

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 724** *Resolución de 18 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación extendida por la registradora de la propiedad de Vilanova i la Geltrú n.º 1, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por el notario de Barcelona, don Lluís Jou i Mirabent, contra la calificación extendida por la Registradora de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1, doña María del Carmen Floran Cañadell, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por don Lluís Jou i Mirabent, notario de Barcelona, doña P. B. M., como apoderada por sustitución de la entidad acreedora de la finca transmitida, vende una finca. Con anterioridad, ante otro notario, había sido cancelada la deuda que gravaba la finca, a favor de la entidad sustituyente del poder, bajo la condición suspensiva de la transmisión a tercero que en la escritura se establece.

##### II

Presentada copia autorizada de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, fue calificada con la siguiente nota: «Hechos. 1.º—Se presenta la escritura a la que se ha hecho referencia y por la cual se vende la finca identificada en esta nota por sus datos registrales y por el precio de setenta y cinco mil quinientos euros. 2.º—La finca se halla hipotecada en garantía de un préstamo concedido por un importe de 198.000 euros por la entidad Gmac Residencial Funding Corporation Efc, S.A. que actualmente es la entidad Paratus Amc España, S.A. Según el Registro de la Propiedad la finca fue tasada por las partes a efectos de ejecución hipotecaria en el importe de 223.687,80 euros, constituye la vivienda habitual de los vendedores. 3.º—En la venta los propietarios actúan representados por un apoderado en virtud de escritura de sustitución de poder autorizada por el notario de Barcelona Francisco Miras Ortiz el 23 de julio de 2012, siendo el apoderado que otorgó dicha sustitución la entidad Paratus Amc España, S.A. (acreedor hipotecario), la cual hace uso de un poder que los propietarios vendedores le otorgaron mediante escritura autorizada por la notaria de Cunit, Carmen Vázquez de Parga Pita el día 30 de junio de 2011. El precio de la enajenación es de 75.500 euros, muy inferior al 60 por ciento del valor de tasación. 4.º—En relación al préstamo hipotecario, se manifiesta en la escritura que dicho préstamo está amortizado, pendiente únicamente la hipoteca de cancelación registral, habiéndose firmado la carta de pago por dicho préstamo, con la condición suspensiva del otorgamiento de la presente compraventa, ante el notario de Barcelona, Francisco Miras Ortiz el 23 de julio de 2012, pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad. Dicha escritura no consta presentada en el Registro de la Propiedad. 5.º—En relación a los medios de pago empleados, aún cuando el apoderado obra en nombre ajeno se utiliza como medio de pago un cheque nominativo a favor de la entidad acreedora de la hipoteca. Con todos estos antecedentes se considera defecto que impide la práctica del asiento: La simulación del poder para disimular el negocio jurídico de dación en pago de deuda. La utilización del poder no en interés del poderdante sino en interés del apoderado. La existencia de vicio invalidante del consentimiento contractual del vendedor, cuando en la formación de dicha voluntad concurre la del apoderado que decide libremente las condiciones de la venta y lo hace en interés propio y no de su representado, existiendo entre ambos conflicto de intereses.

La realización del bien para facilitar el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca por debajo de los límites que para la ejecución hipotecaria establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fundamento de Derecho En relación al defecto señalado en primer lugar: Artículos 6.3 y 6.4, 1175, 1259, 1261, 1275, 1281, 1285, 1300 y siguientes, 1709, 1712, 1713, 1714 del Código Civil, artículos 569-2.3 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, art. 24 de la CE artículo 18, 129, 131 de la Ley Hipotecaria, art. 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, artículos 670.4 y 671 de la LEC. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011. De conformidad con el art. 18 de la LH «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 escritura públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Y según el art. 98.1 y 2 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre «En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación». La figura jurídica de la representación voluntaria se define como aquella por la que se confía al representante la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta del representado, y por voluntad de este último. A su vez en la formación del consentimiento contractual por la concurrencia de la voluntad de representante y representado, se considera por la doctrina que dicho consentimiento supone la cooperación de ambas voluntades. De los antecedentes que constan en la propia escritura resulta que el apoderado utiliza el poder en interés propio y no ajeno, y realiza la venta por un valor inferior al que se vería obligado un tercero o él mismo a adquirirla como consecuencia de la ejecución hipotecaria. En relación a la actuación en interés del "dominus negotii" señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 22 de mayo de 2.012 lo siguiente "El ordenamiento jurídico trata de garantizar que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o 'dominus negotii' sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico como son: a) los que establecen una prohibición de compra para el mandatario o gestor, que opera incluso en supuestos en que éste último ni decide la venta del bien que gestiona ni determina su precio (cfr. artículos 221 y 1459, números 1 a 4, del Código Civil); b) los que sustraen expresamente al ámbito de poder del representante aquellos actos en que medie conflicto de intereses (cfr. artículos 162,2 y 221 del Código Civil); y, c) los que configuran una prohibición de concurrencia del gestor en los negocios del principal (cfr. artículos 288 Código de Comercio y 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy derogada). Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004), el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. respecto de esta última precisión, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956; 22 de febrero de 1958, y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el apoderado, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de su principal y los suyos propios, objetivo legal éste del que existen diversas manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). En consecuencia de lo expuesto en la

escritura resulta que el poder carece de verdadera causa (la gestión en interés del principal) siendo un negocio simulado y el disimulado la adjudicación en pago de deudas. Dicha simulación resulta a su vez contraria al derecho esencial de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE y el uso del poder, en las condiciones del precio estipulado, contrario a los límites que en ejecución de la hipoteca determinan los artículos 670.4 párrafo segundo y 671 de la LEC. Si bien es cierto que otros procedimientos de ejecución (distintos de la ejecución hipotecaria) podría el acreedor provocar la venta por valor inferior al 60% de la tasación no es menos cierto que tales procedimientos no tienen la celeridad ni la limitación de la defensa del deudor que presenta el de ejecución hipotecaria. El defecto se considera subsanable, debiendo ser ratificado el negocio jurídico de los poderdantes. Esta Resolución se notificará al notario autorizante telemáticamente y al presentante. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria. Contra el presente (...). Vilanova i la Geltrú, a 30 de agosto de 2012. El registrador. (Firma ilegible y sello del Registro)».

## III

Solicitada calificación sustitutoria, conforme al cuadro vigente al efecto, fue presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet número 1. Dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «Solicitada la calificación de la escritura autorizada a 25 de julio de 2012, por el notario de Barcelona, don Lluís Jou i Mirabent, con el número 1.732 de su protocolo, sustitutoria de la emitida por la registradora de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú número 1, a 30 de agosto de 2012, cuya primera copia de la escritura ha sido presentada en esta Oficina el 14 de septiembre último, según el asiento 248 del Libro Diario 66, se acuerda suspender la inscripción solicitada, por los siguientes motivos: Hechos: 1.–Es objeto de la escritura de compraventa de la finca registral 7.253 del Ayuntamiento de Cubelles, por los consortes don R. S. V. y doña V. L. M. a favor de don P. G. G. y doña A. R. F. 2.–La parte vendedora de la finca, los señores, S. y L., habían constituido sobre la finca una hipoteca a favor de Paratus AMC España, S.A., mediante la inscripción 13ª de la finca, en virtud de escritura autorizada el 8 de agosto de 2007, por el notario de Barcelona, don Juan José Suárez Losada, cuya responsabilidad total ascendía a 287.100 euros. 3.–En escritura de 30 de junio de 2011, otorgan un poder especial, con facultad de sustitución, a favor de dicha entidad acreedora que le autoriza para vender la finca. 4.–A su vez, haciendo uso de esa facultad de sustitución, Paratus AMC España, S.A., en escritura de 23 de julio de 2012, ante el notario de Barcelona, don Francisco Miras Ortiz, número 2246 de su protocolo, apodera a doña P. B., que es quien formaliza finalmente la venta a favor de los señores G. y R.. 5.–La venta se ha realizado por un importe de 75.000 euros, de los cuales, 69.806,42 euros son recibidos directamente por Paratus AMC España, S.A., mediante cheque bancario nominativo a su favor. 6.–El notario autorizante manifiesta en la escritura que el préstamo, garantizado con la indicada hipoteca, está totalmente amortizado, sin embargo la carta de pago de dicho préstamo, formalizada en escritura autorizada el 23 de julio de 2012, por dicho notario de Barcelona, señor Miras, con el número 2247 de su protocolo, inmediato siguiente a la escritura de sustitución de poder, queda sujeta a la condición suspensiva del otorgamiento de la citada compraventa. De los antecedentes expuestos, resulta que la parte deudora concedió a la entidad acreedora facultad para la realización del bien hipotecado, instrumentándose a través de la figura del poder. Si bien la venta es realizada por una persona distinta, doña P. B., esta ha sido previamente designada por Paratus AMC España, S.A., con lo que actúa como mero intermediario, para conseguir la finalidad última de disposición del bien hipotecado, cuyo precio de venta interesa y ha sido recibido por la entidad citada. Dicha valoración resulta reforzada por el hecho de la mutua dependencia que se ha dado a la cancelación de la hipoteca y la realización de la venta (y consecuente obtención del precio de 69.806,42 euros a favor de Paratus AMC España, S.A.). Es por todo ello que se aprecia la existencia de un pacto comisorio, prohibido por el ordenamiento jurídico, que se ha pretendido ocultar mediante la celebración de diferentes contratos, orientados todos ellos a la finalidad última de que el acreedor pueda realizar el bien hipotecado. Fundamentos de Derecho. El art. 1859 CC dice que el acreedor no puede

apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas. Se trata éste de un precepto imperativo que no sólo proscribía la posibilidad de que el acreedor haga suyo el bien dado en garantía sino también excluye cualquier forma de disposición del bien por el acreedor. Entiende nuestro ordenamiento que el pacto previo entre acreedor y deudor para conseguir dicha finalidad es nulo de pleno derecho. Y consecuencia de ello, no podría ser objeto de inscripción (Art. 18 LH). El acreedor para satisfacer su crédito ha de instar la venta del bien por el procedimiento establecido al efecto. El motivo del legislador es garantizar al deudor que en la enajenación del bien, se obtendrá el mayor precio posible. En el caso que nos ocupa, el bien es vendido por un importe de 75.000 euros, cuando en un procedimiento de ejecución hipotecaria, tratándose como es de la vivienda habitual de los vendedores-deudores, podrá haber obtenido el 60% del valor de tasación (223.687,80), que habría resultado considerablemente superior. Por ello, se aprecia un claro perjuicio para la parte más débil del contrato. Además, dicho poder que permite articular toda la operación que analizamos se otorgó a favor del acreedor en 2011, casi cuatro años después de la fecha de constitución del préstamo, con lo que una posible variación sustancial de las circunstancias económicas del deudor hubiera podido llevarle a la realización de dichos contratos. Si bien nuestro sistema concede una amplia autonomía de la voluntad de las partes (1255 CC), criterios de moralidad y de orden público (6.3 CC) llevan a ponderar dichas normas con las que evitan el fraude a la Ley (56.4 CC), protegen a la parte más vulnerable (principio general del favor debitoris) y articula vías de escape para poder paliar los efectos de la libre contratación. En este caso, el poder otorgado al acreedor se ha otorgado con anterioridad al total pago del crédito, con lo que entra de lleno en el ámbito de la prohibición del pacto comisorio. Cosa distinta sería que se hubiera dado una vez éste hubiera vendido, pues entonces se podrá interpretar como una modalidad solutoria admitida en nuestro ordenamiento, como una suerte de pacto pro solvendo, como una dación para pago. No obstante, en aras a esa libertad que se otorga a todo contratante, se da cabida a un asentimiento por parte de los vendedores aquí representados para hacer suyos los efectos de la disposición de la finca por su representante, por medio de la confirmación del contrato, como una manera de subsanación del defecto en la falta de consentimiento pleno que se da en esta compraventa. El defecto de considera subsanable, por parte de los señores S. y L., mediante su consentimiento. Esta resolución se notificará al notario autorizante y al presentante. Contra el presente acuerdo (...). Santa Coloma de Gramanet, a 26 de septiembre de 2.012. La registradora. (Firma ilegible y sello del Registro)».

## IV

El notario autorizante emite el informe que seguidamente se dice y recurre la nota de calificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado: «...Primero.–La valoración de la suficiencia de los poderes y la seguridad en el tráfico jurídico: responsabilidad y eficacia. 1.1.–La primera cuestión a tratar en el presente recurso es general y de principio. Es la del papel que juega la valoración notarial de la suficiencia de los poderes en el sistema dual de seguridad jurídica preventiva vigente que descansa sobre los dos pilares, iguales pero cada uno con su función adecuada al momento en que se produce, que son la escritura (la notaría) y la inscripción (el Registro). 1.2.–El artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, atribuyó a los notarios la responsabilidad de efectuar una valoración de la suficiencia de las facultades representativas de quienes actúan en nombre ajeno y estableció que esta valoración de los poderes hace fe suficiente bajo su responsabilidad. En otras palabras, el notario responde profesional y patrimonialmente de los daños que puede producir su error en la calificación del poder. Establecida por la Ley la responsabilidad del notario por el error en una actuación que sólo a él compete, la consecuencia lógica es que el registrador debe limitar su calificación a la reseña identificativa del documento, a la existencia del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este en el contenido del título presentado y no pueda proceder a una nueva calificación de dicho poder. 1.3.–El sistema es coherente con la necesidad que la dualidad "escritura pública/inscripción" otorgue seguridad jurídica y que la doble calificación no comporte mayores riesgos al tráfico que los que pretende evitar. En efecto,

cuando alguien decide actuar en un negocio por medio de un poder, está generando el riesgo de que el apoderado, maliciosamente o no, haga un mal uso de él y es el poderdante quien debe correr con este riesgo y no la otra parte que en modo alguno lo ha generado. El notario, calificando el poder y emitiendo su valoración de suficiencia, garantiza al poderdante que el poder se usa correctamente, pero sobretodo garantiza a la otra parte, a la que actúa personalmente por sí, que quien usa del poder puede prestar consentimiento al negocio. Por lógica quien contrata porque confía en el sistema debe ser mantenido en el contrato. El caso presente es paradigmático: Los compradores han pagado el precio a presencia del notario autorizante exclusivamente porque han confiado en la valoración notarial de suficiencia. Si el notario hubiere hecho un juicio negativo, no lo hubieran satisfecho y el cumplimiento del negocio hubiere quedado pendiente. Por ello su adquisición debe ser mantenida y si el notario cometió un error debe responder de él ante el sujeto que otorgó el poder, en nuestro caso los vendedores, no ante la otra parte. En el momento presente, pasados más de dos meses desde el pago y pagados los impuestos correspondientes, los compradores no pueden disponer del dinero pagado ni pueden disponer de la finca comprada mientras que los vendedores, que han percibido el precio, están amparados por el Registro y tendrían su amparo si procedieran a una nueva venta. En esta situación los compradores deberán dirigirse contra el notario sin ser ellos los causantes del riesgo que genera el poder mientras que los vendedores quedan bien tranquilos con finca y con precio. Tienen el camino expedito para exigir contraprestaciones para otorgar la "ratificación" o el "consentimiento" que las registradores exigen. La lógica del sistema debe ser la contraria: si el notario cometió un error al calificar el poder es el poderdante quien debe reclamar y es ante él que el notario debe responder mientras que la otra parte debe ser mantenida en lo pactado.

1.4.—La calificación que ahora se recurre y la sustitutoria que la mantiene prescinden de esta reflexión y conculcan lo que establece el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y lo que ha resuelto la Dirección General de los Registros y del Notariado en miles de Resoluciones que han comportado un coste económico considerable a las arcas del Estado, un sinnúmero de tiempo invertido por notarios, registradores, letrados de la Dirección General y jueces, funcionarios todos de altísima calificación, que podrían haberse destinado a despachar mejor y más rápidamente los asuntos a su cargo. Miles de Resoluciones que han comportado montañas de papel impreso en el Boletín Oficial del Estado y una erosión incuestionable al buen funcionamiento del sistema dual de seguridad jurídica preventiva del que el país pudo vanagloriarse durante tanto tiempo. Por ello, por ser tan claro el mandado de la Ley, por ser tan reiterada la doctrina de la Dirección General, por ser tan incomprensible la querrela entre funcionarios de tan alto nivel, entiendo que la nota de calificación debe ser revocada y la escritura debe ser inscrita de inmediato.

Segundo.—La reseña identificativa del poder y la valoración de suficiencia. La autocontratación.

2.1.—La escritura cuya calificación se recurre contiene, como se ha indicado en los «hechos» la reseña del poder y de la sustitución del poder (notario autorizante, fecha de otorgamiento, número de protocolo, facultad para vender la finca concreta a que se refiere), así como el juicio de suficiencia que emití a conciencia y bajo mi responsabilidad en el momento de autorizarla y que ahora reitero. En consecuencia, entiendo que la registradora, de conformidad con el ya citado artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no puede pedir mayores concreciones y debe inscribir, como he concluido en el fundamento anterior.

2.2.—Reconozco que no hice constar de manera expresa en la escritura calificada que el poder facultaba al apoderado para actuar aun en caso de contraposición de intereses o de autocontratación. Los poderdantes eran tan explícitos en ello que entendí que no era imprescindible. En cuanto sea necesario hago constar, bajo mi fe expresa, que el poder de 30 de junio de 2011 autorizado por la notaria de Cunit Carmen Vázquez de Parga y Pita contiene dichas facultades de actuación aún en el caso de contraposición de intereses. Conservé en mi archivo una copia, obtenida por mí, de dicha escritura de poder, que tuve a la vista en el momento de autorizar la compraventa. Si la calificación de la registradora de Vilanova i la Geltrú en el sentido que el apoderado utiliza el poder en interés propio y no ajeno se refiere a la existencia de autocontratación y al hecho que yo,



en la intervención de la escritura de compraventa, no hice constar de manera expresa esta circunstancia, por medio del presente escrito subsano la omisión y doy fe expresa que el poder contenía la facultad de autocontratación y preveía su uso aun en caso de contraposición de intereses. Tercero.—Incongruencia en la calificación. Dicho lo anterior, el notario recurrente entiende que la calificación que impugna no se refiere a la escritura de compraventa presentada, sino a la escritura de poder, es decir a un documento que no se presentó al Registro, por lo que la calificación recurrida debería decaer por sí sola por incongruencia. Los hechos y fundamentos de la calificación entran a analizar las circunstancias que derivan del poder. En el poder donde aparentemente encuentran la dación en pago disimulada en el poder aparentemente simulado o incluso el pacto comisorio complemento, si existiese, del préstamo inicial. En efecto, el Registro se rige por el principio de rogación de parte y está claro que no se ha presentado el poder, sino la compraventa. No puede calificarse un documento (compraventa) con argumentos que afectan a otro (poder) que la registradora ni tan solo ha tenido a la vista. Así pues, la calificación debe decaer por incongruencia, ya que resuelve sobre un documento que no se ha presentado a calificar mientras que no se indica causa alguna que impida la inscripción del que efectivamente se ha presentado para ello. Cuarto. Incompetencia funcional en la calificación. 4.1.—Mas allá de la extralimitación en la calificación del poder a que ha hecho referencia en el fundamento 2, la calificación que se impugna y la sustitutoria incurrir en vicio de incompetencia funcional. En efecto, pidiendo una ratificación de los compradores no se limitan a encontrar supuestos defectos en el documento. Proceden a ordenar actuaciones como si de resoluciones judiciales se tratase. Sin audiencia de partes, sin prueba alguna mas allá de los indicios que pueda ofrecer la escritura y el contenido del Registro, la registradora declara nulo un contrato porque entiende que es simulado y hace revivir otro, que es el disimulado. Igualmente la calificación sustitutoria declara probada la existencia de un pacto comisorio y, sin más, proclama la nulidad del poder y de la venta. ¿Desde cuando corresponde al Registro de la Propiedad declarar la nulidad de los contratos? ¿A que agentes de la autoridad las ordena? ¿Quizás al notario? ¿Cómo conseguirá la parte compradora que la vendedora ratifique el contrato que la registradora considera nulo si se opone a ello? ¿A quién deberá dirigirse para ello? ¿Qué ocurrirá si la parte vendedora no ratifica y retiene el precio percibido?. El principio de tutela judicial efectiva exige que sea un juez, previa audiencia de ambas partes, habiendo ordenado las pruebas correspondientes y previa motivación quien declare, en virtud de las competencias que las leyes atribuyen al poder judicial y no a otras instituciones del Estado, que un contrato es nulo y debe revivir otro. Igualmente el principio de tutela judicial efectiva exige que quien ordena una actuación tenga un poder coercitivo sobre la persona a la que se exige. El registrador no tiene ni la competencia ni el poder. También por esta causa de incompetencia funcional debe decaer la calificación que impugno y debe inscribirse de inmediato al escritura de compraventa. 4.2 Comprende que la registradora pueda tener dudas de tipo moral sobre el negocio de compraventa que se documenta en la escritura calificada: Podemos presuponer (sólo presuponer porque no hay constatación alguna de todo ello) que unas personas piden un préstamo a una entidad financiera que no es una entidad bancaria conocida del gran público y constituyen hipoteca sobre una vivienda pequeña y antigua de su propiedad. Transcurridos cinco años, ante la imposibilidad de hacer frente al préstamo obtenido, encargan al prestamista la venta de dicha finca para que proceda a cancelar la deuda. Pasado un año más, el prestamista consigue que un matrimonio adquiera la finca a sus deudores y éstos, con parte del precio obtenido, cancelan totalmente la deuda que les acuciaba. Al parecer aquellos deudores han perdido dinero porque malvenden (acuciados por la necesidad pero voluntariamente) una vivienda. Es una situación común en nuestros días en que las deudas agobian incluso a las grandes entidades financieras y a las administraciones públicas más potentes. Todo ello puede inducirnos a sentir piedad o simpatía por el deudor acuciado por las deudas. Pero no podemos tomar parte por él, menos aun cuando ha aparecido un tercero, el matrimonio comprador que permite que nos paguen y otros cobren. Ni la Notaría ni el Registro están para garantizar la moralidad de los tratos, ni

actuar en beneficios de la parte que resulta mas simpática. Por ello, también, la supuesta declaración de nulidad del poder debe decaer. 4.3. En el mismo sentido, comprendo que ver en el poder un pacto comisorio, una simulación de dación en pago y por que no, una *fiducia cum creditore* es estimulante para un dictamen jurídico o una clase práctica en la Universidad pero va mas allá de las funciones que la Ley atribuye a notarios y registradores en el ejercicio de sus funciones. Si hay un vicio en el consentimiento, repito, para ello están los Tribunales. Por ello entiendo también que la registradora es incompetente: la calificación del Registro de la Propiedad no puede ni debe entrar en los motivos que lleva a las partes a contratar, en la existencia o no de negocios fiduciarios o simulados, en la angustia de quienes contratan. Debe limitarse a calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción (la compraventa), la capacidad de los otorgantes (acreditada en este acto), y la validez de los actos dispositivo contenidos en la escrituras (una compraventa con objeto y precio) según resulte de ellas y de los asientos del Registro (siendo claro que enajenan la finca sus titulares). Quinto.—La competencia para resolver el presente recurso. Este recurso se fundamenta exclusivamente en materias propias de la competencia de los Registros sin que sea procedente alegar normas civiles sustantivas. En consecuencia se plantea ante la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia por no ser competente para resolverlo el órgano correspondiente de la Generalitat de Catalunya».

V

La Registradora emitió informe en defensa de su nota en la que insiste en los fundamentos jurídicos expresados en su nota de calificación, y eleva a esta Dirección General el expediente que tiene entrada el 15 de octubre de 2012.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 1, 17 bis, 23, 24 y 47 de la Ley del Notariado; 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; 6.3 y 6.4, 162, 221, 1175, 1255, 1259, 1261, 1275, 1300 y siguientes, 1459, 1709, 1712, 1713, 1714, 1721 y 1722, 1859 del Código Civil; 18.2, 244, 261 y 288 del Código de Comercio; 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 12, 18, 19 bis, 33, 34, 38 129, 131, 313, 322, 325 y 327 de la Ley Hipotecaria, 143, 145, 164, 165 y 166 del Reglamento Notarial; Resolución de consulta vinculante de 12 de abril de 2002 dictada al amparo del artículo 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y Resolución de 2 de diciembre de 1998; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1995; 10 y 28 de mayo y 11 de junio de 1999, 3 de marzo y 17 de noviembre de 2000, 12, 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002, 9 de abril y 29 de septiembre de 2003, 11 de junio, 14, 15, 17, 20, 21 y 22 de septiembre, 15, 18, 19, 20, 21 y 22 de octubre, 10 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 10 de enero, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15 y 16 de marzo, 1 y 28 de abril, 4 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), 5 (1.<sup>a</sup>), 18 (2.<sup>a</sup>), 20 (3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>), 21 (2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>), 23 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) y 28 de mayo, 17 de junio, 12 (2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), 13, 22 (2.<sup>a</sup>), 23 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), 24 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), 26 (2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>) y 27 (3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>), 28 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) de septiembre y 4 y 15 (2.<sup>a</sup>) de octubre de 2005, 20 de enero, 19 de abril, 30 y 31 de mayo, 6 y 18 de julio, 12, 13, 20 y 27 de septiembre, 3, 4 y 25 de octubre, 17 de noviembre y 16, 20 y 21 de diciembre de 2006, 14, 20 y 28 de febrero, 30 de marzo, 2 de abril, 12, 30 y 31 de mayo, 1 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) y 2 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) de junio, 29 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), 30 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) y 31 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) de octubre 2, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15 y 16 de noviembre y 28 de diciembre de 2007, 25 de enero, 12 de febrero, 22 de octubre y 1 de diciembre de 2008, 12 y 16 de marzo de 2009, 2 de junio y 2 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011 y 13 y 27 de febrero y 1 de marzo, 12 de abril, 22 de mayo y 11 y 20 de junio de 2012; y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) del Pleno, de 1 de enero de 2011 y Sentencia del propio Tribunal de 23 de septiembre de 2011.

1. Se plantea en este expediente, junto a otros extremos que señala la nota calificadora, una cuestión de conflicto de intereses por razón de autocontratación efectuada por una entidad acreedora en virtud de poder concedido por los dueños de una finca, dándose la circunstancia de que en la escritura de compraventa otorgada por la persona designada por dicha entidad acreedora a favor de unos acreedores, se estipula un precio muy inferior al que constaba como valor de subasta en la escritura de constitución de hipoteca y al total de las responsabilidades hipotecarias de la finca vendida, expresándose además en la escritura de compraventa que la entidad acreedora dio carta de pago de dicho préstamo hipotecario con la condición suspensiva de la transmisión de la finca.

2. El notario autorizante de la escritura no hizo referencia a la facultad de autocontratación con conflicto de intereses, lo que reconoce en el escrito de recurso. A su vez, la registradora cita la Resolución de este Centro directivo de 22 de mayo de 2012 señalando que «según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004) el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato».

3. Como cuestión previa debe resolverse acerca de si el registrador debe calificar la validez o nulidad del negocio, pues el notario recurrente entiende en su escrito de recurso que dicha cuestión es ajena al ámbito de la calificación registral.

Sobre ello, es claro según el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria que en nuestro sistema registral es requisito previo para la práctica de la inscripción que el registrador califique no sólo los aspectos formales del título sino también los aspectos de fondo y concretamente la validez o nulidad del título, pues así lo establece el artículo 18.1.º («el registrador calificará bajo su responsabilidad... la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de éstas y de los asientos del Registro»). Y se confirma por el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, al incluir en la calificación registral tanto los defectos subsanables como los insubsanables, distinción ésta que, referida a la validez o nulidad de los actos y contratos, comprende tanto la anulabilidad como la nulidad absoluta, siempre que resulte de los documentos presentados o de los asientos del Registro.

4. Hay que partir de que el registrador al calificar, sólo puede apreciar la validez o nulidad del negocio, a los efectos de inscribir, suspender o denegar la inscripción y ello sin perjuicio de la declaración de validez o nulidad que corresponde a los Tribunales, pues así lo establece el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, diciendo: «La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento».

A estos efectos hay que observar que, al ser el sistema registral un sistema de presunciones de exactitud y fe pública registral, dados los efectos que los asientos producen, debe existir el control previo como requisito para la inscripción que consiste en la calificación registral comprendiendo no sólo aspectos de forma sino también de fondo, tal como resulta de la legislación vigente, según los preceptos anteriormente expresados. Y ello sin perjuicio de los recursos gubernativo y judicial contra la calificación registral, y del juicio declarativo sobre la validez o nulidad del título (cfr. artículos 66 y 328 de la Ley Hipotecaria).

5. Y se confirma esta especialidad de la función registral por la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2011 diciendo que prevalece en el ámbito registral no la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de potestades exorbitantes por parte de las Administraciones Públicas en su actividad encaminada al interés general, sino que predomina la protección de los terceros de carácter privado, de acuerdo con los principios que rigen la función del Registro de la Propiedad, y de ahí que la propia sentencia declare las



particularidades de notoria importancia de la función de calificación registral respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas que justifican secularmente su tratamiento específico, desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional.

6. Teniendo en cuenta este ámbito de la calificación registral sobre el control de la validez o nulidad del acto, la misma se extiende a la calificación de los supuestos de autocontratación con conflicto de intereses tal como señala la nota calificadora, conforme al criterio reiteradamente señalado por este Centro Directivo en numerosas Resoluciones, como son las de 15 de mayo y 18 de diciembre de 2002, 6 de julio de 2006 (cfr. su fundamento 8º), 18 de julio de 2006 (cfr. su fundamento 3.º) y las de 3 de diciembre de 2004, 2 de junio de 2010, 14 de mayo de 2010 y 10 de enero, 13 de febrero, 22 de mayo, 31 de mayo y 4 de septiembre de 2012.

7. En cuanto a la subsanación del defecto por razón de la autocontratación con conflicto de intereses, en todos los casos, pero mucho más en el presente, dada su complejidad y peculiaridad, el notario autorizante debería haberlo hecho constar en la propia escritura o, al menos subsanarlo expresando la omisión padecida por medio de diligencia del artículo 153 del Reglamento Notarial, si el notario autorizante entiende que se cumplen las previsiones de dicho precepto, pues, a efectos registrales, y para despejar cualquier duda sobre la eficacia del título en que debe constar la subsanación, la dación de fe que realiza el notario debe expresarse en el instrumento previsto en la legislación notarial, cuya estricta observancia constituye una obligación para el notario. Procedería por tanto confirmar, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho, la nota de calificación de la registradora; sin embargo, habida cuenta que el notario aclara en su escrito de recurso que «por medio del presente escrito subsano la omisión y doy fe expresa de que el poder contenía la facultad de autocontratación y preveía su uso aún en caso de contraposición de intereses», y en aplicación estricta del principio de economía procesal, debe tenerse por subsanado el defecto.

8. Por lo que se refiere a otros posibles vicios invalidantes como son los relativos a un supuesto negocio disimulado de adjudicación en pago al acreedor o infracción del artículo 1859 del Código Civil sobre el pacto comisorio, que también se plantea en este recurso, es cierto, como ha reconocido este Centro Directivo en numerosas Resoluciones que la calificación registral se extiende también a la nulidad del pacto comisorio, por las razones del ámbito de la calificación anteriormente expresadas (Resoluciones de 10 de junio de 1986, 24 de marzo, 30 de junio y 17 y 29 de septiembre de 1987, 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 11 de junio de 2002 y 26 de noviembre de 2008) pero en el presente caso, dicho extremo no se razona suficientemente en la nota calificadora que es objeto del presente recurso, al no motivarse adecuadamente que se trate de un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, ni resulta tampoco de los documentos presentados.

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación en los términos expresados.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de diciembre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.