

El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad *

SUMARIO: I. *El principio de autonomía de la voluntad*: A. Esencia del principio. B. Campos de actuación y límites del mismo: a) Ley. b) Moral. c) Orden público. C. El principio como ensayo metodológico expositivo.—II. *El principio de autonomía y el Registro*: A. Diversos momentos en que se manifiesta: a) Antes de la inscripción y su solicitud: 1) La autonomía en la expresión de la voluntad notarial. 2) Los pactos referentes a la inscripción y en especial el de no inscribir.—B. Simultaneidad del principio con la solicitud de inscripción: a) La solicitud de inscripción. b) Las figuras del presentante e interesado en relación con el desistimiento, la renuncia, recurso, honorarios, alteración de rango y retirada del documento.—C. La voluntad y el contenido del asiento: a) La minuta del asiento. b) El error en el asiento. c) La modificación del asiento.—D. La autonomía en relación con los principios del sistema y los procedimientos: a) Con los procedimientos. b) Con los principios.—E. La prioridad, la calificación y el consentimiento: a) La prioridad. b) La calificación: 1) La creación de nuevos derechos reales. 2) El delito y la autonomía de la voluntad. 3) Cláusulas y condiciones leoninas: en las transmisiones, en las permutas, en la reversión, en las hipotecas, en las condiciones generales de la contratación, etc. c) El consentimiento: 1) Voluntad causal. 2) Voluntad formal. 3) Consentimiento anticipado.—III. *La autonomía de la voluntad en el aspecto formal de la publicidad*.—IV. *La autonomía de la voluntad y el Derecho comunitario europeo*.

I. EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

A) LA ESENCIA DEL PRINCIPIO

No voy a cometer con vosotros la indelicadeza de explicaros el principio, pero sí quiero partir de unas bases generales en su estructuración y alcance. Se ha dicho acertadamente que el principio de la «autonomía

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Valladolid el día 19 de abril de 1985.

de la voluntad» preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo al individuo un amplio margen de actuación. La raíz del principio, según demostró DE CASTRO, es preciso buscarla en los tratadistas de teología moral y en los canonistas que preconizan el respeto a la palabra dada o empeñada. Es el *pacta sunt servanda* o lo que llevan consigo esos otros aforismos que todos hemos repetido *standum est chartae*, «hablen cartas y callen barbas»... La escuela del Derecho natural (fundamentalmente GROCIO, que se divulga mediante ROUSSEAU y KANT) va a trazar en el siglo XVIII o de la Ilustración la potencia creadora de la voluntad y la omnipotencia del contrato. Estas ideas, dice DE CASTRO (1), se verán consagradas primero en los textos tradicionales, respecto de los contratos y la propiedad y ellas pasarán después a los Códigos francés, austríaco y español. Esta concepción será confirmada científicamente por la primera generación del pandectismo alemán, que se construye en torno a los conceptos de derecho subjetivo y negocio jurídico.

Lo que sucede después prácticamente son vivencias de algunos de nosotros: el liberalismo contractual ha sido desplazado por el intervencionismo contractual. La economía capitalista, al engendrar la gran empresa, puso en peligro el criterio de la «igualdad de las partes», dando paso a las figuras contractuales de los contratos de adhesión, normativos, colectivos, de tarifa, mixtos, etc. Por su parte, las ideas de solidaridad, comunidad y bien común mueven la tendencia político-social que no sólo impide lo que es contrario al interés de la comunidad sino que impone lo que ese interés exige. Es el intervencionismo estatal y lo que ha dado en llamarse «crisis de la autonomía privada».

Los estudios que en torno a esta problemática aparecen son innumerables: JOSSE RAND (*Le contrat dirigé*, 1933), MORELL (*Le contrat impose*). SAVATIER (*Le déclin du droit*, 1948), SALEILLES (1901), DUGUIT, BETTI, SALLE, CARNELUTTI, etc. En España, por aquellas fechas, escriben ROYO MARTÍNEZ (*Contratos de adhesión*, ADC II), OSORIO MORALES (*Crisis dogmática del contrato*, ADC. V), DUALDE (*Los imperativos contractuales*, ADC. II), PÉREZ SERRANO (*El nuevo sentido del contrato*, A. J. y Leg.), ANTONIO POLO (*Del contrato a la relación de trabajo*, RDP, 1941), DÍEZ PICAZO (*Los llamados contratos forzados*, ADC, IX), ROCAMORA (*La crisis del contrato*, RCr.D.I., 1942), etc. Dentro de estas citas quiero ahora destacar únicamente tres que se ajustan al tema y cuyos protagonistas son nada menos que DE CASTRO, CASTÁN y nuestro compañero M. AMORÓS. DE CASTRO escribe sobre un tema

(1) DE CASTRO (F.): «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», ADC, 1982.

íntimamente ligado con la autonomía cuando ingresa en el año 1961 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Su discurso sobre «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» (que luego publica el *ADC* y *Cuadernos Civitas*) es contestado nada menos que por don JOSÉ CASTÁN. DE CASTRO vuelve al tema de la autonomía cuando en 1967 se publica su trabajo monográfico sobre «El negocio jurídico», y, por fin, muy poco antes de morir, en 1982, publica en el *ADC* un trabajo titulado «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». Todo esto, aunque lo he recorrido paso a paso con los textos en su día subrayados por mí, lo cuenta muy bien M. AMORÓS en su trabajo «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro» (*ADC*, 1983).

Así las cosas, es obligado plantearse si la situación del principio de autonomía sigue sumida en su pretendida crisis, si es necesario admitir limitaciones al principio, además de las que señala el artículo 1.255 del Código Civil y si todo esto puede tener relación con la institución registral. Creo que para todo ello esa bibliografía que he citado y, concretamente, los últimos trabajos, es decisiva. En ellos, por supuesto, me apoyo muchas veces para intentar sostenerme en este terreno tan peligroso en que he tenido la osadía de meterme.

B) CAMPOS DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL MISMO

Dice el artículo 609, 2, del Código Civil que «la propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Entiendo que este artículo es el cauce donde debemos movernos para delimitar el campo de actuación del principio y, por lo tanto, prescindiendo de los supuestos legales y de la sucesión intestada, el principio lo debemos centrar en el negocio jurídico que comprende el total ámbito de la contratación en la cual y conforme el artículo 1.255 «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Con ello marginamos todas aquellas relaciones que los actos judiciales o administrativos puedan tener con el Registro, ya que en ellas y en sus posibles manifestaciones la voluntad individual está sometida a otros principios distintos del que tratamos. De todas formas entiendo, y eso lo digo luego, cómo esos tres campos, el de la autonomía, el judicial y el administrativo, son una gran tentación jurídica expositiva del Derecho Hipotecario.

La formulación del principio de autonomía en el campo en que la situamos ofrece tres grandes limitaciones: la ley, la moral y el orden público. Salvo la primera, las otras dos son de una gran dificultad en su precisión, aparte de que habría que pensar en otras limitaciones, que, según la terminología de DE CASTRO (2), podríamos considerar «intrínsecas» y en todas aquellas que se derivan de las disposiciones sobre la eficacia general de la norma jurídica en las que se encuentra el «interés, el orden público y el perjuicio de terceros», el fraude, la buena fe y el abuso del derecho.

Debemos arrancar de fórmulas generales, pues la precisión de conceptos resulta difícil por la variedad de circunstancias que en los mismos inciden. DE CASTRO (3) en el trabajo citado recorre diversos itinerarios en los que no descarta el orden público, la naturaleza del contrato, las condiciones generales de la contratación, los pactos leoninos, etc. Sirviéndonos de alguna de sus ideas, podríamos intentar una generalización de las limitaciones que el Código establece, considerándolas en sentido amplio:

- a) *Las que se derivan de las leyes.*—Intentar enunciar los límites que en el ámbito de la contratación tiene la autonomía de la voluntad derivada de las disposiciones legales sería ciertamente un alarde que nunca agotaría materia. El ordenamiento jurídico es un gran campo, un latifundio, donde prospera la norma prohibitiva o condicionante de observar requisitos y circunstancias. Yo quiero citar, como ejemplo, aquel trabajo, base de una conferencia en el Colegio de Registradores, que hizo ESCRIVÁ DE ROMANI sobre «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal» (RCr.D.I., 1967) que te dejaba asustado de lo que no podías admitir a inscripción en el ámbito de propiedad horizontal. Solamente con una contemplación del panorama legislativo puede uno darse cuenta de las dificultades de enumeración: campos urbanísticos, agrarios, industriales, de trabajo, extranjeros, de bancos, de hipotecas, de ferrocarriles, de autopistas, etc... Por ello me limito a citar los cuatro artículos del Código Civil que limitan el principio: los artículos 1.458 y 1.459, relativos a la prohibición de comprar, y los 1.858 y 1.884, sobre la prohibición del pacto comisorio. De ellos hablaremos luego.
- b) *Las exigencias de la moral.*—No sé si lo contrario de moral es «inmoral», pero sí creo que dentro del Código y fuera de él la frase se relaciona con las «buenas costumbres». Por ejemplo,

(2) DE CASTRO (F.): *Ob. cit.*

(3) DE CASTRO (F.): *Ob. cit.*

en el artículo 1.116 se entiende nulo el contrato que contenga condiciones opuestas a las buenas costumbres y el 1.275 anula el contrato con causa opuesta a la moral.

Quizá estas formulaciones estén un tanto desfasadas en sociedades que han alterado conceptos clásicos y que por imperio del principio de libertad llegan a desórdenes como el tráfico de drogas, la prostitución o el interés usurario.

Para DE CASTRO es claro que moral y buenas costumbres son conceptos similares, aunque repetidamente hable en varios artículos solamente de buenas costumbres [artículo 792, al hablar de condiciones de la institución de heredero; 1.271, al precisar los servicios que pueden ser objeto del contrato, y 1.316 (anterior), referente a las capitulaciones matrimoniales y sus condiciones], y entiende que el Estado al dar valor de ley privada y fuerza obligatoria a la voluntad, se obliga, por su parte, a hacer cumplir lo convenido mediante su aparato de coacción, pero cuando se le pide que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de una persona decente, habrá de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido. De cualquier forma este autor, en su intento de precisión, abre el campo y entiende que las *buenas costumbres* hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquélla, de las conductas. Estamos ante una conciencia social y a lo que ésta permite y tolera.

Lo que sí resulta cierto es que la causa contractual resulta ilícita cuando sea contraria a la moral (art. 12.75) y ese contrato con causa ilícita «no produce efecto alguno». No debemos olvidar que la causa es un elemento que entra en el ámbito de lo que debe calificar el Registrador y que, cuando lo ilícito se muestra bien a las claras —como apunta DE CASTRO— los Registradores habrán de tenerlo en cuenta de oficio y no conceder eficacia negocial al negocio así viciado.

- c) *El orden público*.—Entiendo que es un concepto difícil y muy poco propicio para ser encerrado en una definición. DORAL PAZOS, en nuestro Derecho (4) hizo un amago, pero llegó a la conclusión de que el concepto ofrece un carácter dinámico y de ahí que resista todo intento definidor que haga cristalizar el concepto. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 1966 (recogiendo las de 12 de mayo de 1944 y 21

(4) DORAL PAZOS (J. A.): *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967.

de diciembre de 1963), entiende que está integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

A diferencia de las buenas costumbres y de la moral que pueden dar lugar a una causa ilícita, aquí el orden público no se tiene en cuenta en materia de causa y si, sin embargo, en lo referente al límite contractual. Es decir, aquí el Código Civil español se separa del francés.

A las precisiones que la doctrina hace sobre la distinción entre orden público interno y externo (en relación con el Derecho internacional) es preciso añadir lo que en la terminología de RIPERT (5) se denomina *orden público económico*, que recoge por vez primera la Ley sobre «represión de las prácticas restrictivas de las competencias». De esta forma podría hablarse con DE CASTRO de un orden público jurídico, basado en normas extrapositivas que obligan a rechazar todo aquello que repugne el sentido de lo justo y el económico que se patentiza por mandatos imperativos legales.

Todo ello lleva a DE CASTRO a considerar la existencia de límites intrínsecos que condicionan el principio de autonomía de la voluntad, como pueden ser el rechazo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, las que tratan de desequilibrar la equivalencia de las prestaciones, condiciones leoninas, y todas aquellas que rebasen el esquema institucional típico de cada contrato. Ya veremos luego la fertilidad de estas ideas.

C) EL PRINCIPIO COMO ENSAYO METODOLÓGICO EXPOSITIVO

Es quizá en el panorama doctrinal español el ejemplo de don BIENVENIDO OLIVER (6) el de los pocos que se ha ocupado del método a seguir para exponer el contenido del Derecho Hipotecario. Enumeraba dicho autor el literalista, el analítico o exegético y el analítico sintético o constructivo, consistente este último en presentar las reglas o disposiciones que componen un cuerpo legal, convertidas o transformadas en institu-

(5) RIPERT (G.): *Le regime democratique et le Droit civil moderne*, París. 1948.

(6) OLIVER Y ESTELLER (B.): *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, tomo I, 1982.

ciones jurídicas y agrupadas entre sí en virtud de cierta trabazón interna bajo un plan que responda a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se propuso ordenar el legislador, esto es, convertirse en sistema.

Me preocupó mucho y desde un primer contacto con este derecho la forma y manera en que me lo ofrecían los autores consagrados y la verdad es que ellos estaban mediatizados por tener que responder a cuestionarios elaborados bajo la idea de una previa evolución histórica, del conjunto de sistemas, de los principios que informan los diferentes sistemas y de las diferentes clases de inscripciones. Yo creo que hace falta llegar a MARÍN PÉREZ (7) para encontrar un nuevo método expositivo en el que a la tradicional construcción de la relación jurídica se le incorpora todo el contenido del Derecho Hipotecario, método éste que utilicé en mi segundo libro sobre el *Manual del Derecho Hipotecario*, hecho, como sabéis, en colaboración de otros dos compañeros. Luego lo adoptó AMORÓS GUARDIOLA (8), a quien PAU PEDRÓN (9) atribuye como pionero de la idea y su realización.

A mi entender, hay diversas formas de enfocar el método expositivo y quizá el que más me ha llamado la atención sea el que utilizó LACRUZ BERDEJO (10) al hablar de la eficacia ofensiva y defensiva de la inscripción en los sistemas latino y germánico. Hubo otros, como el que ciñe todo el contenido del Derecho Hipotecario a través de la publicidad DÍEZ PICAZO (11), el del comentario del articulado de MORELL y TERRY o de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (12) o el que utiliza CANO TELLO (13) de la cronología de actos y efectos que se producen desde la presentación del documento.

No hace mucho, al tratar de escribir con mucha dificultad un artículo en honor de nuestro compañero TIRSO CARRETERO, se me ocurrió que el principio de la «autonomía de la voluntad» podía ser el eje central para la exposición de todo nuestro Derecho, dejando en los márgenes expositivos los actos judiciales y administrativos que ofrecen, conjuntamente con aquél, un completo método. Entiendo que ese principio es

(7) MARÍN PÉREZ (P.): *Introducción al Derecho registral*, Madrid, 1947.

(8) AMORÓS GUARDIOLA (M.): *Sobre el Derecho Inmobiliario y su posible autonomía* (C. N. de Registradores, 1967).

(9) PAU PEDRÓN (A.): *Elementos de Derecho Hipotecario* (ICAI, Madrid, 1983).

(10) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.

(11) DÍEZ-PICAZO (L.): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978.

(12) MORELL Y TERRY (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1925) y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (B.) (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1970).

(13) CANO TELLO (*Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982).

más completo, abarca más, que el de «buena fe» o el genérico de la «seguridad del tráfico jurídico» inmobiliario.

Digo esto porque el principio de autonomía comienza a manifestarse en el momento del otorgamiento de la escritura; escritura que puede haber tenido lo que yo he llamado «calificación anticipada» o «informe doctrinal» como ahora se dice en la última o penúltima reforma reglamentaria. La traducción de la autonomía de la voluntad se patentiza en la voluntariedad de la inscripción y en la admisibilidad o no de pactos que la limiten, la restrinjan o la supriman. La presentación, la retirada del documento, la renuncia a la inscripción, la alteración del rango o del principio de prioridad, la conformidad o no con la minuta del asiento, etc. Igualmente, la calificación, el juego de la autonomía en cuanto a los principios sustanciales del sistema. La cancelación y sus diversas manifestaciones, la publicidad formal, etc., El panorama que se divisa desde este punto es un gran reto, que me gustaría haberlo podido abordar profundamente, pero que dado el límite de tiempo debo dejarlo reducido a un esquema, a rellenar en su día.

II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA Y EL REGISTRO

Debo hacer una advertencia importante, ya que el Registro de la Propiedad, en mi peculiar interpretación, es solamente una «institución» y, por supuesto, carece de sentido hablar de un «conjunto de libros» y de una «oficina», pues éstos no pasan de ser medios al servicio de la institución. Pero la institución exige, como dice HAURIGU, un triple carácter: 1) La existencia de un conjunto de normas de tipo orgánico, que llevan consigo una organización. 2) Esas normas son de carácter inderogable (*ius cogens* o derecho absoluto); y 3) La voluntad de los particulares solamente tiene un juego de adhesión a ellas.

La admisión de la última conclusión es la que verdaderamente plantea problema, pues no es que la voluntad privada trate de aceptar el juego del servicio público que el Registro presta (el Registro ofrece un servicio público, pero no es servicio público, aún y a pesar de la tesis de LÓPEZ MEDEL), sino que la voluntad se manifiesta en toda su plena formulación siempre que no choque con los límites y determinaciones que la legislación ofrece.

Hecha esta precisión, cabe ya proseguir en ese camino en el que la autonomía de la voluntad se ofrece o manifiesta. Lógicamente hemos de partir del momento de la construcción del acto, de su presentación y del juego que tiene la voluntad en todo ello.

A) DIVERSOS MOMENTOS EN QUE SE MANIFIESTA

- a) *Antes de la inscripción y de su solicitud.*—Previa a la inscripción y petición de la misma existe el momento de «adaptación de la voluntad de los particulares a la ley en el caso expresamente presentado». Al ser aceptada por nuestra legislación la formación y afirmación de la voluntad de los particulares en un documento público, es preciso que el funcionario que «autorice» el documento en el que la voluntad se plasma, procure adaptar esa voluntad a la legalidad vigente, observando todos los límites que el ordenamiento impone y, sobre todo, respetando la creatividad del derecho real inscribible dentro de los cauces que la Dirección General de los Registros ha establecido al interpretar el principio del *numerus apertus* que parece aceptar nuestro sistema. Igualmente debe tenerse muy en cuenta el juego de esa voluntad en orden a los pactos que puedan imponer una inscripción, prohibirla o mediatizarla.
- 1) *La autonomía en la expresión de la voluntad notarial.*—El documento notarial que recoge la voluntad de los particulares debe ser redactado por el Notario autorizante ajustándolo a la legalidad vigente. La fórmula anterior del Reglamento de 1944 era sencilla, «redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas para su eficacia», mientras que ahora, con la reforma de 8 de junio de 1984, el artículo 147 exige: «El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción».

A mi entender, la fórmula no mejora, sino que empeora la anterior. El primer inciso es correcto, pues en él se encierra toda la labor esencial del Notario. La segunda parte en la que se le encomienda al Notario la «información» sobre el valor y alcance de su redacción, tiene el gran riesgo de que si esa información declara «eficaz e inscribible» el documento y luego la calificación registral lo declara defectuoso, puede quedar en entredicho la afirmación notarial, que, por supuesto, no está revestida de ninguna protección. El Notario dice esto, pero el Registrador puede decir lo contrario. Todo queda pendiente del recurso gubernativo.

En el discurso que pronuncié con motivo de mi investidura del Doctor Honoris Causae de la Universidad Notarial argentina (en el año 1981) sobre el tema «Grandeza y servidumbre de la calificación registral» (14) sostuve la idea de una «calificación anticipada» donde la previa consulta notarial, el estudio conjunto del problema y la solución adoptada hacían posible la afirmación notarial de la eficacia de lo pactado al tener la seguridad de su inscripción. La reforma del 21 de diciembre de 1983, al hablar del carácter de «profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral» no hace más que dar vida a esa práctica que en mi trayectoria profesional practiqué con mucho éxito.

- 2) *Los pactos referentes a la inscripción y en especial el de no inscribir.*—Los ámbitos que se me ocurren en orden a los pactos sobre la inscripción o acceso al Registro los reduzco a estos tres: los que pueden imponer la inscripción, los que la mediatizan y los que la prohíben. Para su posible solución se hace necesario pensar en que las inscripciones son, genéricamente, en nuestro sistema, voluntarias, pero también existen las obligatorias, las estimuladas y, por supuesto, las constitutivas. ¿Cómo funcionan estos pactos en cada una de esas especies? No debemos olvidar tampoco las personas que pueden pedir la inscripción, la figura del presentante y del interesado.

- Hay que rechazar la validez del pacto de «imposición» de inscripción, cuando ésta es voluntaria, puesto que ello es una estipulación contra ley. Lo que sucede es que la inscripción puede imponerse por los cauces del artículo 312 del Reglamento Hipotecario.
- Los pactos que mediatizan la inscripción «condicionando» la existencia del Derecho a la práctica de la misma, entiendo que deben tomarse y entenderse con precauciones, valorando la esencia de la inscripción y precisando en sus justos límites la condición. Es claro que existen ciertas cláusulas inadmisibles en materia de hipotecas en las que la entidad acreedora condiciona la entrega del capital a la práctica de la escritura del préstamo hipotecario y especifica «que la hipoteca caducará si no se inscribe». Lo cual es un contrasentido ante el valor constitutivo de la hipoteca.

(14) CHICO Y ORTIZ (J. M.): «Grandeza y servidumbre de la calificación registral» (publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1027).

- Los pactos que prohíben la inscripción han sido tratados por BALLESTER GINER (15), quien considera que pueden ser válidos ya que lo son los pactos «de inscribir» (casos del arrendamiento y de la opción, artículos 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento). Creo que no es argumento válido: una cosa es que para inscribir se exija *pacto expreso* y otra es que se admita el pacto de «no inscribir». Por supuesto el pacto no sería válido en los casos de inscripción forzosa u obligatoria ni en la constitutiva y entiendo que en la voluntaria sería un pacto dudoso que podría perjudicar a tercero, ser contrario a las buenas costumbres y atentatorio al orden público. Vincularía a las partes, pero su incumplimiento no podría nunca generar un resarcimiento de daños y perjuicios. El principio de la seguridad del tráfico jurídico se impone en todo caso.

B) SIMULTANEIDAD DEL PRINCIPIO CON LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

- a) *La solicitud de inscripción.*—Quizá esta materia esté un tanto confusa por involucrarse en ella diversos conceptos que hacen referencia a la «legitimación» para solicitar la inscripción, la declaración de voluntad de poner en marcha el procedimiento y el hecho material de la presentación. LACRUZ BERDEJO (16) debe tener algo de culpa y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (17) aprovecha la ocasión para sacar conclusiones difíciles de sostener. MANZANO SOLANO (18) por su parte trata de conciliar situaciones al amparo de la reforma del Reglamento Hipotecario (Decreto de 12 de noviembre de 1982), que distingue entre «presentante» e «interesado».

El artículo 6 de la Ley Hipotecaria claramente diseña diversas figuras que pueden «solicitar o pedir» la inscripción: los que transmiten, adquieren, tengan interés u ostenten la representación de cualquiera de ellos. Y no hablo de legitimación, ya que en ciertas inscripciones existen personas «obligadas» a solicitar la inscripción.

(15) BALLESTER GINER (E.): *El pacto de no inscribir*, Valencia, 1974.

(16) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Ob. cit.*

(17) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B.): *Ob. cit.*

(18) MANZANO SOLANO (A.): «El nuevo asiento de presentación, su estructura, los derechos conexos inmobiliarios y la interrupción del proceso registral» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1984).

El que adquiere el derecho, el que lo transmita o el que tenga interés en asegurarlo puede «solicitar la inscripción» por sí o por medio de representante, entendiéndose que lo es, conforme al artículo 39 del Reglamento Hipotecario, quien «presente» los documentos en el Registro. Es muy difícil aceptar, aparte de estas personas, la figura del «simple porteador» (salvo el caso peculiar del cartero que entrega el título en sobre cerrado, aunque en este caso el artículo 418 del Reglamento Hipotecario modificado no lo tiene en cuenta, pues entiende como presentante al solicitante de la presentación o al remitente del documento). Sería monstruoso que al solicitante, al presentante del documento se le exigiese acreditar la representación y sobre todo aceptar la tesis de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, que entiende que si posteriormente se demuestra la inexistencia de representación puede anularse la inscripción practicada, entendiéndose que ésta es provisional y «condicionada» a todo ello. Existiendo la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato y el beneficio que de la inscripción se produce, resulta obligado rechazar esa argumentación que se apoyaba en la Resolución de 19 de junio de 1975.

Lo importante de la cuestión no es tanto quien puede o no solicitar la inscripción, sino quien, frente a esa solicitud, puede ejercitar el principio de autonomía, para poder retirar el documento, desistir de la inscripción solicitada, subsanar los defectos, ejercitar el recurso gubernativo, satisfacer los honorarios, etcétera. Y aquí sí que juegan las figuras de interesados, presentantes y representantes.

b) *Las figuras del presentante e interesado en relación con el desistimiento, la renuncia, recurso, honorarios, alteración de rango y retirada del documento.*

— La retirada del documento, una vez presentado, es quizá la primera manifestación de la autonomía de la voluntad que modaliza la solicitud de inscripción. Resulta anecdótico destacar cómo el artículo 19 de la Ley Hipotecaria encuentra legitimados para «recoger» el documento a los que «pretendan la inscripción», mientras que el 255 de la misma Ley Hipotecaria parece que sólo legitima al «que lo haya presentado», criterio este último que reafirmaba el artículo 105 del Reglamento Hipotecario al hacer firmar la nota de retirada al presentante o un testigo. Hoy día el artículo 429 del

Reglamento Hipotecario en su redacción no duda en legitimar «al presentante o al interesado» para retirar el documento.

- La subanación de defectos está tratada con diverso criterio por la Ley Hipotecaria, pues en el artículo 19 de la misma se habla de «los que pretenden la inscripción» y en el artículo 66 de la misma se legitima expresamente a los «interesados» que, a su vez, pueden pedir la anotación preventiva de suspensión (arts. 65 y 66 de la Ley). El Reglamento Hipotecario en su última reforma de 1982 no duda en legitimar para todo ello al «presentante o al interesado». Todo esto viene a confirmar que el presentante es reputado como representante del interesado. (Diferencias entre el 111 y el 429.)
- En el recurso gubernativo las cosas cambian y ya no cabe que el presentante esté legitimado para interponerlo, pues conforme al artículo 112, 1.º, del Reglamento Hipotecario es preciso acreditar la representación del interesado. En este caso el Reglamento Hipotecario se ajusta plenamente a los dictados de la Ley Hipotecaria en su artículo 66.
- En materia de honorarios el artículo 614 del Reglamento Hipotecario acepta la posibilidad de que los honorarios se reclamen no sólo de la persona a cuyo favor se inscriba o anote el derecho, sino a la que «haya presentado el documento», salvo que se trate del transmitente o el que tenga interés en la inscripción o sus representantes.
- La figura del desistimiento la defendí en forma pionera hace mucho tiempo, lo que sucede es que me parecía inviable, dado que no había cauce para su constatación registral. Es decir, es una nueva manifestación de la autonomía de la voluntad que ha recogido en el año 1982 la reforma del Reglamento.

La regulación que se ha hecho de esta figura no está plenamente pensada o quizá le falta un desarrollo adecuado. Tanto MANZANO SOLANO (19) como AVILA ALVAREZ (20) citan unos casos que a mi entender no son supuestos de desistimiento, sino modificación en la petición de inscripción: tales como el 108 (amplía la petición), 111 (falta de

(19) MANZANO SOLANO (A.): *Ob. cit.*

(20) AVILA ALVAREZ (P.): *Reformas Hipotecarias de 1982-1984*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1985.

subsanación), 425 (petición de inscripción reducida), 427 (retirada del documento), 429 (actitudes ante un posible defecto), 434 (que habla de conformidad o desistimiento en los casos de suspensión de inscripción referidos a varias fincas) y, por último, el 433, que es el que verdaderamente regula la figura. No voy a estudiar los diversos problemas que plantea, pero sí a señalar unos puntos concretos:

- a) El presentante o interesado puede, «durante la vigencia del asiento de presentación» (sesenta días), desistir de su petición. Creo que si la inscripción se ha hecho en los quince o en los treinta, entiendo que no cabe el desistimiento. Queda la duda de si el asiento de presentación sigue vigente, aún y a pesar de haberse extendido la nota de las operaciones realizadas.
- b) La exigencia del documento público es utópica. Mientras se otorga y se expide la copia pasan los quince días de plazo para la inscripción. El documento privado con firmas legitimadas parece más viable, aunque discutible, ya que con el desistimiento se provoca una cancelación de un asiento que se hizo en base de una escritura pública. Por ahí debe de andar agazapado el artículo 1.230 del Código Civil, que priva de efectos al documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura. Piénsese en una escritura con «solicitud expresa» para su inscripción y que se altera por un documento privado con firmas legitimadas..., con perjuicio de tercero, claro está. Menos mal que el Reglamento prevé el caso y otorga al Registrador una facultad para calificar el posible efecto negativo del desistimiento, lo cual supone una limitación a la autonomía de la voluntad. Igual sucede en el caso de que con el desistimiento se impida la inscripción de otro documento pendiente.

El desistimiento verbal solamente se admite en forma parcial, pero al no exigirse la firma del interesado o presentante, el Registrador carece de una justificación de su existencia.

- c) Legitimados para el desistimiento están el *presentante* y los interesados. A mí me parece un poco fuerte que el presentante que se presume representante de los interesados pueda renunciar o desistir de una inscripción

que supone la privación de eficacia de un derecho sin un mandato expreso, conforme al artículo 1.713 del Código Civil que habla de «actos de riguroso dominio». Aquí, a diferencia de la representación orgánica en la que donde está el órgano que la ejerce quedan comprendidos todos los actos, exige un mandato expreso (21).

— Respecto a la alteración de rango el juego de la autonomía de la voluntad solamente tiene un campo de actuación limitado a lo que se ha denominado «prioridad formal», ya que al que nosotros llamamos *sustantivo*, la voluntad carece de poder para desvirtuarlo. Ya lo veremos más adelante, pues ahora nos limitamos a los tres casos que el Reglamento Hipotecario ofrece en los artículos 421 y 422 fundamentalmente:

- a) Una sola persona presenta varios títulos y la hora de la presentación es la misma. El caso da lugar a lo que se ha denominado asiento de presentación múltiple, lo cual parece otorgar a todos los títulos un rango simultáneo, dejando al arbitrio del Registrador la extensión de ese asiento en casos de títulos contradictorios. De todas formas esa autorización al Registrador choca un tanto con el principio del artículo 248 de la Ley Hipotecaria en el que se impone al mismo «en el momento de la presentación de cada título la extensión de un breve asiento de su contenido». La expresión es terminante: «extenderán», no «podrán», como apunta el Reglamento.
- b) Una sola persona presenta varios títulos al mismo tiempo. El supuesto lo contempla el artículo 422, 1.º, del Reglamento Hipotecario y otorga al presentante la facultad de decidir el «orden» de la presentación. El problema surge cuando el Registrador, al amparo del

(21) En el coloquio que siguió a esta conferencia se planteó el tema de si es viable renunciar a una inmatriculación hecha por documento público y sujeta a la limitación de efectos contra tercero durante los dos años que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria y que supone un obstáculo para la obtención de un crédito hipotecario. Ello supondría una desinmatriculación de la finca con cancelación del único asiento y la utilización posterior de un expediente de dominio para lograr una inscripción sin limitaciones. Resulta difícil resumir opiniones en un tema tan complejo.

421, 3.º, decide hacer un asiento múltiple y, para AVILA ALVAREZ, en este caso el presentante decide el «orden» dentro de ese asiento. Entiendo que esto choca abiertamente con los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria que tienen en cuenta la fecha y la hora para determinar la preferencia... y en los múltiples se parte de que la hora (y, por supuesto, el día) es la misma. Yo creo que la palabra «contradictorios» que utilizaba antes el 426 debe entenderse que subsiste y en caso de títulos contradictorios no cabe el asiento múltiple.

- c) Varias personas presentan títulos al mismo tiempo, sean o no contradictorios. Para mi mentalidad ordenada, que cree en la existencia de colas (y eso que este país no es el de las coca-colas, como el americano, que lo es no porque beban ese compuesto, sino por las colas que hacen) y de ventanillas, se me hace muy difícil el supuesto, pero si se contempla es porque se ha dado o se supone que se da. En este caso no hay asiento múltiple, sino asientos correlativos con la misma hora.

En el párrafo segundo aflora la idea de los títulos contradictorios y en este caso ya el *presentante* no tiene nada que hacer, pues es el *interesado* o interesados los que deciden y si no lo hacen se prevé la anotación preventiva.

C) LA VOLUNTAD Y EL CONTENIDO DEL ASIENTO

- a) *La minuta del asiento*.—Al lado de la norma reglamentaria (artículo 374), que permite al Registrador «ajustarse en lo posible» en la redacción de los asientos a las instrucciones y modelos oficiales, y la del 51, 9, a), que establece e impone al Registrador, que no puede quitar ni añadir ninguna circunstancia ni siquiera con acuerdo de las partes, existe en la misma Ley y en el Reglamento la facultad de solicitar del Registrador minuta del asiento a practicar, para que si notan algún error u omisión importante puedan pedir al Registrador o, en su defecto, al Juez de 1.ª Instancia, que se subsane (arts. 258 de la Ley Hipotecaria y 385 del Reglamento Hipotecario).

El precepto no creo que haya tenido mucha aplicación, pero de cualquier manera supone una intervención de la voluntad en la redacción de los asientos, la cual, sin embargo, queda

limitada ante la independencia del Registrador, que puede aceptar la redacción que se le ofrezca o redactar el asiento como disponga el Juez, pero siempre haciendo constar esas circunstancias.

- b) *El error en el asiento.*—Entiendo que los errores cometidos en los asientos, bien sean materiales o de concepto, deberán en unos casos rectificarse por el Registrador, en otros necesitarán el consentimiento de los interesados y en otros la decisión judicial. Todo ello conforme a lo que disponen los artículos 211 a 220 de la Ley Hipotecaria y los concordantes del Reglamento 314 a 331. La prestación del consentimiento, sin embargo, no supone una proyección de la autonomía de la voluntad, ya que el asiento no se rectifica como la voluntad quiere, sino como aconseja el error padecido. Es decir, la voluntad juega como requisito para la rectificación, no para determinar el contenido de la rectificación. Por eso el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, en caso de discrepancia en torno al concepto de error de concepto, ordena dilucidar la cuestión en juicio ordinario.
- c) *La modificación del asiento.*—De los tres elementos fundamentales que revela el asiento a través de la publicidad: el sujeto, la finca y el derecho, pueden alterarse o modificarse en base del juego de la autonomía de la voluntad. Aparte de los cambios de nombres —frecuentes en sociedades— y alteración de apellidos —propios de personas naturales—, es evidente que el negocio jurídico puede provocar el cambio de titularidad y, con ello, la modificación del asiento que se sustituye por otro nuevo. Lo mismo sucede con el derecho y con la finca, siendo esta última la que admite las figuras de la obra nueva, segregación, agregación, división, agrupación, exceso de cabida, reducción de la misma, deslinde, etc.

D) LA AUTONOMÍA EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA
Y LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REGULAN

- a) *Con los procedimientos.*—Hay una norma, referida al procedimiento judicial sumario, en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dispone: «Sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes», lo cual permite extender la misma a todos los procedimientos que la Ley establece, pues sus reglas suelen ser inderogables, de orden público y ale-

jadas de una posible modulación autonómica. Las partes o la parte podrá o no elegir el procedimiento, pero una vez elegido y pactado no puede desviarse de los trámites establecidos.

Esto sucede en los procedimientos de los artículos 37, 38, 40, 41, 66, 126, 131, 132, 201, 203, 210, etc...

- b) *Con los principios.*—Entiendo que aquí el carácter institucional del Registro se impone frente a la voluntad del particular. No cabe pacto en contra de cada uno de los principios que estructuran el sistema, pues ellos, aparte de representar la traducción del «orden público», significan el principio superior constitucional de la *seguridad jurídica* en su versión de seguridad del tráfico. Quedan, por supuesto, intocables, la publicidad y sus grandes consecuencias jurídicas: la legitimación, la inoponibilidad y la fe pública registral. Igualmente nada puede pactarse para la alteración del principio de tracto sucesivo, con sus normas y sus excepciones o modalidades.

Tampoco puede decirse que la voluntad de los particulares altere o modifique la rogación, aunque juegue, como hemos visto, en sus diferentes modalidades. El principio de calificación supone el límite a la autonomía, la prioridad una posibilidad de juego autonómico y el consentimiento es otro de los puntos que debe tenerse en cuenta para el comentario.

E) LA PRIORIDAD, LA CALIFICACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO

- a) *La prioridad.*—He defendido en un trabajo que estaba por publicar (22) en honor de TIRSO CARRETERO la distinción entre prioridad formal y sustantiva, términos no admitidos por H. CRESPO (23).

No es ocasión para poder detenernos en los conceptos y en las razones alegadas, pues sólo quiero destacar cómo la voluntad de los particulares en su autonomía puede alterar lo que se ha denominado «rango hipotecario» provocado por la aplicación del *prior tempore potior iure*. Y de ello surgen las conocidas figuras de la alteración de rango, posposición, permuta y reserva de rango, reguladas en el artículo 241 del Re-

(22) CHICO Y ORTIZ (J. M.^a): «La prioridad formal y la sustantiva» (*Libro Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985).

(23) HERNÁNDEZ CRESPO (C.): «Certificación registral con reserva de prioridad» (ponencia del II Congreso Internacional de los Seminarios de Extremadura, Valladolid y Salamanca).

glamento Hipotecario y extendidas genéricamente a todos los derechos en el 233 del mismo Reglamento Hipotecario. Aparte de esto, antes hemos visto la determinación del rango por los presentantes de los documentos.

Donde, sin embargo, no puede jugar nunca la voluntad de los particulares es en el rango o prioridad sustantiva y, por ello, entiendo que no puede ser admitido ningún pacto que viole el cierre registral a todo acto incompatible con el anotado o inscrito; todos aquellos que intenten alterar el principio de oponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, el carácter constitutivo de la hipoteca (art. 145, 2, de la Ley Hipotecaria) y, por supuesto, las dos grandes manifestaciones de la prioridad sustantiva del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 198 del Reglamento Hipotecario (anotación preventiva de embargo y de demanda).

- b) *La calificación.*—Debemos entender que la calificación, rodeada de sus caracteres de inexcusable, unipersonal, independiente y con responsabilidad personal, no supone más que un requisito para observar la legalidad vigente y para que lo que se inscriba concuerde con lo que puede inscribirse. Y ahí es donde está la gran lucha entre lo que se dice en el documento y lo que pueden reflejar los libros registrales. Creo que en una forma un tanto esquemática podríamos exponer los tres grandes problemas que tiene planteados frente al Registro la autonomía de la voluntad:

1. *La creación de nuevos derechos reales.*—La famosa teoría del *numerus apertus* que parecen avalar la frase, «y otros cualesquiera derechos reales» (art. 2 de la Ley Hipotecaria), «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza» (art. 7 del Reglamento Hipotecario), está mediaticada por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que no autoriza a la constitución de cualquier relación jurídica con el carácter y efectos del derecho real... que ha de llenar las características externas y aparentes que la hacen trascender a terceros y los requisitos de la inscripción (Resoluciones de la Dirección General desde 11 de abril de 1930 a 27 de marzo de 1947, 31 de mayo de 1951, 1 de agosto de 1959, etc.). Quizá es que falte poder e imaginación para todo ello, como dice G. PALOMINO. Difícil solución tiene la materia, ya que la doctrina tam-

poco está muy unificada en este punto, sirviendo de ejemplo los dos grandes temas que tiene planteados el Derecho Hipotecario: la concesión de «exclusiva» en forma de derecho real que tropieza con la idea del monopolio y el *leasing* inmobiliario, tema del último Congreso Registral.

2. *El delito y la autonomía de la voluntad.*—El antiguo artículo 101 del Reglamento Hipotecario (convertido hoy en el 104) impone a los Registradores la suspensión o denegación de la inscripción del documento del que resulte la existencia de un delito, obligándole a que «dé parte a la correspondiente autoridad judicial», con remisión del documento y haciendo constar todo ello por nota al margen del asiento, el cual no se entenderá «suspendido» ni «prorrogado». ¿Y si el Juez no estima que existe delito y se pierde prioridad? Claro que todo depende de que se haya o no practicado anotación preventiva, que puede ser lo más aconsejable.
3. *Cláusulas y condiciones leoninas.*—En el momento actual es muy difícil pronunciarse sobre lo que podría llamarse «parte débil» del contrato, ya que si bien el carácter de acreedor parece conceder a éste la parte preponderante para la realización del crédito, lo cierto es que el «impago» se ha impuesto en la práctica comercial y esa parte débil sobre la cual pesaban condiciones, requisitorias, amenazas de nulidad, protestos, etc., se ha convertido en la parte fuerte o resistente al incumplimiento. Ante este hecho singular cabe preguntarse, ¿cuál es la parte débil del contrato y hasta qué punto la cláusula pactada puede ser considerada como leonina?

En el año 1978 (14 y 15 de diciembre) se celebraron las II Jornadas de Derecho de Consumo y en ellas actué como uno de los ponentes, amablemente invitado por GARCÍA DE PABLOS, desarrollando el tema «Cláusulas y comportamientos abusivos en las garantías reales, hipotecas, prendas y demás derechos de garantía». Todo ello tuvo una referencia de prensa, pero luego no cristalizó en publicación alguna y ahí debió quedar, pues a mí me ha costado encontrar las notas que sirvieron de base. Pueden servir de arranque para esbozar un esquema. Con ellas podríamos distinguir:

- a) *Cláusulas condicionales en las transmisiones.*—Es el frecuente caso de compraventa con precio aplazado

garantizado con condición resolutoria y la cláusula penal de pérdida de lo entregado por el comprador si deja de satisfacer alguno de los plazos pendientes, aparte de la resolución del contrato. Es decir, estamos ante la situación que regula el artículo 1.504 del Código Civil, en su conexión con los artículos 1.124 y 1.154 del mismo (sobre moderación de la pena).

Creo recordar que mi postura en aquel entonces fue la siguiente: es preciso distinguir el condicionamiento del pago aplazado y su efecto real frente a tercero y la cláusula penal que como pacto celebran las partes en torno a la devolución o no del precio ya cobrado, que como tal pacto puede ser moderado por los Tribunales al ser considerado abusivo o leonino. Creo que el artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario autoriza a reflejar las condiciones resolutorias..., pero para nada habla de reflejar registralmente «las consecuencias» de la resolución, que se reducen a lo que dispone el artículo 59 del Reglamento Hipotecario.

Esto es lo que yo decía en aquel entonces y que parece encajar con lo que la Dirección General de los Registros ha mantenido durante mucho tiempo: la resolución de la venta, la cancelación de la inscripción de adquisición y la nueva inscripción a favor del primitivo vendedor, con el cumplimiento de los requisitos legales que se establecen. Es decir, el principio de publicidad y la garantía real que significa el aplazamiento de pago al que las partes dan efectividad real provoca la consecuencia registral dicha. Todo ha sido así hasta la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1982, que, como todos sabéis, establece que para que pueda procederse a la cancelación por falta de pago no sólo es preciso haber observado los requisitos y formalidades del artículo 59 del Reglamento, sino que el comprador requerido «no se oponga a la resolución» y se proceda a la consignación decretada en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, para practicar la cancelación y reinscribir el inmueble a nombre del vendedor... ¿Será esa la forma de atacar una posible

cláusula abusiva o leonina eliminando la fuerza de la publicidad registral? (24).

- b) *Permuta o cesión de solar a cambio de transmitir en su día uno o varios de los pisos a construir.*—Estamos ante la permuta o cesión de un inmueble por una cosa futura que no existe en la realidad. Los problemas que dicho negocio plantea son muchos, pues lo que se busca a través del contrato es el logro de que el comprador o contratista tenga el solar inscrito a su nombre para que pueda pedir y obtener una hipoteca que le permita la construcción.

PELAYO DE LA ROSA DÍEZ (*La permuta*) entiende que es válido el negocio y que lo apoya el 1.271 del Código Civil sobre cosas futuras. GARCÍA BERNARDO LANDETA (*Piso futuro y viviendas acogidas*) entiende que el promotor adquiere el solar y lo puede inscribir en el Registro de la Propiedad. Mi opinión es que el que transmite no recibe a cambio más que la promesa u obligación del promotor de recibir uno o varios pisos construidos. Salvo que esa obligación se apoye en una garantía o en una condición resolutoria el contrato no podría inscribirse. Caso de existir condición resolutoria habría que acudir a la figura de la posposición de garantías para la obtención posterior del crédito.

MARTA FONTÁS E. (*Venta de solares en la modalidad de permuta*) y MUÑOZ DE DIOS G. (*Aportación en solar y edificación en comunidad*) escriben sobre la materia. Posibles figuras a utilizar: el derecho de superficie, poder para enajenar los pisos y locales valorando el solar y repartiéndose ganancias (¿sociedad?), negocio fiduciario, etc.

- c) *Renuncia o cesión del derecho de reversión.*—La reversión es para mí una figura que cariñosamente he estudiado, pero que siempre me es difícil de dominar. Cada vez que la contemplo me ofrece una cara diferente.

He visto en una escritura una cesión anticipada o

(24) Otro caso curioso que se planteó en el coloquio fue el del poder solidario otorgado a dos personas para vender y comprar uno a otro, salvando expresamente el problema de la autocontratación. Como derivación del mismo se trató el del poder mancomunado.

renuncia traslativa del derecho de reversión. La cosa es muy difícil de admitir, ya que la reversión no pasa de ser un posible derecho expectante que puede existir si el fin de la expropiación deja de ser necesario. Todo depende del encuadramiento del momento en que la reversión nace y de quién tiene derecho al mismo: el dueño y sus causahabientes o el dueño o sus causahabientes. La cláusula que no comprendí muy bien se refería a una expropiación de terrenos en una autopista y para el caso de que los terrenos reviertan a sus dueños, dichos dueños ceden sus derechos en la reversión a la Constructora XXX y los cedentes apoderan a la misma empresa para que en su nombre pueda realizar los actos y firmar los contratos con la sociedad concesionaria, aun cuando se produzca la figura de la autocontratación.

JOSÉ MARÍA SAS LLAUDARO y JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI, en los *Anales* de la Dirección General de lo Contencioso, mantienen la tesis de la posibilidad de la cesión, ya que se trataba de un caso en que la reversión había nacido (Sentencias de 30 de noviembre de 1965, 25 de junio de 1957 y 18 de diciembre de 1950). También ALFONSO PÉREZ MORENO trata del tema (*La reversión en materia de expropiación forzosa*), configurándolo como un derecho potestativo.

- d) *Cláusulas en materia de hipotecas.*—Existen varios trabajos en el *Boletín del Colegio* y, por eso, me limito a una enunciación de cláusulas que no pueden tener acceso al Registro en base a diversas razones y cláusulas que merecen un estudio especial por su difícil contenido: el pacto comisorio y las cláusulas de interés variable y moneda extranjera.

— *Cláusulas que no deben inscribirse.*—Ya creo que cité al principio aquella cláusula de vencimiento anticipado de hipoteca si la escritura no fuera inscribible, lo cual puede suponer o la «condensación de una idiotez» o el encubrimiento de la verdadera naturaleza constitutiva de la inscripción en materia hipotecas. Pero aparte de esa cláusula, caben citar las siguientes:

- a) Las que prohíben al hipotecante enajenar, arrendar, otorgar contrato alguno inscribible, precipitan el vencimiento de la hipoteca o suponen condición resolutoria si se realizan (artículo 27 de la Ley Hipotecaria, Resoluciones de 6 de julio de 1917, 26 de julio de 1928, 9 de junio de 1914, 25 de noviembre de 1935, 16 de abril de 1936, 4 de noviembre de 1968, etcétera).
- b) Fijación de cantidad global para pago de intereses, costas y gastos (Resolución de 14 de febrero de 1935); pacto de compensación de frutos con intereses (Resolución de 17 de octubre de 1945); convenio de renuncia a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (Resolución de 25 de noviembre de 1935).
- c) Todos los que se refieren a una posible alteración de trámites en los procedimientos de ejecución (art. 129 de la Ley Hipotecaria) y los que supongan vencimiento anticipado de la obligación por enajenación forzosa de la finca en procedimiento de apremio (arts. 131 y 133 de la Ley Hipotecaria de derecho necesario).

— *El pacto comisorio.*—La figura aparece enmascarada mediante la concesión de una *opción de compra* hecha al acreedor en caso de impago o incumplimiento de una obligación. Lo que se trata de garantizar con ello no es el cumplimiento de la obligación, sino el no perjuicio ante el incumplimiento. La opción de compra lleva consigo —en el caso real de que se trataba— de la intención de sustituir el cobro de un crédito por la adquisición de una finca.

El tema queda claro que no cabe incrustarlo en un crédito garantizado con hipoteca, prenda o anticresis, ya que el mismo es nulo conforme al artículo 1859 del Código Civil. Cabe, sin embargo, preguntarse si puede ser estipulado, al amparo del 1.255 del Código Civil, como «garantía» de una deuda. Al mismo parecen oponerse el posible enri-

quecimiento injusto por el juego de valores en los diferentes momentos y la destrucción de la naturaleza de todo derecho de garantía que lleva consigo la realización del valor de la cosa, mientras que aquí no se convierte la cosa en dinero, sino que lo que se produce es una adjudicación en pago de deuda. También se aduce que con ello las partes pactan una ejecución «extrajudicial» por trámites privados. El recurso, ganado en la Audiencia, está pendiente en la Dirección.

- *Las cláusulas de interés variable y moneda extranjera.*—He de confesaros que si incluyo esta materia es por mera cita, pues ante estas cláusulas me encuentro disminuido, sobre todo después de la opinión de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Las cláusulas de interés variable en las hipotecas*) que amablemente me dedica su separata y en su página 13 entiende que yo en ese punto he alcanzado mi mayor grado de incompetencia, pues dice: «Otro autor que se ha ocupado (lo que no dice es que fui el primero que se ocupó de todo ello y sobre la base de mi estudio o notas CALIXTO GARCÍA defendió parte de su recurso plasmado en la Resolución de 12 de septiembre de 1972) de estas cláusulas es JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, tan agudo y ocurrente en otros temas, pero que en este punto no acaba de ser muy convincente, pues, al hacer la distinción entre «partes» y «terceros», atribuyendo a la Resolución lo que no dice, ha podido provocar cierto confusiónismo en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que nada tiene que ver con nuestro caso». Luego cita mis obras, pero no el artículo «pionero» en que se basa parte de la Resolución.

Comprenderéis que ante esto yo no me atreva en estos momentos improvisar una posible solución, pues el tema exigiría tiempo y tiento y a mí me habiéis avisado para dar esta charla hace escasamente veinte días. De todas formas tengo entendido que la opinión de J. MANUEL GARCÍA no es aceptada plenamente en Cataluña. Una vez que salgan

todos los trabajos y ponencias del Congreso habrá que pensar en hacer algo sobre esta materia, ya que allí hay dos o tres aportaciones importantes. De todas formas os diré que la postura de J. MANUEL GARCÍA se basa en estos puntos:

1. Para el desarrollo de su tesis distingue entre el «interés inicial» que variará posteriormente, el «tipo de referencia» que se tiene en cuenta para la variación del interés, el «interés preferencial» que la entidad concede a clientes de trato preferente, la «diferencia» de puntos existentes entre el interés inicial pactado y el de referencia, el «período de interés», el «máximo de responsabilidad hipotecaria» y la figura discutida del «tercero».
2. Necesidad de que el tipo de referencia sea objetivo y no subjetivo o el «preferencial» de la entidad.
3. Necesidad de que se fije un máximo de responsabilidad hipotecaria entre partes y respecto de terceros y aunque la hipoteca del capital sea ordinaria.
4. Necesidad de pactar la forma de acreditar el interés variable para poder inscribir la referencia al procedimiento judicial sumario, necesidad de notificar al prestatario las variaciones de interés y pactar la llamada cláusula de rescisión con ocasión de cualquier subida de interés.

He visto hace poco una cláusula de interés variable que ocupaba dos folios con letra apretada y me sentí incapaz de descubrir lo que el deudor debería pagar al vencer el crédito. También rechacé hace tiempo una hipoteca en la que la devolución del capital —y creo que también de los intereses— se haría en pesetas al cambio que éstas tuvieran con relación al dólar... y sin señalar máximos de responsabilidad.

- e) *Cláusulas generales de la contratación.*—En la elaboración del anteproyecto de ley sobre «condiciones gene-

rales de la contratación», del que fueron ponentes JUSTINO F. DUQUE y FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, formé parte como Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, y en el mismo —al hilo de lo que hemos visto estos días en el «Curso sobre Derecho Comunitario Europeo»— se recogió una recomendación contenida en la Resolución del Consejo de Europa de «prever un sistema de control apropiado contra las cláusulas abusivas» que provocan el desequilibrio inicial del contrato. Merecería la pena adentrarse un poco en la Exposición de Motivos de dicho anteproyecto y en su desarrollo, pero aquí sólo tenemos tiempo de enumerar el catálogo de cláusulas concretas que son consideradas ineficaces:

1. No cabe la reserva de un plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar una oferta contractual, ni reservarse la facultad de interpretar los términos del contrato.
2. No cabe la reserva del derecho a determinar si la prestación se ajusta a lo determinado en el contrato, ni la facultad de modificar unilateralmente el contrato, ni la de resolverlo, salvo que el contrato se prolongue en el tiempo. Si entra en juego el 1.124 del Código Civil en caso de «retraso culpable en el cumplimiento de las prestaciones» está prohibido el pacto que impide la compensación de créditos.
3. En materia de vicios y defectos ocultos se mantiene la posibilidad del desistimiento o disminución proporcional del precio. No caben ciertos pactos: la sustitución de responsabilidad por la exclusiva de otra persona.
4. No cabe la exclusión o limitación de la responsabilidad por dolo o culpa, ni el traslado de responsabilidad a un tercero.
5. Se prohíbe el pacto de indemnización «no razonable» en caso de incumplimiento, resolución o denuncia, ni el pacto de una cantidad global excesiva en relación con los daños previsibles. Sólo cabe la cláusula penal sustitutiva de la indemnización.

6. No cabe la sumisión o Juez «no competente», ni a Derecho extranjero.
7. Para comunicaciones y notificaciones: forma escrita o carta certificada, sin que puedan exigirse más formalidades. No cabe notificación en lugar distinto del domicilio, ni cambio de éste a esos efectos.
8. Se tienen por no puestas las cláusulas que alteren las reglas de la carga de la prueba.

De la repercusión que todo ello puede tener en los actos inscribibles lo dejo a vuestra imaginación, pero quedan excluidos los contratos administrativos, los de trabajo, los de sociedad, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios.

c) *El consentimiento*.—El principio del consentimiento, en sus dos aspectos, formal y sustantivo, ofrece singulares proyecciones en relación con la autonomía de la voluntad y en el constante juego de la vida futura del asiento y el principio de la salvaguardia de los Tribunales. De cómo admitamos el principio y sus clases veremos sus posibles repercusiones en orden a esa voluntad anticipada cancelatoria, a esa voluntad formal de cancelación y de esa voluntad suplida a veces, aparte de la causal. Brevemente tocaremos estos puntos, muchos de los cuales están resueltos por la Dirección General de los Registros en diversas resoluciones:

1. *La voluntad causal*.—Volver a lo que todos hemos aceptado en aras de una amplitud del principio de calificación es, sin duda, una torpeza. La causa, aunque se presuma su existencia y validez, es preciso someterla a calificación y de ahí que todo consentimiento, como manifestación de voluntad, debe estar asistido de una causa. Díez PÍCAZO, ROCA SASTRE, ZUMALACÁRREGUI, etc., aciertan al exponer estos puntos.
2. *La voluntad formal*.—Toda la temática del principio del consentimiento está o reside en el llamado consentimiento formal, su posibilidad en el Derecho español, las condiciones que ha de reunir, la posibilidad de un consentimiento anticipado, etc.

El tema se centra en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que dice: «en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se haya hecho la inscripción o sus causahabientes o representantes legítimos...». Es norma parecida a la que contiene el BGB alemán (artículo o parágrafo 875), pero que es dudoso pueda suponer un consentimiento formal, aséptico, sin causa. Otros artículos exigen el consentimiento: 103, 174, 175, 178, 179 y 193 del Reglamento Hipotecario, y es preciso, siguiendo a ZUMALACÁRREGUI, rechazar que en esos casos exista un «acto de disposición» (ya que el consentimiento se limita a cumplir una obligación, que es la de facilitar el ajuste entre Registro y realidad), tampoco hay «acto unilateral» (ya que existe otro interesado que es el del supuesto del artículo 82, 3, que se refiere al que la cancelación «perjudique») y debe contener «una causa» (ya que los artículos 79, 80, 99 y 103 de la Ley Hipotecaria así lo exigen: contener la causa de la extinción total o parcial del asiento de que se trate).

3. *Consentimiento anticipado.*—Hay dos Resoluciones de la Dirección General que abordan la problemática del consentimiento anticipado para la cancelación. Una es la de 22 de agosto de 1978, referida a la cancelación de hipoteca, y la segunda es la de 28 de noviembre de 1978, que admite la cancelación de condición resolutoria con consentimiento anticipado y una vez transcurrido el término legal o voluntario establecido.

La primera de ellas plantea (según leo en mis comentarios a la misma en el *ADC*) la interpretación de la frase empleada por el representante de la entidad acreedora, que dice: «Da carta de pago, es decir, declara estar reintegrado del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca», es suficiente como expresión del consentimiento del acreedor exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Según la Dirección, basta que esté clara la constancia en la correspondiente escritura de «la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria», sin que sea precisa una forma sacramental que recoja la expresión del consentimiento. Yo entendí que el «consentimiento» es requisito sustancial, no como fórmula a emplear. Y, por supuesto, acepté, que prestado el consentimiento para la

cancelación y hecha la misma entra en juego el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Lo que me resistía a aceptar es que la Dirección General diga que se puede inducir un consentimiento de una manifestación de voluntad de cancelar, lo cual podría permitir una inducción más atrevida: de un consentimiento formal podría inducirse una causa cancelatoria.

TIRSO CARRETERO, que también comentó esta Resolución, entendía que: 1) La simple cláusula de carta de pago, sin referencia a la hipoteca ni a su extinción, debe estimarse insuficiente. 2) El consentimiento formal tampoco es suficiente. 3) La que contenga cláusula de consentimiento material, con expresión de un principio de causalización, aunque sea escaso, debe reputarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito. Yo discrepé de todo ello, ya que solamente en los supuestos de indeterminación del titular (títulos endosables o al portador, hipoteca cambiaria) se admite la justificación del pago para la cancelación, pero en los demás se requiere el consentimiento. Por eso estimaba inscribible la escritura con simple consentimiento formal, sin perjuicio de que si se demostrase la inexistencia de la causa debería rectificarse a efectos de rectificar la presunción del artículo 97 de la Ley Hipotecaria.

La Resolución de 28 de noviembre de 1978 admite la validez del consentimiento formal cancelatorio anticipado para cancelar la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil por caducidad o vencimiento del plazo de vigencia. La Resolución era complicada, tenía diversos revocos y antecedentes en a de 11 de diciembre de 1974 y se basa en que al admitir el Registrador a inscripción determinadas cláusulas, debe inevitablemente admitir la del consentimiento cancelatorio anticipado. No creo que el hecho de que en un acta notarial se justifique estar en poder del comprador todas las letras que implican parte del precio pueda ser una causa de extinción de la condición, ya que ello no pasa de ser un hecho justificativo del pago, exigiéndose por el artículo 82 el consentimiento para entender extinguida la condición. Aparte de que conforme a los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento se establece un procedimiento y forma para hacer constar el cum-

plimiento de la condición. ¿Se consiente en la cancelación de la inscripción o en el derecho a resolución?

Otro gran tema que suscita esa Resolución es si cabe o no poner un plazo de caducidad a la facultad resolutoria: transcurrido ese plazo la misma queda extinguida. TIRSO CARRETERO, con gran agudeza, decía que eso significaba introducir la problemática del negocio abstracto en uno de los elementos accidentales y al desconectar aquélla de su causa (garantizar el pago del crédito), cortando la resolución y el impago, ocasiona una cláusula contradictoria y una condición ambigua. Considera dicho autor que dicho plazo de caducidad no afecta a las relaciones «inter partes» y solamente se refiere a posibles terceros.

Por supuesto que dicha Resolución ha planteado más problemas cual es el de si cabe aplicar la doctrina del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, y FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ («El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario», *RCDI*, 1981) abordó el tema y entendió que el artículo 355 se refiere a «derechos que hayan caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria», no aludiendo a los que caduquen por voluntad de los particulares, aparte del juego de los artículos 3, 6, 79, 99, 254 de la Ley Hipotecaria y 97, 1.º, y Resolución de 1974.

III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL ASPECTO FORMAL DE LA PUBLICIDAD

Hay que partir del principio de que el Registro es público y que existen diversas maneras de poder consultar su contenido, aparte de considerar que la certificación registral es el único medio para acreditar la libertad o gravamen de las fincas. La temática es descubrir cómo juega la voluntad de los particulares en orden a esa averiguación de contenido registral. Los requisitos, condicionamientos o, si queréis, principios que rigen esta materia pueden concretarse de la siguiente forma:

- a) Hay que distinguir entre el principio de publicidad y la legitimación de las personas para su logro. Sólo el que tenga «interés conocido» a juicio del Registrador puede averiguar el contenido registral.
- b) De las tres formas de hacer público el Registro (manifestación,

nota simple y certificación) entiendo que la voluntad del particular sólo juega en la petición de la última, ya que en las anteriores el Registrador puede decidir que sea exhibición o nota simple, pero nunca puede obligar a la certificación (art. 332 del Reglamento Hipotecario).

- c) La voluntad del particular juega en la clase de certificaciones y en esa serie de modalidades que ha introducido la reforma del Reglamento de 21 de diciembre de 1983, con «información continuada», con «informe no vinculante», etc.

IV. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Los techos del Derecho han sido siempre una preocupación filosófica que dio vida a esa asignatura que todos hemos estudiado llamada de la «Filosofía del Derecho». Cuando el Derecho legislado se agota hay un conjunto de recursos o fuentes subsidiarias a las que se puede acudir para eliminar la problemática de las lagunas del Derecho: unas veces es la costumbre, los usos, lo principios jurídicos, la jurisprudencia, etc.

Techos, lo que se dice techos, tendríamos que contemplar todas aquellas teorías que tratan de justificar la justicia del Derecho, es decir, estamos en el campo de los valores, de los principios y de los ideales de justicia. ¿Es el Derecho natural el techo jurídico? Quizá, como también puede serlo en cierto sentido los pronunciamientos universales sobre los derechos del hombre.

Si ROMA dicta por tres veces normas al mundo: una por la unidad de su imperio, otra por la de la Iglesia y otra por haberse aceptado el Derecho romano como común de todos los países, según nos dice IHERING, es evidente que aquella influencia normativa que se plasmó en la época de las codificaciones tiene ahora planteado un auténtico problema de asimilación de ciertos techos jurídicos que rigen o han de regir en una comunidad en la que España parece haber entrado. Esto es como el que adquiere un piso en una comunidad de propietarios y le afectan los estatutos establecidos.

El techo de nuestro Derecho ya no es el ordenamiento jurídico español, sino que lo es la normativa que puede quedar vigente al amparo de la que existe en esa Comunidad Europea. Nuestra norma, constitucional o inconstitucional, deberá adaptarse a esa normativa que parte de dos principios alentadores: la libertad de circulación de individuo y la de la persona jurídica, pero que a la hora de hacerse realidad se ve coartada por un conjunto de normas que convierten los principios en idea-

les a conseguir: sirvan de muestra el mercado hipotecario y las sociedades anónimas, que están afectadas por esos controles de auditorías, directrices y limitaciones en las que la voluntad individual ya ni siquiera puede actuar por adhesión, aún y a pesar de prohibirse el monopolio, la exclusiva y figuras similares.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad