apelación que regula el Reglamento Hipotecario es contra el Auto y no contra las notas calificadoras, que eran cinco, pero habían sido acumuladas por decisión del Presidente, no revocada por la Dirección tal decisión de acumulación. Esta irregularidad de la Dirección ha sido ya puesta de relieve por PABLO VIDAL FRANCÉS en un comentario publicado en esta *Revista* (enero-febrero de 1992).

Texto del Auto objeto de esas cinco revocaciones:

A U T O

En la ciudad de Barcelona, a quince de octubre de mil novecientos noventa.

Visto por mí, José Antonio Somalo Giménez el expediente del recurso gubernativo número 16 de 1990, interpuesto por don José Vicente Martínez-Borso López, Notario de Barcelona, contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, en el cual se acreditan los siguientes

Hechos. Primero.—Que don José Vicente Martínez-Borso López, Notario del Ilustre Colegio de Barcelona, por medio de escrito de fecha 20 de junio de 1990 y al amparo de lo dispuesto en el artículo 112.3 del Reglamento Hipotecario, interpuso recurso contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, fechada en 20 de abril de 1990, hecha en escritura de compraventa otorgada a favor de don Luis Palacios Rufast y otra, autorizada por el notario recurrente con número de su protocolo 3.222.

Segundo.—Admitido a trámite dicho recurso le correspondió el número 16 de 1990 de este Tribunal Superior de Justicia, poniéndose seguidamente su interposición en conocimiento del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, interesando emitiese el informe previsto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, trámite este que fue evacuado en su día.

Tercero.—Que el señor Registrador de la Propiedad, en escrito de fecha 10 de agosto de 1990, solicitó que se acumulasen a estos autos los recursos de igual índole interpuestos por el mismo recurrente don José Vicente Martínez-Borso López, contra las calificaciones extendidas por el mismo Registrador en las escrituras públicas autorizadas por el mismo Notario con números de su protocolo 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503, registrados en esta Secretaría de Gobierno con los números 17, 18, 19 y 20 de 1990 respectivamente, y ello, en razón a concurrir en los cuatro recursos las identidades procesales que autorizan en tales casos la acumulación de autos, a cuya petición recayó acuerdo de fecha 25 de septiembre de los corrientes, dando lugar a lo solicitado y disponiendo que se siguiera la tramitación de todos los expresados recursos en estas mismas actuaciones para ser resueltos por el mismo auto.

Razonamientos jurídicos. Primero.—El Notario de Barcelona don José Vicente Martínez-Borso López formula los presentes recursos, acumulados, contra los extremos impugnados por él de las respectivas notas calificadoras puestas al pie de las siguientes escrituras autorizadas en su notaría: la de 26 de octubre de 1989, la de 26 de julio de 1989, otra también de 26 de julio de 1989, la de 4 julio de 1989 y la de 16 de julio de 1989 correspondientes a sus números de orden: 3.222, 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503 respectivamente.

Las notas impugnadas suspenden la inscripción de los respectivos documentos en base a los principios hipotecarios de legalidad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de legitimación o de presunción de exactitud de los artículos 1.3.º de la Ley Hipotecaria y 38 de la misma y concordantes: 1) porque el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, como excepcional, es de interpretación restrictiva y no cabe su aplicación al supuesto del impago de intereses; 2) porque la configuración que se hace en la escritura respecto a los intereses como una sola obligación en unión del precio, aparte de confundir la obligación principal de pago de precio y la accesoria de intereses, implica contradicción con el cuadro

de amortización de intereses, y produce diversas infracciones jurídicas; 3) porque la obligación de indemnización por uso y la cláusula penal que se estipulan no son inscribibles por las razones que se indican; 4) porque el pacto de imputación de pagos previsto en el párrafo 2.º de la cláusula 3-9 de las escrituras es de carácter obligacional y carece de trascendencia real inmobiliaria; 5) porque el pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo es obligacional y vulnera el artículo 327 de la Compilación del Derecho civil catalán; y 6) porque la interpretación restrictiva del comiso y del pacto de *lex commissoria* se desprende de la tradición jurídica catalana.

Segundo.—Según el Notario recurrente las notas impugnadas suspenden las inscripciones de las compraventas en precio aplazado y condición resolutoria explícita, por considerar el Registrador que los intereses del precio aplazado no pueden quedar amparados bajo la cobertura del artículo 1.504 del Código Civil y porque considera que la cláusula penal inserta en las escrituras no es inscribible, dada su naturaleza personal. A estos dos puntos, en realidad, se ciñe la controversia.

Para el recurrente la cuestión debatida es idéntica a la ya sometida a la Dirección General de los Registros y del Notariado y que produjo las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990 con resultado revocatorio de las notas de calificación. No se infringe el artículo 1.504 del Código Civil al establecerse una obligación única integrada por precio al contado e intereses y son perfectamente inscribibles las cláusulas penales que suelen acompañar a las previsiones resolutorias expresas.

Tercero.—El Registrador de la Propiedad en su informe preceptivo comienza delimitando el objeto del recurso que, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 113 de su Reglamento, no es otro que los extremos de la nota calificadora que solo deben combatirse con argumentaciones jurídicas y no con apreciaciones y descalificaciones personales que utiliza el recurrente.

Las notas impugnadas se han puesto tras haberse presentado al Registro por segunda vez las respectivas escrituras públicas ya que inicialmente fueron calificadas y transcurrió el plazo de cuatro meses de interposición del recurso gubernativo. Por lo que las notas ahora impugnadas se redactaron de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario.

Las escrituras objeto del recurso, de modelo distinto que el que motivó la Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, se oponen a la doctrina expresada en éstas al decir que "cuando los bienes vendidos están sujetos a condición resolutoria explícita el reconocimiento registral de la resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto". Por el contrario, las actuales escrituras que pretenden inscribirse establecen que "el vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento". La inscripción de estos términos, según los cuales el vendedor deduce directamente cantidades excluyéndolas de la consignación, produciría una gran inseguridad para los terceros y para el deudor. Con ello se pretendería hacer una autoliquidación y una autocondena sin sentencia condenatoria.

La compraventa con precio aplazado envuelve un negocio compuesto de una transmisión onerosa del dominio mediante precio (compraventa) y una operación de concesión de crédito a cambio de unos intereses. Por el pacto de *lex comisoria* el vendedor puede apropiarse de la casa por un valor muy superior al del crédito que tiene el comprador. No cabe extender el comiso al precio del crédito que son los intereses. En este sentido se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987.

El Registrador pone de manifiesto los abusos que pueden producirse en la extensión del pacto de *lex comisoria* ya que "el acreedor-vendedor, en lugar de obtener la satisfacción de sus pretensiones con el *ius vendendi* de la finca, para con su producto obtener el valor de su crédito y dar el resto al comprador y a los terceros, se queda con la totalidad del valor de bien, aunque sea superior al importe del crédito satisfecho". Si además se extiende el pacto no sólo a la falta del pago del precio sino también a la prestación accesorio de intereses, dándose eficacia real a las cláusulas penales y de indemnización por uso, quedándose el acreedor con las mejoras hechas por el comprador, la situación es insostenible desde el punto de vista jurídico.

A diferencia de las escrituras que originaron los recursos y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 en las que se separaban los elementos de precio e intereses, las que originan este recurso se dice que el resto del precio, incrementando en el interés anual "la voluntad negocial constituye como una sola obligación integrante de la contraprestación básica del comprador".

Los artículos 12, 114, 115, 116 y 157 de la Ley Hipotecaria recogen el principio de que los terceros no queden afectados por prestaciones periódicas (intereses o pensiones de censos) más allá de cinco años.

Por otra parte en el penúltimo párrafo de la cláusula 3.ª de las escrituras se indica que "el vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades" (indemnización por uso y cláusula penal), cuando la consignación debe comprender todas las cantidades recibidas por el vendedor y no sólo el precio como dice la escritura. Hay una notable contradicción entre la regulación de las consecuencias del impago por parte del comprador y las consecuencias de consignar por parte del vendedor.

La alusión en la nota calificadora al carácter excepcional del artículo 59 del Reglamento Hipotecario y, por tanto, a su interpretación restrictiva, tiene su fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989 según la cual "es claro que la sanción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario es excepcional y debe interpretarse con sentido restrictivo, por lo que si el comprador notificado, no consiente ni se allana a la resolución, sólo procede declarar ésta por vía judicial". De otro modo habría una manifiesta indefensión del comprador a quien se priva de acudir a los Tribunales. El artículo 59 sería claramente inconstitucional si se interpretara extensivamente.

Asimismo la interpretación estricta del artículo 1.504 del Código Civil la siguen tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tanto en cuanto a la clase de obligaciones que pueden garantizarse con el pacto de *lex comisoria*, como en cuanto a exigir que el incumplimiento del comprador sea grave y obstativo revelador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento,

lo que no se da en un incumplimiento referido exclusivamente a la obligación accidental de intereses.

Ante la mayor amplitud y aumento de obligaciones conexas que contienen las escrituras actuales y que no tenían las que ocasionaron las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, debe insistirse en el carácter obligacional de la cláusula penal e indemnizatoria de uso. Muchas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se oponen a la inscripción de pactos obligacionales, aunque estén dentro del negocio que sirve de título a la inscripción. Si estos pactos se inscriben se produciría una desfiguración del sistema registral español que inscribe derechos reales y pactos con trascendencia real y "en ningún caso, artículo 51.6.^a de la Ley Hipotecaria, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real". Lo que equivale a nunca, aunque se produzca "unidad de negocio". Tal y como están redactadas las escrituras con la cláusula penal establecida, el vendedor puede recuperar la propiedad de la finca y su reinscripción conforme al artículo 59 del Reglamento Hipotecario verificando aquel la "auto-imputación" y "auto-liquidación" de responsabilidades sin ninguna garantía judicial.

Igualmente la cláusula penal e indemnizatoria de uso inserta en las escrituras que pretenden inscribirse es inválida por infringir el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Ley que debe aplicarse por tratarse de escrituras con el mismo modelo y otorgadas en masa, siendo clarísimos los abusos que pueden producirse. Este problema no se planteó en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 porque, en aquellos casos, las escrituras no tenían la misma redacción que las presentes. La doctrina jurídica y la propia de la Dirección General de los Registros y del Notariado es unánime en cuanto a la aplicación, especialmente cautelar, de los preceptos de aquella Ley en el ámbito de la calificación registral.

A su vez las cláusulas de indemnización por uso y la cláusula penal se oponen a una correcta interpretación del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Las "deducciones que en su caso procedan" no pueden darse en relación a terceros porque son derivadas de pactos obligacionales. Si en el momento de la resolución del contrato no existen terceros, las deducciones tienen su fundamento en el contrato, entre partes y no una inscripción en el Registro. Si existen terceros, adquirentes o titulares de derechos reales, no cabe deducción por cláusulas obligacionales que no les afectan.

Finalmente el pacto de no indemnizar al comprador de las instalaciones fijas realizadas es de carácter personal y vulnera el artículo 327 de la Compilación que sigue el principio contrario. En el mismo sentido la tradición jurídica catalana conduce a la interpretación restrictiva del pacto de la *lex comisoria*.

Cuarto.—Delimitadas las posturas del recurrente y del Registrador en defensa de su nota calificadoras, una primera consideración ha de referirse a las diferencias existentes entre los supuestos que dieron origen a las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y las actuales escrituras a que se refiere el presente recurso. Los distintos matices justifican sobradamente las apreciaciones del Registrador expresadas en las notas y suficientemente explicadas en su informe.

Con las diferencias mencionadas el presente recurso es similar a los ya planteados por el mismo Notario recurrente y que dieron lugar, por un lado, a los autos de esta Presidencia de 7 y 8 de junio de 1989 y, por otro, al de 10 de enero de 1990.

Partiendo de que las escrituras que ahora pretenden inscribirse no son idénticas a las que originaron los anteriores recursos, es cierto que el negocio jurídico en ellas contenido es una compraventa con precio aplazado y condición resolutoria explícita en la que se incluye el impago de intereses y se pacta una especial cláusula penal, circunstancias que, en opinión del Registrador, impiden el acceso de estos documentos públicos al Registro.

La contratación en masa y el loable deseo de garantizar los derechos de los contratantes —no se olvide que la entidad vendedora es una Caja de Ahorros que se desprende de sus pisos enajenándolos a sus actuales arrendatarios—, explica, por un lado, la intención de asegurar el cumplimiento total de la operación especificando la parte del precio aplazada y los intereses devengados, así como las consecuencias del incumplimiento de los plazos previstos y, por otro, el examen en conjunto del negocio pactado que no ha de traspasar los límites legales en perjuicio de una de las partes. A estas preocupaciones hay que añadir las consecuencias que para los terceros hipotecarios pueden representar los pactos inicialmente amparados por el artículo 1.255 del Código Civil.

En esta delicada materia debe buscarse el máximo equilibrio. Así Puig Brutau, en su obra *Fundamentos de Derecho civil*, afirma que "es preciso no confundir esta prohibición del pacto comisorio con la posibilidad de convenir una verdadera compraventa, aunque sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente; pero es igualmente preciso evitar que un verdadero pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa".

Por otro lado es natural que los actos inscritos en el Registro de la Propiedad, no ofrezcan dudas en cuanto a su extensión y efectos en beneficio de la seguridad jurídica. En este sentido las Resoluciones de 24 de marzo de 1987 y 16 de noviembre de 1987 declaran que: "existe en nuestro ordenamiento la prohibición del pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (arts. 1.859 y 1.884 CC), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código Civil no procede extender la garantía arbitrada por la norma a prestaciones derivadas del contrato de compraventa".

Centrándonos en el contenido de la nota calificadora es evidente, como se pone de manifiesto en el informe del Registrador, que las escrituras objeto del recurso se oponen a la doctrina de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990. Estas dicen que debe consignarse todo en caso de resolución y aquellas que se pueden deducir de la consignación ciertas cantidades por cláusula penal y por indemnización por uso. Con esto se produce una injusta sobreprotección al acreedor vendedor, que es normalmente una entidad de crédito, que se apodera de todo el plus valor de la casa vendida, una vivienda, bien imprescindible para el comprador.

Son realmente convincentes los razonamientos expuestos por el Registrador ampliando en su informe el contenido de todos los extremos de su nota calificadora. Así está claro que, al referirse a la consignación, la escritura favorece sólo al vendedor y se perjudica al comprador, pues a la hora de pagar se dice que el "resto del precio" e "intereses" siguen el mismo tratamiento jurídico y, sin embargo, a la hora de devolver se alude exclusivamente al "precio pagado".

Bajo el manto de la unidad negocial no puede imponerse al titular registral que no ha sido parte en el contrato las responsabilidades en que haya incurrido el comprador por su incumplimiento. No pueden inscribirse todo tipo de cláusulas puramente obligaciones al amparo de la citada unidad negocial.

Si se diera eficacia real a la cláusula penal inscrita, sería hacer de mejor condición a los terceros que se relacionan con la propiedad no inscrita, en contra, como se razona en el informe citado, de los principios que inspiran el tráfico jurídico.

Que deben excluirse del Registro los contenidos obligacionales, como la cláusula penal que es de esta naturaleza obligacional y personal, lo demuestran múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado como las de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988.

Finalmente no puede dejar de relacionarse la cláusula penal e indemnizatoria de uso con la Ley de Defensa de los Consumidores. Su artículo 10 niega validez a los pactos que suponen indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales y prohíbe los pactos en que se produzca la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, pactos que precisamente se dan en las escrituras de referencia.

El criterio restrictivo en la aplicación de los pactos de la *lex comisorio* y de los consiguientes artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, está además en armonía con el criterio seguido por el artículo 327 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y de la tradición jurídica catalana.

Por todo lo cual, insistiendo en los argumentos recogidos en el Auto de esta Presidencia de 10 de enero de 1990, procede desestimar el presente recurso y mantener el contenido de las notas impugnadas.

Quinto.—La disposición 7.ª de la Ley de Orgánica del Poder Judicial establece, en relación a esta clase de recursos, que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando aquellos se funden en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. No obstante, en el presente caso, aunque el recurrente fundamente su recurso en algún precepto de la Compilación del Derecho civil de Cataluña con alusiones a la tradición jurídica catalana, la base de su argumentación se fundamenta en normas de Derecho común. De aquí que la presente resolución sea recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones aplicables,

El Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por ante mí, el Secretario de Gobierno, dijo: "No ha lugar a los recursos formulados por el Notario don José Vicente Martínez-Borso López contra las notas de calificación puestas en las escrituras autorizadas por él con los números 3.222, 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503 de 1989. Y estese al contenido de las notas impugnadas, sin hacer pronunciamiento sobre costas."

Notifíquese este auto a la parte recurrente y al Sr. Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, previniéndoles que pueden recurrir éste en el plazo de quince días siguientes a la notificación de este Auto, por medio de escrito cursado directamente a esta Presidencia.

Así lo acuerda y firma el Excmo. Sr. Presidente de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, el Secretario de Gobierno, certifico.

7. LA POSICIÓN CONTRARIA A LOS AUTOS POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General, en varias resoluciones que podrían dar la sensación de que son muchas y responden a una posición reiterada, pero que en realidad son dos, según veremos, ha mantenido doctrina contraria a la del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Se trata, en realidad, de dos grupos de Resoluciones: por un lado, las de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que son idénticas, y por tanto, contienen una única doctrina; y por otro lado, las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, que, según hemos visto, revocan por cinco veces el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de abril de 1991, sin aludir a una providencia dentro del trámite de recurso que había concedido la acumulación de los cinco recursos planteados.

Por tanto, más que doctrina reiterada, lo que hay es la opinión de la Dirección General en dos ocasiones y con insuficiente argumentación, según se comprueba por la lectura de las resoluciones últimamente citadas, cuyo texto puede verse en esta misma Revista, número citado de enero-febrero de 1992 y el comentario crítico de PABLO VIDAL FRANCÉS.

Esas resoluciones mantienen en resumen una doble doctrina, contraria a la del Presidente:

- 1) La cláusula penal es inscribible en el Registro de la Propiedad.
- 2) El Registrador tiene medios limitados en su función calificadora y no puede entrar en el artículo 10 de la Ley de defensa de los consumidores.

El caso ha sido resuelto y el comentario crítico ha sido ya hecho por el autor citado, PABLO VIDAL FRANCÉS.

Por eso, aunque sea ahora el Registrador del caso concreto el comentarista de todas estas resoluciones, no se ve razón en estos momentos para no poder manifestar libremente su opinión sobre el criterio de estas resoluciones, máxime cuando se piensa —fuera ya del caso concreto debatido, en el que por cierto se confirman varios defectos que puso el Registrador en su nota calificadora—, que la decisión de la Dirección sobrepasa el caso concreto y trasciende a las características más esenciales de la función registral calificadora según la legalidad vigente.

8. LA CLÁUSULA PENAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO FIGURAS ANTAGÓNICAS

Respecto a la cláusula penal que se suele pactar en las compraventas de inmuebles con precio aplazado garantizado con condición resolutoria

por parte de las compañías y entidades inmobiliarias, sólo desde una perspectiva superficial y sin matices, y sin entrar en la verdadera naturaleza jurídica y efectos de la cláusula penal, puede decirse que deba acceder al Registro y que ello hace más *completo* el contenido del Registro.

Cuando una institución que tiene como finalidad la publicidad de los actos de trascendencia real inmobiliaria, como es el Registro de la Propiedad, recibe una figura obligacional y, en consecuencia, contraria a la naturaleza de aquél, el acceso de tal cláusula no hace más completo el Registro, sino que lo hace diferente. *En vez de ser un Registro de la Propiedad, será un Registro de transcripción de cláusulas indemnizatorias, penales y obligacionales.* Se trata de una bacteria que entra en el organismo sano del Registro.

He aquí una serie de consideraciones de las muchas que podrían hacerse a este propósito:

1.^a La cláusula penal tiene la naturaleza de *una cláusula obligacional*. La propia Dirección General no niega que se trate de una cláusula obligacional. Así, según las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, "la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real", añadiendo que "la cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configura en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real *al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional...* se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes". O sea, que no se desconoce el carácter obligacional de la cláusula penal, pero se estima que es inscribible por la unidad del negocio.

2.^a Ahora bien, si es una cláusula obligacional, es aplicable el artículo 51, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, que dice: "No se expresarán, *en ningún caso*, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real", queriendo significar la expresión "en ningún caso", que nunca han de inscribirse, ni siquiera cuando pretendan ampararse en la cobertura de una unidad de negocio.

3.^a Son igualmente aplicables los artículos 1, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y 98 de la misma, que excluyen del sistema los derechos personales u obligacionales.

4.^a No es sólo la Ley Hipotecaria la que se basa en la distinción entre derechos reales y personales y entre pactos de trascendencia real y pactos obligacionales, fundamento esencial o pilar del sistema registral, sino que *el Código Civil tiene como fundamento de su sistema esa distinción*. Efec-

tivamente: en el Libro III se regulan los derechos reales, y en el Libro IV, las obligaciones y contratos. Dentro del Libro III está el capítulo relativo al Registro de la Propiedad, en el que se define el objeto del Registro por referencia exclusiva a los derechos reales (art. 605). En cambio, en el Libro IV, de las **Obligaciones y Contratos**, está la prueba de las obligaciones entre partes arts. 1.214 y sigs.) y está también el fundamental artículo 1.257 que dice: "*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley". La Resolución DGRN de 5 de abril de 1990 (*BOE* núm. 137, de junio de 1990) ha reconocido la eficacia relativa del contrato, citando precisamente este artículo 1.257 del Código Civil.

En ese Libro IV de las *Obligaciones y Contratos*, donde se encuentra el artículo 1.257, *está regulada la cláusula penal*, y concretamente, en los artículos 1.151 a 1.154; y el título de la Sección no puede ser más significativo, pues se habla "*de las obligaciones con cláusula penal*" y se las configura como "*obligaciones*". Además, se relaciona con la "indemnización de daños" y se la considera como obligación "accesoria". El contenido obligacional del contrato no se inscribe en el Registro de la Propiedad. Únicamente cuando el contrato es título respecto al nacimiento de derechos reales y da lugar a pactos de trascendencia real, se tiene en cuenta en el Registro de la Propiedad (art. 609 CC y arts. 1, 2, 98 LH y 51, regla 6.^a, RH).

La doctrina de los autores, sin excepción, considera las cláusulas penales como cláusulas obligacionales, de carácter personal e indemnizatorio, y se contraponen las garantías personales —entre las cuales está la fianza y la cláusula **penal**— y las garantías reales —hipoteca, prenda y anticresis—. ¿Es que también va a ser inscribible la fianza personal?

5.^a La cláusula penal representa *un simple crédito futuro escriturario* que no puede ser de mejor condición que otros créditos escriturarios o por sentencia, que quizá existan y sean de fecha anterior, ni de mejor condición que otros créditos privilegiados posteriores, y desde luego, *en caso de quiebra o concurso de acreedores del comprador*, no puede dar lugar a ninguna preferencia especial respecto a la masa de la quiebra, por lo que si la inscripción se practica, *podría inducir a confusionismos acerca de su pretendido carácter real*.

6.^a *La cláusula penal es una obligación de indemnización entre las partes*, sin trascendencia real inmobiliaria según anteriores resoluciones de la DGRN (Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988). Al igual que no son inscribibles

los pactos de indemnización por uso o por demoras, tampoco es inscribible la cláusula penal, porque tiene la misma naturaleza. Y si se estima inscribible la cláusula penal, no se ve por qué no van a ser inscribibles las cláusulas indemnizatorias pactadas en las escrituras de compraventa con condición resolutoria. Obsérvese la inconsecuencia del recurrente: recurre contra la denegación de inscripción de la cláusula penal y no recurre contra la denegación de inscripción de otras indemnizaciones por uso. Y la nota calificadora queda firme en este último punto.

7.^a *El principal error de las Resoluciones DGRN*, está en creer que la cláusula penal puede tener cierto efecto real cuando se trata de una *resolución del contrato obtenida por la vía judicial*. Parece como si la Dirección dijera: "inscribase, por si acaso", es decir, "porque ya decidirá el Juez en la resolución judicial lo procedente".

Este cómodo proceder ante una cuestión estrictamente registral, como es la *naturaleza obligacional de un pacto*, no tiene en cuenta que aquí no estamos ante una cuestión de "arbitrio judicial". El Juez lo único que puede hacer es "moderar la cláusula penal" entre las partes, pero *no puede transformar en cláusula de efectos reales la cláusula penal obligacional*. *El error de la Dirección General es ver, en este aspecto, diferencias entre la resolución por vía judicial y por vía extrajudicial. Cuando se insta la resolución del contrato por vía judicial, existen dos clases distintas de acciones: la acción de resolución de contrato, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, de efectos reales, por una parte; y la posible acción de indemnización de daños y perjuicios a que alude el artículo 1.124 del Código Civil por otra parte, que puede instarse a través de una acción personal de indemnización basada en la cláusula penal*, lo que dará lugar, en su día, a dos pronunciamientos distintos: uno de efectos reales —la resolución del dominio— y otro de efectos obligacionales respecto al comprador exclusivamente —la indemnización y su regulación y moderación a través de la cláusula penal—, sin que pueda pretenderse su inscripción, pues produciría confusiones al deudor y a los terceros sobre la naturaleza exclusivamente personal de la cláusula penal, que dada su naturaleza obligacional, no puede afectar a terceros, no ya sólo en cuanto a la resolución que opere en la vía extrajudicial, sino incluso cuando opere por la vía judicial, pues en este último caso, se apoyaría en una acción personal de indemnización y en una sentencia de condena de contenido meramente obligacional y no real.

Y es que el Juez no puede desvirtuar, ni lo pretenderá, *las normas de prelación de créditos*, cuando los diferentes terceros concurrentes pretendan cobrar respecto a las cantidades consignadas, y de nada valdrá que el vendedor tenga inscrita la cláusula penal, pues ello no supone una prela-

ción respecto a otros créditos preferentes conforme a los artículos 1.923 y 1.924 del Código Civil.

8.^a Y si se dice que no importa que se inscriba la cláusula penal, que ya resolverá el Juez en su día lo pertinente, se olvida que *el fraude inmobiliario* tiene múltiples manifestaciones, y una de ellas es producir confusión sobre los efectos de los contratos. Si se hace constar un pacto obligacional en una institución como la registral, destinada a la publicidad de pactos de naturaleza real, se producirá la apariencia y el fraude respecto a los que consulten el Registro, pues creerán que la cláusula penal tiene efectos reales y no obligacionales.

9.^a La inscripción en el Registro de la variada gama de pactos obligacionales *al amparo de la unidad estructural del negocio*, supone partir de que en el Registro de la Propiedad se inscriben negocios en su conjunto, cuando *el negocio opera como causa o título inscribible, pero no como objeto de la inscripción*, que es la transmisión o la constitución y vicisitudes del derecho real inmobiliario, de cuya naturaleza no participan las obligaciones indemnizatorias, salvo que estén garantizadas por la vía adecuada (art. 105 LH), pues, en otro caso, se produce confusionismo para terceros respecto a la eficacia obligacional de los pactos, obstaculizando con ello la circulación de los bienes inmuebles, contra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y los principios que inspiran dicha legislación, y cuyo mantenimiento producirá *un mayor número de pleitos, intervención de especialistas y mayor coste para los ciudadanos y daños a la productividad y riqueza del país*, que no se debe permitir. Y si no, véase la situación de conflictividad judicial y de oscuridad inmobiliaria en Estados Unidos. Será mejor cuanto más se depuren las situaciones jurídicas inmobiliarias en el ámbito extrajudicial o registral.

10. Según otras resoluciones de la DGRN, es misión del Registrador de la Propiedad *la depuración de los pactos personales respecto a los de contenido real*, aludiendo la Resolución de 1 de abril de 1981, a la *"misión ciertamente no sencilla del Registrador de examinar en cada caso si se dan o no los caracteres típicos del derecho real"*; refiriéndose la Resolución de 20 de mayo de 1987 a la necesidad del "examen minucioso" por parte del Registrador, *para la depuración de aquellos pactos de los documentos que no pueden tener acceso al Registro*; la Resolución de 25 de julio de 1981 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 alude a la "seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales", lo que *"no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias"*.

11. Además, las Resoluciones de octubre de 1991 dicen que la ins-

cripción de la cláusula penal ha de hacerse *en los términos* previstos por las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, y ocurre que en el presente caso se pactaba, según un defecto de la nota calificadora —revocado por la Dirección— *la deducción directa de ciertas cantidades* por parte de la vendedora. Luego esto es *contrario* a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1991, *y la Dirección no se ha percatado de esta cuestión*.

9. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA LEY
DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

Para los Autos presidenciales es clara la actuación del artículo 10 de esta Ley en el ámbito extrajudicial de la calificación registral.

Según el Auto de Presidencia de 15 de octubre de 1990, *"no puede dejar de relacionarse la cláusula penal e indemnizatoria de uso con la Ley de Defensa de los Consumidores. Su artículo 10 niega validez a los pactos que suponen indemnizaciones o penalizaciones que no corresponden a prestaciones adicionales y prohíbe los pactos en que se produzca la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, pactos que precisamente se dan en las escrituras de referencia"*.

En los Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de 13 de abril de 1991 y de 30 de septiembre de 1991 se insiste en lo mismo y se añade la referencia a "los graves abusos que la contratación en masa de este tipo de negocios pueden causar a la parte más débil del contrato, merecedora, por tanto, de la máxima protección".

Frente a esta doctrina clara y valiente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Dirección General de los Registros y del Notariado aplica el oscurantismo sin razonamientos y no quiere saber nada del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, escudándose en que son limitados los medios de calificación registral. Pero olvida decir que las cláusulas discutidas *no necesitaban de más medio de prueba que el resultante de los tres medios previstos para la calificación registral: la escritura pública* en que se contienen tales cláusulas; *el Registro*, que no puede dar acceso a cláusulas nulas, y *las leyes*, que son elemento fundamental de la calificación registral porque el Registrador es un órgano de aplicación de la legalidad en el ámbito extrajudicial.

Para demostrar que la calificación registral ha de extenderse a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, como no podía ser de otra manera al ser una Ley que ha de ser aplicada por todos los órganos encargados de la aplicación del Derecho, no hay más que poner en relación el artículo 18 de la Ley Hipotecaria con el

apartado 4 del artículo 10 de la citada Ley de Defensa de los Consumidores.

Efectivamente, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria recoge el principio de legalidad diciendo que el Registrador "*calificará la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de éstas y de los asientos del Registro*". Es decir, no se trata sólo de calificar aspectos de legalidad de forma, sino que el Registrador también califica la validez, es decir, el fondo, negando acceso al Registro no sólo a los pactos que carecen de trascendencia real, sino además a los que carecen de validez. El legislador ha seguido este criterio para evitar que accedan al Registro actos nulos que, paradójicamente, en otro caso aparecerían revestidos de fuertes efectos presuntivos de legalidad y del principio de salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º LH).

Naturalmente, la calificación registral examina la validez de los actos en el ámbito extrajudicial que le es propio, es decir, al único efecto de denegar la inscripción en el Registro del acto calificado como nulo, sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales para obtener la declaración de validez o nulidad con plenos efectos. Así resulta del artículo 101 del Reglamento Hipotecario.

Relacionado el citado artículo 18 de la Ley Hipotecaria con el apartado 4 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, la cosa no puede ser más clara. El apartado 4 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores dice: "*Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos*".

Si son "*nulas de pleno derecho*" (art. 10.4 LDC) y el Registrador debe calificar la "*validez de los actos*" (art. 18 LH), es evidente que el Registrador *debe calificar* la Ley de Defensa de los Consumidores cuando la nulidad resulta de los documentos presentados; y en todo caso el artículo 18 dice que ha de calificar "*por lo que resulte de la escritura*", es decir, que la escritura no ha de dejar ninguna duda acerca de la validez. Luego veremos cuáles son las cláusulas objeto de discusión en el caso de las resoluciones y cómo resulta de las escrituras la contravención al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Por tanto, aunque no quiera la Dirección General, *por encima de ella está la propia Ley*, que es muy clara a este respecto, y, por tanto, *los Registradores de la Propiedad habrán de calificar el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores* en beneficio de éstos y de la propia legalidad en el ámbito extrajudicial.

Como dice FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, t. I, pág. 601), cuando se está ante una *nulidad absoluta todos los funcionarios*

—y cita expresamente a Jueces, Registradores de la Propiedad y Notarios— *no pueden colaborar con el acto nulo* y deben negarle efectos, cada uno dentro de su ámbito propio, es decir, el Juez declarando la nulidad cuando se solicite por la parte perjudicada; el Notario haciendo la advertencia correspondiente conforme al nuevo artículo 148 del Reglamento Notarial, según la reforma de 8 de junio de 1984, y el Registrador a través de su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

La doctrina de los autores confirma esta interpretación.

Así, el Notario JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, en su libro *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, t. I, pág. 364, dice lo siguiente: "La equidad es lo que está moviendo al Derecho más palpitantemente actual —bien distante de romanticismos trasnochados— a ocuparse activamente (y apoyado nada menos que en la propia Constitución) de la protección del consumidor, *que o es preventiva o sería burlescamente inútil, de reducirse a la impredecible espera de reparaciones "a posteriori" por la acción de la Justicia*, por lo que desde ahora y en un Estado social de Derecho a quien no sólo importa la paz del orden como dinamizador del espíritu de empresa, sino que proclama una voluntad transformadora en el plano de la justicia social (cfr. Preámbulo y arts. 1.1 y 9.2 de la Constitución) queda abierto a un nuevo y vasto horizonte a la acción de las *formas de garantía*: el de la defensa de la igualdad, procurando el equilibrio negocial a través de la información y la asistencia que promueven y preservando así de lesión y abuso las expectativas jurídicas del contratante-masa frente a la prepotencia de organizaciones de fuerza económica mucho más peligrosas por su exclusiva orientación a intereses privados que los poderes del propio Estado. Esa es la gran tarea de seguridad para la Justicia en que debe centrarse el sistema cautelar del Derecho". Hay que recordar que, para MEZQUITA, ese "sistema cautelar del Derecho" está constituido principalmente por las instituciones preventivas de la Notaría y el Registro de la Propiedad.

Y el propio MEZQUITA en su trabajo "La protección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito **bancario**" había dicho que "la filosofía de esta legislación protectora especial (de los consumidores) *es precisamente la de la prevención, pues aspira a amparar realmente a los consumidores y no simplemente a resarcir a sus herederos; al lado de esta idea, la de represión o reparación es un mero complemento*" (*Revista Actualidad Civil*, núm. 26, junio 1987, pág. 1624).

Y cita esta autor a pie de página a los Notarios A. GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, L. FIGA FAURA, VALLET DE GOYTISOLO, SAPENA TOMÁS, CERDA BAÑULS, GARRIDO DE PALMA y a J. J. CUEVAS CASTAÑO.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA viene destacando desde hace mucho

tiempo la importancia de la calificación registral para estos nuevos terceros que son los consumidores inmobiliarios, y en una conferencia pronunciada en el mes de mayo de 1990 en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña señala asimismo que *si la Ley de Defensa de los Consumidores no fuese objeto de la calificación registral podría quedar en letra muerta en el ámbito inmobiliario*, pues no se conoce estadísticamente ni un solo caso en que se haya acudido por parte de algún consumidor a los Tribunales. En el mismo sentido se pronunció RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS en otra conferencia dentro del mismo ciclo sobre calificación registral de la Ley de Defensa de los Consumidores.

El decano del Colegio de Registradores, JOSÉ POVEDA MURCIA, viene repitiendo en numerosas conferencias y mesas redondas la importancia de la calificación registral en relación con la defensa de los consumidores y la extensión del ámbito de la calificación al artículo 10 de la Ley protectora de los mismos. Así lo manifiesta en numerosas ocasiones, destacando la mesa redonda que se celebró este verano pasado en la Universidad del Escorial, en la que, por cierto, también participó el actual director general de los Registros y del Notariado. La próxima conferencia del decano JOSÉ POVEDA MURCIA lleva precisamente por título "La defensa de los consumidores y el Registro de la Propiedad" y tendrá lugar en febrero de 1992 dentro del *master* de Derecho registral organizado por el Centro de Estudios hipotecarios de Cataluña, en la que es de esperar que manifieste esas mismas ideas.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, frente a lo que dicen las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 —al parecer la Dirección General no recuerda sus propias resoluciones bien recientes—, ha aplicado el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, confirmando así una calificación registral. Se trata de la *importantísima resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988*, que dichas resoluciones no citan, y en la que se dice que el pacto de interés variable contemplado en el caso no es inscribible, porque "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 CC y y 10.c).2 LDC].

En cuanto a la Resolución DGRN de 16 de marzo de 1990, se limita a decir que "es claro que no puede *cualquier cláusula de variación de interés* ser tachada con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de "ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público" y, además, una protección que excluyera la posibilidad de intereses variables se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo". Luego no dice lo que las

actuales resoluciones pretenden, sino sencillamente que no cabía tachar de nulidad a cualquier cláusula de variación sin interés. Si se relaciona con la ya citada Resolución de 7 de septiembre de 1988, resulta que viene a decir lo mismo: que la cláusula de variación de interés atendiendo al preferencial de la propia entidad acreedora es nula por aplicación del artículo 1.256 y del artículo 10.c).2 de la Ley de Defensa de los Consumidores (Resolución de 7 de septiembre de 1988), pero que ello no puede extenderse a cualquier cláusula de variación de interés (R. 16 marzo 1990). Hay, ciertamente, otra Resolución, la de 16 de febrero de 1990; pero aparte de que podía someterse a la misma crítica que las actuales, se refiere a un caso muy concreto relativo a que se habían pactado intereses variables cada semestre, utilizando como intereses de referencia los preferenciales de créditos de un año. Aspecto este muy específico como para que se pueda ampliar a otros supuestos.

Pasemos ahora de las formulaciones generales a los supuestos concretos que contemplan las Resoluciones DGRN de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 para comprobar que entran de lleno en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, porque con la sola redacción de las escrituras, "por lo que resulta de ellas", se comprueba directamente la infracción del citado precepto.

Ante todo hay que observar que se trataba de escrituras en que de la aplicación de dicha Ley no cabía duda alguna, pues se plantea el recurso respecto a cinco escrituras que son idénticas —como resulta de las propias resoluciones—, lo que revela que han sido redactadas unilateralmente por la entidad vendedora, que aparece siempre en todas ellas, cambiando sólo los compradores, perjudicando esas cláusulas a éstos y favoreciendo a la entidad vendedora.

Pues bien, tratándose de escrituras redactadas con el mismo modelo y formulario y otorgadas en masa, hay que aplicar la Ley de Defensa de los Consumidores, que niega validez a aquellos pactos que, como dice el número 5.º del apartado c) del número 1 del artículo 10 suponen "indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales". Y el número 8 del citado artículo 10 prohíbe los pactos en que se produzcan "la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario".

Veamos ahora los tres supuestos concretos que se plantean en estas resoluciones para comprobar que la infracción del artículo 10 resulta de la redacción de la cláusula en las escrituras, sin más aditamentos:

a) *Cláusula que determina una inversión procesal de las partes y consiguiente inversión de la carga de la prueba en beneficio de la entidad*

vendedora y en perjuicio de los compradores.—Expongamos la cláusula tal como está redactada en las escrituras y el lector comprobará por sí solo a qué extremos pretende llegar una entidad inmobiliaria en perjuicio de los compradores: "El vendedor —dice la cláusula— al consignar el precio pagado en el momento de ejercitar la resolución podrá deducir directamente dichas cantidades por entender que en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil *correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento*".

Pero ¿cómo es posible que la insensibilidad jurídica y social llegue al extremo de permitir que la *institución de legalidad* que es el Registro recoja ese pacto y le *dé presunción de validez y legalidad y salvaguardia de los Tribunales*?

¿Quién es el vendedor para decir que corresponde al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor? ¿No dicen las normas procesales que es el demandante de la indemnización de daños y perjuicios el que tiene la carga de las alegaciones y pruebas? ¿La moderación de la pena no es aplicable de oficio por el Juez?

La contravención del artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores no puede ser más clara. Hay *un pacto de inversión de la posición procesal de las partes y en consecuencia la inversión de la carga de la prueba* que corresponde al demandante y no al demandado.

¿Dónde está la limitación de medios de la calificación? ¿Qué otros medios hay para apreciar si esta cláusula es válida o nula? Nada más que el texto de la escritura. El Juez sólo utilizará el texto de la escritura, porque de él resulta directamente la infracción legal. ¿A qué otros medios puede referirse la Dirección General?

b) *Resolución automática de la venta sólo en virtud de la notificación realizada por el vendedor, sin tener en cuenta lo que pueda alegar el comprador.*—La pretensión recogida en la escritura objeto de recurso de obtener la reinscripción de la resolución del contrato por la vía extrajudicial del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sin más que por la mera notificación del vendedor al comprador de instar la resolución, sin contar con la voluntad de éste, deduciendo directamente cantidades, implica una actuación unilateral del vendedor que infringe la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989 e, incluso, el artículo 24 de la Constitución. Pero además, al prescindir de la voluntad del comprador, implica una actuación unilateral del vendedor con posibilidad de incurrir en resolución discrecional del mismo, que es un pacto abusivo según el número 2 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que dice: "2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discre-

cionalmente el contrato, **excepto**, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario".

Las presentes resoluciones DGRN dicen que es distinta la resolución del artículo 1.504 del Código Civil de la resolución discrecional del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Pero olvidan que *la nota calificadora no se refiere a la resolución del artículo 1.504 del Código Civil, tal como está contemplada por la jurisprudencia, con todos sus requisitos y control judicial sino a la resolución que por vía unilateral automática y extrajudicial pretende obtener directamente el vendedor por la vía discrecional del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sin contar con la voluntad del comprador y sin el control judicial. Es esa la resolución discrecional y no la resolución que por vía judicial pudiera pretenderse.*

Por otro lado, las resoluciones DGRN dejan firme el defecto señalado por la nota calificadora relativo a que no es suficiente para obtener la resolución del artículo 1.504 del Código Civil la mera notificación del vendedor. Por tanto, representa un contrasentido decir que el defecto ha quedado firme por no haber sido recurrido y, luego, en el apartado 4 de dichas resoluciones, hacer un comentario sobre ese defecto.

En todo caso, tampoco se ve aquí limitación de medios. A través de la redacción de la escritura puede decidirse si esa cláusula va o no contra el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Podrá decirse que es discutible e, incluso, como hacen las resoluciones DGRN, que no va en contra del artículo 10. Pero entonces la contradicción está en las mismas resoluciones, que, por una parte, hablaban de "medios limitados" para calificar esta cuestión, y, por otra parte, califican la cuestión atendiendo a la Ley de Defensa de los Consumidores diciendo que no infringe dicha Ley. Luego cabe entrar en el problema de si se infringe o no dicha Ley en contra de lo que acababan de decir.

c) *La cláusula estrictamente penal.*—Hemos visto que el número 5.º del artículo 10.1 de la Ley de Defensa de los Consumidores prohíbe las cláusulas en las "que se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones *que no correspondan a prestaciones adicionales*".

Aquí no se trata de hacer una valoración cuantitativa de si la penalización es injusta, sino que se trata de relacionar este apartado con la doctrina que, en base del mismo, considera *nulas las cláusulas estrictamente penales* por entender que no corresponden a una contraprestación por ser "penalizaciones que no corresponden a prestaciones". En este sentido se manifiesta uno de los principales especialistas de la materia como es RODRIGO BERCOVITZ, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, que dice en relación con esto: "El artículo 14 del anteproyecto recoge claramente lo que en este terreno resulta excesivo,

admitiendo la pena que sea sustitutiva de la indemnización por daño, *pero rechazándola en lo que tenga de punitivo y de lucro* para quien se beneficie de ello”.

Por tanto, tenemos la interpretación de RODRIGO BERCOVITZ y la clara explicación que resulta del texto del número 5.º citado y del artículo 14 del anteproyecto de la Ley de Consumidores en el sentido de que están prohibidas las *"cláusulas estrictamente penales"*.

Pues bien, *no hay que acudir a ningún otro medio de calificación* cuando la propia escritura pública, sin disimulo alguno, *dice de forma literal y expresa que se trata de aplicar una "cláusula estrictamente penal"*, incluso por encima de la indemnización del daño, pues además de decirlo así expresamente *se pactaba también, aparte de la cláusula penal, una indemnización por uso del piso*.

¿Qué otros medios de calificación se necesitan cuando la propia escritura dice que se trata de una *"cláusula estrictamente penal"*?

¿Cómo es posible que una institución de legalidad en el ámbito extra-judicial, como es el Registro de la Propiedad, pueda dar cobertura a esa frase de *"cláusula estrictamente penal"*? Es evidente que esa expresión no debería tener acceso al Registro, en contra de lo que dicen las resoluciones DGRN citadas.

En los tres casos examinados podrá discutirse si es acertada o no la calificación registral, pero lo que no parece pueda decirse, y *menos por razón de comodidad*, es que no existen medios calificadores para entrar en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues *"no hay más cera que la que arde"*, es decir, la redacción de las escrituras y la redacción del artículo 10 de dicha Ley, y basta comparar una y otra para comprobar que donde aquellas dicen "negro" la Ley dice "blanco". El Registro de la Propiedad también debe decir "blanco" y no "negro". *Cualquier oscuridad o duda sobre la legalidad de esas cláusulas debería llevar precisamente a no darles cobertura registral*, como dijo el Auto del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña y como dice ahora el Registrador de Barcelona PABLO VIDAL FRANCÉS en su comentario a dichas resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 (en esta *Revista*, núm. de enero-febrero 1992).

En cualquier caso, no puede interpretarse la Ley de Defensa de los Consumidores en el sentido de excluir a una determinada institución encargada de aplicar el Derecho vigente —la registral en este caso— de calificar dicha Ley. Los Registradores han de olvidar en el futuro estas resoluciones DGRN y atenerse a la correcta doctrina de la resolución ya citada de la propia DGRN de 7 de septiembre de 1988 y de los Autos presidenciales.

Por otra parte, los consumidores tienen protección constitucional y la Ley que los ampara no puede restringirse ni *limitarse*. Al querer limitar la calificación registral y así abstenerse de dar una solución, la DGRN está limitando, sin darse cuenta, la protección de los consumidores, cuya protección debe procurarse en todos los ámbitos (administrativo, notarial, registral y judicial) y no sólo en el ámbito judicial. Por eso, son los propios consumidores y asociaciones de consumidores los que deben también reaccionar contra esta doctrina "reaccionaria" de las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, frente a la doctrina "progresista" de la resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988 y de los Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que son numerosísimos.

Es de esperar que la DGRN recapacite sobre estos problemas y en cualquier ocasión que se plantee en el futuro, sin perjuicio de resolver el caso concreto en la forma que proceda, haga las matizaciones y rectificaciones doctrinales oportunas para deshacer ese "doble error histórico" (cláusula penal y LDC) que la hace incurrir en "responsabilidad histórica" respecto a los consumidores y respecto a las funciones legalmente encomendadas a la institución registral.

Debe tenerse en cuenta que los Autos del Presidente están dictados *por un órgano judicial* que en este tipo de cuestiones tiene *sensibilidad social* acreditada e *independiente de cualquier ligazón administrativa* y, por tanto, el criterio de los mismos ofrece a los juristas y a los ciudadanos garantías de *acierto, independencia y altura jurídica indiscutidas*.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad de Barcelona

Nota de la Redacción: El texto de las Resoluciones a que se refiere el trabajo anterior puede verse en esta *Revista*, número 608, enero-febrero 1992, páginas 178 y siguientes.