

El recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General: Análisis y crítica

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. JURISDICCIÓN CIVIL O JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—III. LA NECESIDAD DE UN ACTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN REGISTRAL.—IV. LA VINCULACIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A INSCRIBIR Y EL DERECHO CUYA INSCRIPCIÓN SE PIDE.—V. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA REGLA GENERAL DE PRECLUSIÓN.—VI. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA COSA JUZGADA MATERIAL.—VII. EFICACIA OBJETIVA DE LA SENTENCIA Y TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR.—VIII. UNA ÚLTIMA RESTRICCIÓN: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL COMO VARIANTE DEL PROCESO DOCUMENTAL.—IX. JUICIO ORDINARIO Y JUICIO VERBAL: COORDINACIÓN DE ACCIONES.—X. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TERCEROS EN EL RECURSO JUDICIAL.—XI. ALGUNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN: EL PAPEL DEL ABOGADO DEL ESTADO.—XII. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN

1. *La tutela judicial constitucionalmente exigible y el juicio verbal.* Las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y el Notariado, en recursos interpuestos contra las calificaciones de los registradores, estaban exentas de control jurisdiccional. La Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de reforma de la Ley Hipotecaria, ha tratado de remediar esta evidente inconstitucionalidad.

Para conseguir sus propósitos, el legislador no ha atribuido, como cabría esperar, la nueva competencia de control a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino que ha articulado un recurso especial ante la Jurisdicción Civil a ventilar por los cauces del juicio verbal.

Se trata ahora de comprobar si la reforma ha cumplido con los objetivos que se había trazado, lo que no es posible hacer sin antes analizar si el juicio verbal, tal como está regulado, permite cumplir con los requisitos mínimos que cualquier tipo de control debe adoptar a tenor de los principios constitucionales de legalidad y tutela efectiva que imponen el control judicial de las resoluciones de todas las Administraciones públicas y garantizan la tutela judicial de todo tipo de derechos e intereses.

Es decir, la valoración final que acaso merezca la reforma dependerá de si puede ejercerse en el verbal, en debida forma, un control judicial constitucionalmente correcto, esto es, un control a un nivel parecido al que viene ejerciéndose, con general satisfacción, en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2. *Los requisitos mínimos de un control judicial constitucionalmente correcto.* La valoración de todos estos extremos no es sencilla, ya que cuando menos exige comprobar que en el juicio verbal se protegen, y por tanto conceden al justiciable, dos derechos imprescindibles y por ello constitucionalmente esenciales:

- i) En primer lugar, el derecho a que el actor, como en el contencioso-administrativo, pueda exigir, para el derecho que pide, una tutela sin restricciones, es decir, que sea el actor quien con su petición determine el objeto del proceso: habrá que reconocer al demandante, por tanto, la posibilidad de elegir el tipo o clase de tutela que quiere y por tanto la pretensión que ejerce (art. 5 de la LEC); a saber, simplemente declarativa de la ilegalidad de los motivos invocados por la Administración para denegar la inscripción que solicita, constitutiva de anulación de la resolución dictada, o de condena a inscribir el título cuya inscripción fue denegada.
- ii) En segundo lugar, el derecho del demandante a que, como pasa en el contencioso-administrativo, la sentencia dictada tenga eficacia de cosa juzgada formal y material. Esto es, si el contradictorio fuese integrado correctamente, la pretensión ejercitada de condena, y la sentencia estimatoria, el pronunciamiento deberá ser firme e irrevocable y, por tanto, la Administración resultará obligada definitivamente a practicar el asiento [62].

Sólo, si concurren esos dos derechos, podrá hablarse de una auténtica vinculación a la Ley y al Derecho de las Administraciones en general, y por tanto de la registral en particular y de la efectiva tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos: un doble mandato por lo demás, de cuyo cumplimiento, como es sabido, no dispensa en ningún caso nuestra Constitución.

3. *Complicaciones específicamente registrales.* En nuestro caso, la situación incluso se complica un poco más porque la Administración regis-

tral gestiona ciertamente un derecho público (el derecho a inscribir), pero el reconocimiento de ese derecho no puede hacerse independientemente del reconocimiento del derecho de fondo (el derecho privado) cuya inscripción se pide.

Es por ello que para que caso de producirse la condena de la Administración registral, en el nuevo recurso, la Jurisdicción Civil necesariamente tendrá que hacer un doble pronunciamiento: un pronunciamiento principal sobre el derecho de inscribir pero antes, como paso previo necesario, un segundo pronunciamiento sobre el derecho cuya inscripción se pide.

Este doble pronunciamiento exige un doble control lo que, como veremos, complica inevitablemente los trámites del recurso, al tiempo que impone severos límites a su regulación

II. JURISDICCIÓN CIVIL O JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4. *El proceso contencioso-administrativo y el juicio civil.* Entre las diferentes opciones que había, el legislador se ha inclinado, finalmente, por atribuir el control judicial de las resoluciones registrales definitivas a la Jurisdicción Civil.

Una decisión, sin duda, discutible. Todos conocemos Registros, y no necesariamente de naturaleza administrativa, cuyas calificaciones se controlan por la Jurisdicción contenciosa (por ejemplo, el de la Propiedad Industrial); y, por lo que se refiere en concreto al Registro de la Propiedad, algunos países, como Suiza, se han decidido por la misma solución.

Existen razones, sin embargo, que desaconsejan que nuestro Derecho siga ese mismo camino: los pronunciamientos «civiles» de nuestra Jurisdicción contenciosa no pueden producirse sino sólo como «prejudiciales», pero los pronunciamientos civiles prejudiciales de la Jurisdicción contenciosa carecen siempre de fuerza de cosa juzgada; y, si carecen de fuerza de cosa juzgada, son provisionales y, por tanto, no vinculan a los Tribunales civiles que, con posterioridad, podrían decidir, de otro modo, la cuestión prejuzgada (art. 4.2 LJCA) (1).

(1) La Resolución por los Tribunales Contencioso-Administrativos de la cuestión prejudicial «no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte, y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente» (art. 4.2 de la LJCA). No habría riesgo de colisión si los asientos registrales estuvieran exclusivamente bajo la salvaguardia de la Jurisdicción contenciosa y, por tanto, sólo los Tribunales contenciosos pudiesen ordenar la práctica de asientos registrales. Pero las cosas no son así sino más bien al contrario: en los Registros de la Propiedad se inscriben mayoritariamente derechos civiles, los asientos que publican derechos civiles están bajo la salvaguardia de los Jueces civiles y las disputas sobre la existencia y validez de derechos civiles corresponde resolverlas exclusivamente a los

5. *La prejudicialidad civil y el contencioso-administrativo.* Ya sólo por este motivo, es decir, por el incremento del riesgo de sentencias contradictorias, sería inoportuna la atribución del control sobre la Administración registral a la Jurisdicción contenciosa.

La provisionalidad de sus pronunciamientos civiles prejudiciales no parece, desde luego, muy adecuada para dispensar tutela judicial efectiva al derecho de inscribir, que existe, sólo, en tanto se demuestre que también existe, efectivamente, y es válido, el derecho cuya inscripción se pide.

Sin embargo todo inclina a pensar que no fue esa la verdadera causa de que se haya atribuido el control de las calificaciones registrales a la Jurisdicción ordinaria. Son de otro tipo, y por cierto menos sofisticadas, las razones que justificaron la elección del legislador.

Cuando no es posible decidir sobre la pretensión de inscripción, como pasa en nuestro sistema registral, sin pronunciarse sobre la existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide, y ese derecho tiene normalmente naturaleza civil, es natural que hayan encontrado fuerte resistencia las opiniones doctrinales que trataban de atribuir el control de las calificaciones registrales a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Fueran éstos, y no otros, los motivos que, a la postre, resultaron decisivos para atribuir la competencia de revisión a la Jurisdicción ordinaria, lo cierto es que, debido a la rigidez con que fueron acogidos, la regulación final que finalmente se adoptó no está exenta de crítica.

En efecto, en nuestros Registros de la Propiedad no sólo se inscriben derechos civiles sino también actos, contratos y «derechos reales» administrativos, por tanto, hubiera sido más sensato restringir la competencia de los Tribunales civiles exclusivamente a los casos en que los títulos, cuya inscripción se pide, son civiles, y atribuirla a los contenciosos, en aquellos otros, en que son administrativos.

6. *El control de la actividad registral y el juicio verbal.* Por lo demás, sea lo que fuere, lo cierto es que, en esta materia, uno no podrá librarse nunca del fantasma del contencioso-administrativo.

En efecto, como el contencioso-administrativo, cuando se trata de ejercer el control jurisdiccional de la conducta de las Administraciones públicas, constituye el paradigma a seguir, al final siempre tendremos que analizar hasta qué punto el juicio civil que se elija para sustituirlo estará en condicio-

Tribunales Civiles quienes, por tanto, siempre tendrán competencia para disponer su inscripción o cancelación (art. 10.1 LOPJ). En consecuencia, de encargárseles el control de las calificaciones a los Tribunales contenciosos, sus pronunciamientos prejudiciales civiles podrían ser revocados si, por la razón que fuese, los Tribunales ordinarios se vieses obligados a conocer de la misma cuestión. Cfr. CORDÓN, *El proceso contencioso-administrativo* (2001), págs. 77-78.

nes de cumplir con los requisitos del modelo y, por tanto, será capaz de alcanzar los mismos resultados.

Dicho de otro modo: al final, empujados por el contencioso-administrativo, habrá que entrar en la cuestión fundamental: es decir, a valorar hasta qué punto el juicio verbal, al que remite el artículo 328 de la Ley Hipotecaria reformada, constituye un cauce adecuado para ejercer un control jurisdiccional, constitucionalmente correcto, de la conducta de la Administración registral.

7. *Críticas a la elección del legislador.* Pues bien, puestas así las cosas, hay algunos motivos que inclinan más bien a la crítica: es muy dudoso, por ejemplo, que el legislador haya acertado cuando, a la hora de articular el nuevo «recurso judicial», se ha inclinado por el juicio verbal y no por el ordinario.

Y no sólo es dudoso porque, en los recursos registrales así se ha dicho, «se decide siempre sobre la protección de un derecho fundamental», como es el derecho de propiedad (sabemos, en efecto, que para pronunciarse sobre el derecho a obtener la protección registral, a causa de la naturaleza accesorio del asiento, es preciso antes decidir sobre la existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide).

Es dudoso, sobre todo, porque, como veremos, en aras a conseguir una rápida tramitación, el juicio verbal, cuyas reglas ordena seguir el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, tiene sus propias especialidades o peculiaridades y algunas verdaderamente importantes que afectan al alcance de la cognición o debate admisible y, por tanto, al alcance de la regla general de preclusión de acciones y, en consecuencia, a la fuerza vinculante de la sentencia pasada.

En efecto, conviene tener muy presente que un proceso civil, como el verbal, pensado para otras cosas, sólo logrará cumplir con objetivos como aquellos para los que fue diseñada nuestra actual Jurisdicción contencioso-administrativa, si al tiempo que permite someter a control los actos de la Administración registral, reconoce, y en su caso protege, los derechos o intereses de los particulares que puedan resultar conculcados, o amenazados, por la conducta que se impugna.

8. *El cauce del juicio verbal civil: el alcance de la cognición judicial.* Pues bien, en relación con este último punto, lo primero que hay que decir es que el legislador, a la hora de regular el recurso judicial, ha tenido la precaución de remitir no a las reglas de la apelación sino a las del juicio verbal.

Por lo tanto, aunque se califique la revisión judicial de «recurso», no resulta de esa calificación límite alguno a la cognición del Juez; y no se imponen límites a la cognición, porque ninguno resulta de las reglas por las que se gobierna el juicio verbal a las que se remite el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

En resumen, como la remisión al verbal hay que entenderla a las reglas de la primera instancia, tanto las pretensiones de los recurrentes, como la sentencia del Tribunal, podrán apartarse de las alegaciones formuladas por las partes ante la Administración, y de los fundamentos de hecho y derecho que hayan servido a ésta para motivar su resolución.

Otra cosa sucedería, evidentemente, si la remisión se hubiese hecho a las normas del recurso de apelación en que tal cosa es inadmisibile, por regla general, salvo en los casos excepcionales prevenidos en el artículo 460.2 y 3 de la LEC (2).

9. *El juicio verbal es de plena jurisdicción.* Sabemos, en efecto, que los controles con finalidad exclusivamente revisora de los actos de la Administración han sido repetidamente descalificados por la jurisprudencia y lo han sido definitivamente por el legislador por incompatibles con nuestra Constitución (3).

El acto o la resolución que han dado ocasión al recurso contencioso no pueden condicionar el ámbito de la potestad judicial porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o impedir el control jurisdiccional.

Por esta razón los Tribunales contenciosos no deben resolver solamente aquellas cuestiones sobre las que la Administración se pronunció, sino también, si se lo piden las partes, aquéllas sobre las que no lo hizo, examinando, con toda amplitud, por tanto, si el actuar de la Administración se ajusta o no al Ordenamiento Jurídico: cfr. las SSTs de 23-11-1983 y 23-5-1994 (4).

(2) «Lo que no puede hacerse (en el recurso de apelación) es alterar sustancialmente el planteamiento de la primera instancia: pedir algo distinto, no suscitado en la primera instancia, o *pedir lo mismo con fundamentos jurídicos diferentes o con fundamento en hechos no alegados en la primera instancia*, salvo en los casos (...) del artículo 460.2.3 de la LEC (...)». DE LA OLIVA e I. Díez-PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (2001), pág. 453.

(3) Por todos, cmpr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 (2001), pág. 580.

(4) «Los motivos de ilegalidad no forman parte de la *causa petendi*» en el contencioso-administrativo. Cmpr. CORDÓN, cit., págs. 40 y 140. Porque el acto impugnado debe ser *examinado en todos sus aspectos*, «*de tal suerte que después de sometido a control judicial, no pueda prevalecer un acto ilegal*» (STS 10-4-1978). «No cabe confundir el concepto o figura jurídica de la cuestión o tema litigioso con el motivo o razón jurídica que justifica la pretensión, pues si la primera como básica, determina objetivamente el ámbito del proceso, no susceptible de modificación esencial —desviación procedimental— *a posteriori*, los motivos, causas o razones jurídicas que se aleguen como soporte de lo pretendido no se encuentran constreñidas a las aducidas en vía administrativa o en anteriores escritos procesales, pues por su carácter pueden ser enriquecidas por aportaciones posteriores y como es lógico sin vincular al Tribunal sentenciador» (STS 11-12-1984). Cmpr artículos 33.2 y 3 de la LJCA.

10. *El recurso judicial como primera instancia: la congruencia de la sentencia.* En consecuencia, vista la remisión que hace el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria a las reglas del verbal, procede descartar cualquier intento que pretenda configurar el nuevo recurso civil como una especie de segunda instancia:

Al contrario se trata de un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo (...) (por lo que no será impertinente la prueba) si no existe conformidad en los hechos de la demanda ni inadmisibile aducir (...) fundamentos que no hayan sido previamente expuestos ante la Administración (...). En otro caso no podría impartirse JUSTICIA con la mediatización de las posibilidades de las partes ante el órgano jurisdiccional.

Esta conclusión arrastra otras y alguna, por lo demás, especialmente importante (5). Así, para valorar la congruencia de la sentencia, no cabe abrigar duda alguna de que habrá que examinar todos los hechos y fundamentos alegados por las partes en el propio juicio verbal, y no basta con pronunciarse sobre los manejados en el fase previa porque, tal como pasa en el contencioso-administrativo, el recurso administrativo no tiene la naturaleza, ni por tanto cumple el papel, de una primera instancia.

III. LA NECESIDAD DE UN ACTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN REGISTRAL

11. *La exigencia del acto previo de la Administración.* La existencia de acto previo de la Administración constituye un presupuesto procesal que, en principio, choca con el régimen ordinario del proceso civil (y el juicio verbal lo es), pero que, en cualquier caso, no puede cumplir el papel ni tener la importancia que se le viene reconociendo habitualmente en los contencioso-administrativos.

La razón es simple. En Derecho registral las decisiones de la Administración no adquieren firmeza por el transcurso de cortos plazos de impugnación

(5) Por tanto, la situación de partida es igual a la del contencioso-administrativo. Cfr. CORDÓN, cit., pág. 30 y sigs. Una vez que el acto se ha producido «se convierte en mero presupuesto, cuya impugnación en su literalidad tomada, no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial *porque entonces quedaría en manos de la Administración, la posibilidad de limitar, obstaculizar o impedir el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le encomienda precisamente la Constitución* en su artículo 106; y ello hasta el total establecimiento de la legalidad presuntamente conculcada» (STS 23-5-1994).

y, por tanto, no pueden ofrecer resistencia a los mandatos de la Jurisdicción. Por ello su remoción, o anulación previa, no se erigió nunca en premisa necesaria y, en su caso, en obstáculo infranqueable, a la vigencia y ejecución de las futuras declaraciones o mandatos que los Tribunales pudiesen adoptar sobre la misma cuestión (6).

Los actos registrales nunca cobran independencia o autonomía ni se benefician de plazos cortos de impugnación: siempre fueron, y siguen siendo, esencialmente revocables.

En concreto, las calificaciones negativas carecen de fuerza preclusiva, y aunque no se anulen, no se vuelven firmes e irrevisables, porque sus pronunciamientos tienen, como mucho, valor de una simple presunción y, por vincular, ni siquiera vinculan al órgano que los toma, que siempre puede cambiar de opinión (7).

12. *El acto administrativo previo no es el objeto del recurso.* En consecuencia, la impugnación del acto previo no puede constituir el verdadero obje-

(6) Según el artículo 38.2 de la LH, «(...) no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o de derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». Sobre la interpretación que del mandato del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria hacen los Tribunales de Justicia: vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, 2 (1988), pág. 753 y sigs. En cualquier caso, dejando de lado algún supuesto excepcional (STS 2-10-1971), nunca entendió la Jurisprudencia que la vigencia del asiento «constituyese un obstáculo para la decisión judicial». El verdadero fundamento del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria, como dicen las SSTs de 7-4-1981 y 22-4-1983, está en que, de lo contrario, «podría resultar el auténtico *monstrum iuris* de, por una parte, una inscripción registral de una determinada «forma», que (...) el Registro ampara y protege (y, a través de él, la Jurisdicción, como Poder del Estado, puesto que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales), que, por otra parte, *estaría contradicha* por la forma que determinase una hipotética resolución judicial que viniese a determinar otra cosa distinta (...). Esto es, la verdadera razón del artículo 38.2 no está en que los asientos puedan devenir firmes como los actos administrativos consentidos, y por tanto ofrezcan resistencia a cualesquiera pronunciamientos contrarios, incluso de instancias jurisdiccionales, sino en que *la Jurisdicción como Poder del Estado, sin producir indefensión, no puede amparar al mismo tiempo dos declaraciones contradictorias*: declaraciones, por lo demás, que incluso serían susceptibles de ejecución por separado. En efecto, la sentencia firme no inscrita, contradictoria de un asiento de dominio o hipoteca vigente, no paraliza el procedimiento iniciado para la protección de derechos reales inscritos ni tampoco el de ejecución hipotecaria: cfr. artículos 695 y 444.2 de la LEC.

(7) *Transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva calificación*: artículo 108 del RH. Confirma esta doctrina la Resolución de la Dirección de los Registros y el Notariado de 22-2-1993. Según la Resolución de 5-5-1998, el registrador debe calificar tantas veces cuantas le sea presentado el título, sin que pueda negarse a calificarlo nuevamente por el hecho de que le fue anteriormente presentado y denegado con transcurso del plazo para recurrir.

to del recurso porque, en la esfera registral, nunca tuvieron las resoluciones de la Administración valor equivalente al de una primera instancia jurisdiccional.

Por ello, en el caso de que la interposición del gubernativo se constituya en presupuesto de admisibilidad de la acción judicial, como es el caso, no puede cumplir otra función que la de dar una nueva oportunidad a la Administración para proporcionar pronta satisfacción, a la pretensión formulada por la parte.

De hecho, los particulares, que pretenden asientos en los Registros de la Propiedad, siempre tuvieron expedito el camino para interponer directamente ante la Jurisdicción la acción de rectificación, sin necesidad de plantear la reclamación previa ante la Administración (arts. 39 y 40 de la Ley Hipotecaria) (8); y lo tuvieron porque, en esta materia, las decisiones previas de la Administración nunca estuvieron en condiciones de oponer verdadera resistencia a los mandatos de la Jurisdicción (9).

13. *La irrelevancia de la doctrina del acto consentido y el objeto del recurso judicial.* No hay, por tanto, necesidad, con el propósito de restringir al máximo la doctrina del «acto consentido», de recurrir a la identificación de

(8) Sobre el alcance de la acción de rectificación, SANZ, «El Registro y la realidad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 14 (1964). La inscripción, en nuestro Derecho, es causal o accesorio, por lo que no puede concederse por los Jueces el derecho a exigir un nuevo asiento, o a cancelar cualesquiera ya practicados, sin prueba previa de la existencia (o inexistencia) de los derechos cuya inscripción (o cancelación) se pide. Por lo tanto, para rectificar el Registro, siempre hubo dos caminos: o reclamar el asiento ofreciendo prueba de la existencia y legalidad del derecho, o reclamar directamente el derecho para exigir después la práctica del asiento. Esto es, podemos «entrarle» al Registro de dos formas: desde el asiento o desde el título, en uno u otro caso, probando siempre la existencia y validez del derecho. A este doble cauce se refiere explícitamente el artículo 38.2 de la LH, cuando dispone que «previamente, o a la vez», que la acción civil debe ejercerse la de rectificación registral:

(...) no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o de derechos reales inscritos (...) sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

(9) Todavía en efecto, en el siglo XIX, los actos administrativos se identificaban por los motivos; y por tanto la incorporación de nuevos motivos originaba siempre un nuevo acto, susceptible de nuevo recurso, aunque su contenido dispositivo fuese idéntico al de otro anterior. En resumen, a finales del siglo XIX, no se había recibido, todavía, con todas sus consecuencias, la doctrina del «acto consentido». Hoy, en cambio, transcurridos los oportunos plazos para la impugnación, los actos devienen firmes a todos los efectos, y, por tanto, se hacen inmunes no sólo frente a la alegación posterior de los motivos cuya existencia se discutió, y desechó, en el procedimiento administrativo, sino frente a cualesquiera otro, hubiesen sido alegados o no por los interesados. Afirmaba, por ejemplo, ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 7 (1894), pág. 252, que «solicitudes que reproducen la súplica de otras denegadas, pero apoyándose en distintos fundamentos, deben estimarse como nuevas peticiones distintas de las anteriores; y la resolución que las deniega es susceptible de revisión en vía contenciosa (con cita de dos autos de 7 de junio de 1890. Gac. 2 de diciembre, pág. 137).

las resoluciones por los defectos o motivos de suspensión o denegación observados, ni tampoco, con el mismo propósito, de reservar la apreciación de identidad sólo a aquellas calificaciones que reprodujesen otras anteriores.

Puede perfectamente prescindirse, en este ámbito, de esas técnicas (propias del contencioso-administrativo) porque objeto del proceso en el recurso judicial que nos ocupa, no es el acto de la Administración (que tiene valor provisional) sino la concreta tutela judicial (condena a la inscripción del título) que el recurrente trata de conseguir.

Por ello, aunque sean distintas las fechas o los fundamentos de hecho y derecho de las calificaciones o resoluciones impugnadas, si la tutela jurídica pedida es la misma y concurren los demás requisitos, habrá que apreciar identidad de acciones y, por tanto, la excepción de litispendencia, o en su caso de cosa juzgada (10).

Dicho de otro modo: aunque sean varias las calificaciones y distintos sus motivos, no habrá que instar por separado la anulación de todas y cada una de ellas.

IV. LA VINCULACIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A INSCRIBIR Y EL DERECHO CUYA INSCRIPCIÓN SE PIDE

14. *La vinculación entre el derecho material y la inscripción registral: la accesoriadad del asiento.* La condena de la Administración supone un pronunciamiento sobre el derecho de inscribir, pero el pronunciamiento previo sobre el derecho a inscribir exige, en nuestro Derecho, otro de carácter previo sobre el derecho cuya inscripción se pide. En nuestro sistema registral, en efecto, los asientos no hacen declaraciones (de derechos) abstractas, sino causales:

- i) De ahí que, por ejemplo, al contrario de lo que, como regla general, pasa en el sistema alemán, se exija que los consentimientos necesarios para su práctica sean materiales y no formales (art. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria).

(10) En resumen nuestras (actuales) resoluciones registrales son como, y por tanto no tienen otra eficacia, que la de los actos administrativos del siglo XIX. Los actos de calificación registral son la ocasión del recurso pero no el objeto del recurso. Al igual que pasaba con el contencioso-administrativo de entonces, en el recurso judicial contra las calificaciones, como nos diría COLMEIRO, se entra a «conocer de las cuestiones que, con ocasión del acto administrativo, se suscitasen entre los particulares (...)». En efecto, entonces, el proceso contencioso-administrativo ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real se inspiraba directamente en el proceso civil: vid. PARADA, «El privilegio de decisión ejecutoria y el proceso contencioso», en *La Administración y los jueces* (1988), pág. 175. Sobre la evolución del gubernativo registral, PARDO, «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial», en *RCDI* (2003), 3339 y sigs.

- ii) De ahí también que, al contrario, de lo que pasa también en Derecho alemán, no se permita la práctica de los asientos antes que la transmisión real se produzca y que deba expresarse necesariamente, en la inscripción, el título material que la justifica (11).

15. *La inseparabilidad de derecho y asiento: consecuencias procesales.* Esta indisoluble vinculación de asiento y derecho es la razón que explica por qué se califica a nuestras inscripciones de «accesorias» o «declarativas». Así resulta, por lo demás, claramente del artículo 40.3 de la Ley Hipotecaria: la inscripción es inseparable del derecho a inscribir:

«la acción de rectificación del registro (esto es, el derecho firme a un nuevo asiento, sea de inscripción o sea de cancelación) es inseparable del dominio o derecho real de que derive».

Esta estrechísima ligazón entre derecho y asiento obliga a que, para reconocer a la parte su derecho al asiento, y por tanto conseguir una condena firme y definitiva de la Administración a practicarlo, haya que cumplir con determinadas condiciones o ciertos requisitos.

Por lo pronto se vuelve necesario conseguir, para poder superar con éxito cualquier posible resistencia de la Administración, una declaración judicial firme sobre la existencia y titularidad del derecho, cuya inscripción se pide.

En efecto, sólo cuando estemos, sin ningún género de dudas, ante un derecho cierto, se volverá forzosa la práctica del asiento; por tanto, habrá que demostrar la existencia del primero, como paso previo necesario para conseguir la práctica del segundo.

O lo que es lo mismo: dada la naturaleza accesoria del asiento, para que decaiga la potestad de la Administración para controlar el acceso de los derechos al Registro y vencer su posible resistencia a practicarlo, se precisa un pronunciamiento judicial, que vincule a la Administración sobre su existencia y titularidad; y ello es así porque toda posible condena a practicar un asiento precisa el reconocimiento previo del derecho o título material cuya inscripción se pide. Lo que, por lo pronto, obligará al Tribunal a decidir o juzgar sobre el derecho a inscribir sino también a (12):

decidir o juzgar (...) (sobre el derecho cuya inscripción se pide) de forma directa y tomando la materia u objeto del juicio como elemento inmediatamente causal de la decisión del fallo.

(11) Esto es, se necesita prueba de que se ha transmitido el derecho (sustantivo) sin que baste el consentimiento a la práctica del asiento; al contrario, por tanto, de lo que habitualmente pasa en Derecho alemán.

(12) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada* (1991), pág. 73.

16. *El reconocimiento judicial del derecho a inscribir será definitivo sólo si no persiste ningún posible motivo de suspensión o denegación del asiento solicitado.* En efecto, si se acepta que los jueces pueden reconocer el derecho a inscribir, habrá que aceptar también que, recaída sentencia judicial estimatoria, los Registradores carecen de competencia para apreciar nuevos defectos o motivos.

Ahora bien, si se conviene en que, firme la sentencia, ya no se pueden alegar nuevos defectos, no queda más remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser utilizados por el Registrador porque, en cualquier caso, devenida firme la sentencia, quedaron destruidos o «aniquilados» por la fuerza preclusiva que tienen las resoluciones judiciales (13).

En efecto, si subsistiesen los defectos o motivos de ilegalidad no alegados, como es imposible abdicar del principio constitucional que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, es obvio que la Administración no sólo podría sino que estaría obligada a hacerlos valer, vinculada como está al principio de legalidad, y por tanto imposibilitada para conceder el asiento que se le pide.

17. *Alcance de la sentencia pronunciada en el recurso judicial verbal.* Así las cosas, se trata ahora de saber hasta qué punto el juicio verbal puede asegurar ese resultado.

Como sabemos, no habrá un verdadero reconocimiento del derecho a inscribir si no es posible obtener un pronunciamiento irrevocable sobre la

(13) La STS de 22-5-2000, que anuló algunos artículos del Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, por el que se había reformado el Reglamento Hipotecario, afirma que el reconocimiento al registrador de la posibilidad de alegar nuevos motivos, una vez recaída resolución estimatoria de la Dirección General en el recurso gubernativo, genera indefensión; lo que, ciertamente, no parece completamente seguro, ya que el solicitante siempre puede interponer nuevo recurso (gubernativo) y, sobre todo, siempre tiene abierta la puerta del proceso judicial. Interesa, sin embargo, no dejar en saco roto este pronunciamiento del Tribunal Supremo: si la prohibición de indefensión impide que, alegando «defectos no comprendidos en la calificación anterior», puedan dejarse sin efecto las resoluciones estimatorias recaídas en los recursos gubernativos; con más razón estaría impedida esta posibilidad cuando (la resolución) sea judicial y dictada precisamente en recursos (como es el que nos ocupa) pensados para procurar tutela efectiva y controlar la legalidad de las decisiones de la Administración Registral. Es más, si se acepta que el registrador carece de competencia para alegar nuevos defectos o motivos y no se quiere abdicar del principio constitucional que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, no queda otro remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser alegados porque han dejado de existir: la sentencia firme necesariamente los habría eliminado, como consecuencia de la eficacia preclusiva típica de las resoluciones judiciales. Si los defectos o motivos de ilegalidad subsistiesen, es obvio que la Administración no sólo no podría sino que estaría obligada a hacerlos valer y por tanto, vinculada como está al principio de legalidad, imposibilitada para dictar el acto que se le pide.

existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide; pero es dudoso, cuando menos, que el juicio verbal permita asegurar este resultado.

Para resolver esta duda, que constituye el nudo central de la toda la problemática que nos ocupa, será necesario sondear diferentes posibilidades, lo que nos forzará a dar un premioso rodeo.

V. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA REGLA GENERAL DE PRECLUSIÓN

18. *La eficacia objetiva de la sentencia: la preclusión de alegaciones.* Existirá un verdadero reconocimiento del derecho a inscribir, única y exclusivamente si el fallo que lo concede es irrevocable; esto es, sólo si no es posible abrir un nuevo debate sobre la misma cuestión y, por tanto, si es imposible obtener, en un segundo juicio, un pronunciamiento contrario al del primero.

Pues bien, para evitar este tipo de indeseables consecuencias parece que está precisamente el principio de preclusión (de acciones) que, desde la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, rige en nuestro Derecho con carácter general (14).

(14) La preclusión afecta a todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que se hubieran alegado o pudieran alegarse como constitutivos de esa concreta pretensión de tutela (...); las acciones que concurren a un mismo fin (concurso propio de acciones) se verán afectadas por esta norma de preclusión (...). A los fines antedichos (...) si en un segundo proceso, el actor solicitara lo mismo y frente al mismo demandado, si bien con fundamentación distinta, las instituciones señaladas impedirían la existencia y eficacia de ese segundo proceso, porque esta norma de preclusión se lo impide, y el actor desoyó la carga que tal norma le imponía; por lo que habrá de estar y pasar por las consecuencias perjudiciales de la desatención de la carga impuesta. (...). Vid. TAPIA, «Comentario al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1 (2001), págs. 1332-1334. Dice el artículo 400 de la LEC:

1. *Cuando lo que se pida en demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de deducirse en ellos cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea posible reservar su alegación para un proceso ulterior (...).* 2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a los efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste.*

De la misma manera, y «puesto que una tasada causa de improcedencia de acumulación de procesos es cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia (art. 78.1 LEC) (...), (con) esta norma, en conexión con la del número 2 de este artículo 78, según la cual tampoco procederá la acumulación de procesos cuando no se justifique que, con la primera demanda, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no puede promoverse un proceso que comprendiese pretensiones

En efecto, el nuevo artículo 400 de la LEC sienta una regla general de preclusión que afecta a todas las posibles alegaciones de hecho y derecho, por cualesquiera acciones y títulos o causas de pedir que, existentes en el momento de la vista, se quieran hacer valer, en otro proceso, para solicitar, por segunda vez, la misma cosa o su contraria. Esta regla conoce únicamente tres límites:

- i) En primer lugar, sólo precluyen los fundamentos, acciones, o títulos de pedir que, pudiendo ser alegados, no fueron efectivamente utilizados por la parte.
- ii) En segundo lugar, precluyen en cualquier caso, solo y exclusivamente contra el actor y el reconviniente, no contra el demandado.
- iii) En tercer lugar, precluyen únicamente si pretenden usarse con el propósito de obtener una sentencia de contenido, igual o absolutamente contrario, en todo o en parte, al de otra anterior que haya devenido firme.

19. *El alcance general de la regla de preclusión.* De la lectura detenida de estas excepciones, resulta que, al contrario de lo que pudiese pensarse a primera vista, la preclusión no es tan general como algunos pretenden; y, desde luego, como veremos, no lo es en el verbal civil:

- i) Por una parte, sólo precluyen los hechos relevantes que existían y pudieron hacerse valer, como constitutivos de la pretensión o solicitud del demandante, pero no los que, en su día, pudieron ser alegados, y no lo fueron, como impeditivos, extintivos o excluyentes por la parte contraria: así resulta paladinamente del tenor literal del precepto que exige, para que la preclusión afecte a las defensas, que se haya constituido el demandado en reconviniente, lo que obviamente hace inmunes las defensas del demandado, en tanto se mantenga en su posición, al riesgo de la preclusión. En nada, por tanto, se ven afectadas por la regla general de preclusión las defensas del demandado que, en consecuencia, persisten incólumes (15).

y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda, *el legislador ha impedido expresamente que se utilice la institución de la acumulación de procesos para subsanar deficiencias que se hayan cometido en el proceso en el que se pretende la acumulación con el posterior*». Por lo demás, «la preclusión (de alegaciones y acciones que previene el art. 400 de la LEC) debe alcanzar a los litigios que se sustancien a través del juicio verbal. Otra cosa no tendría sentido. Además, otras normas reguladoras en sede de juicio ordinario son también aplicables al verbal, como las que hacen referencia a los efectos de la pendencia del proceso». Vid. TAPIA, cit., pág. 1332.

(15) Sobre la inaplicación de la regla de preclusión al demandado, que no se transforma en reconviniente, alertan OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., pág. 512: «es muy dudoso, ade-

- ii) Por otra parte, precluye únicamente el uso de aquellas armas que, pudiéndose utilizar, no se hicieron valer. En consecuencia jugará la preclusión sólo si no existía ningún impedimento o imposibilidad para su uso.

Esa imposibilidad, como toda imposibilidad, en principio, puede producirse por dos causas:

- i) Por imposibilidad *subjetiva*, esto es, porque la parte, en el momento en que se seguía el proceso, no conocía la existencia de las defensas cuya preclusión se discute (con toda la incertidumbre e imprecisión que ello produce).
- ii) Por imposibilidad *objetiva*, esto es, porque la parte no podía utilizarlas, aunque las conociese, ya sea por razones materiales o simplemente procesales (16).

20. *Los pronunciamientos previos sobre el derecho a inscribir y la regla de preclusión en el juicio verbal.* Pues bien, ya desde ahora, conviene saber que la aplicación de la regla general de preclusión está sometida en el juicio verbal a límites rigurosos; y se somete a rigurosos límites porque en ese juicio no siempre es posible una confrontación de argumentos abierta y

más que la LEC no permita al demandado (posteriormente impugnar el derecho o negocio), pues la preclusión de alegaciones, establecida en el artículo 400, se refiere (sólo) a las pretensiones del actor o del *reconviniente*. Para el artículo 400 de la nueva LEC, vid. nota anterior. Así el demandado, que fue absuelto en juicio de divorcio y no reconvinó podrá, a su vez, reclamar ese mismo divorcio en un pleito distinto posterior, y por tanto reproducir la petición denegada en el primer proceso, siempre que haga servir una *causa petendi* distinta a la hecha valer por su cónyuge: cfr. MONTERO-FLORS, *Tratado de juicio verbal* (2004), pág. 764. Para el Derecho alemán la regla general, por lo que se refiere al demandado, es la misma, aunque con alguna importante (y parcial) matización. Según el parágrafo 767.3 de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), el deudor que quiere valer, en ejecución de sentencia, defensas nacidas después de la conclusión de la vista, debe incorporar a su contrademanda ejecutiva todas las excepciones que estaba en condiciones de oponer en el momento de la contestación a la demanda principal. Como dice SCHWAB, «esta disposición se considera un resabio del antiguo *principio de eventualidad* que tiene por objeto contrarrestar posibles retardos en la instancia ejecutiva»: en cualquier caso, «solamente en el caso de plantear una contrademanda ejecutiva, se está obligado a hacer valer en el mismo proceso todas las defensas que fuesen conocidas en el momento de la contestación a la demanda principal». Si no lo hiciese así (por eso hablamos de excepción parcial), precluyen, en su contra, no todas las defensas, ciertamente, pero sí todas las que no fueron utilizadas entre las que eran conocidas: esta preclusión parcial y «retardada» contra el demandado, no es tan extensa como la que se aplica al actor o reconviniente, para los que rige la regla general de preclusión de todas alegaciones que pudieron utilizar en el primer pleito. Cmpr. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil* (1968), pág. 216 y sigs.

(16) Sobre la incertidumbre que introducen las dificultades para la apreciación de la imposibilidad, sobre todo, de la subjetiva, cfr. SCHWAB, cit., pág. 238.

libre; y no siempre es posible una libre confrontación porque, en ese juicio, existen importantes obstáculos al libre desarrollo del debate.

Como acabamos de ver, siempre que está prohibido el uso de determinadas armas procesales, esas armas no resultan perjudicadas o afectadas por la regla general de preclusión. Ahora bien, si subsisten las armas, habrá que aceptar que la sentencia pronunciada no es irrevocable pero aceptar tal cosa envuelve consecuencias de no poca monta porque una sentencia revocable no podrá proporcionar tutela definitiva y por tanto efectiva.

La preclusión general es presupuesto de la irrevocabilidad de la sentencia y por tanto está ligada internamente al principio constitucional de tutela efectiva.

21. *El limitado alcance de la regla de preclusión en el verbal.* En efecto, como sabemos, la condena irrevocable a inscribir presupone siempre una decisión firme sobre el derecho cuya inscripción se pide: esto es, en este caso, una declaración, con fuerza de definitiva, sobre la existencia y titularidad de un derecho real (con un contenido, en principio, equivalente a una declarativa de propiedad).

Ahora bien, en el verbal, está impedida la acumulación inicial de todas aquellas acciones que no puedan tramitarse por el cauce de ese juicio, por lo que normalmente nunca podrán cursarse simultáneamente la pretensión de inscribir y la de reconocimiento previo del derecho cuya inscripción se pide; y no sólo porque su valor excederá normalmente de 3.000 euros sino, incluso (aunque, dada la práctica de nuestros Tribunales, esta alegación carezca de todo valor), porque estamos ante un proceso que se pronuncia sobre la existencia de un derecho fundamental, el de propiedad, lo que, en principio, si nos atenemos al tenor literal del artículo 249.1.2 de la LEC, impondría la necesidad de un juicio ordinario (17).

(17) Dispone el artículo 249.2 de la LEC, que «se decidirán en juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: (...) 2.º Las (demandas) que (...) pidan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental (...)». Por lo que se refiere a la acumulación inicial no es posible la aplicación en el verbal del régimen general por causa del artículo 438.3 de la misma LEC: «no se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: 1.ª la acumulación de acciones basadas en unos mismos hechos, siempre que proceda en todo caso el juicio verbal». Concluyen MONTERO-FLORS, cit., pág. 659 que, por ello, es necesario que «cada una de las pretensiones (que se pretenda acumular) tenga su cauce procedimental en el juicio verbal». Para, a continuación, añadir una interesante apostilla: «recuérdese que en el caso de que se acumulen pretensiones no acumulables, dado que no todas ellas deben ser conocidas en el mismo procedimiento, en nuestro caso por el juicio verbal, la jurisprudencia viene sosteniendo que el juez debe decidir aquélla para la que sí es procedente este procedimiento». Así dice la STS de 3-10-2000: «si se acumulan en un proceso no deducibles sino en juicios de distinta naturaleza, no por ello la demanda debe ser desestimada, toda vez que la postura correcta es resolver la acción correctamente ejercitada y no hacerlo respecto a la indebidamente acumulada».

22. *La acumulación de acciones en el recurso judicial y la regla general de preclusión.* La petición judicial de inscripción es siempre accesoria de otra previa: la de reconocimiento del derecho de propiedad o derechos reales cuya inscripción se pide. En efecto, el asiento de inscripción, como dice el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, es inseparable del derecho real cuya inscripción se solicita (consecuencia del famoso dogma de Derecho Registral sobre el carácter «accesorio» del asiento o la naturaleza «declarativa» de la inscripción).

Por tanto, como la apreciación de una de las pretensiones (la civil) es presupuesto de la otra (la registral), parece que deberían tramitarse conjuntamente, con lo que estaríamos ante un caso típico de acumulación accesoria (la llamada «eventual impropia») (18).

Lo cierto, sin embargo, es que en el verbal, como vimos, esa posibilidad estará habitualmente cegada para la parte actora, ya intente su ejercicio conjunto mediante una acumulación inicial de acciones ya mediante la acumulación posterior de procesos. Ahora bien, si la declarativa de propiedad no puede acumularse a la de condena a inscribir porque no lo admite el verbal, la acción civil no precluye y, si no precluye, sigue viva (19).

En consecuencia, el principio de preclusión general de alegaciones, por sí sólo, no puede impedir que, con posterioridad al verbal, en el ordinario se vuelva a discutir la propiedad del mismo inmueble o derecho y, por tanto, que la segunda sentencia disponga pronunciamientos absolutamente contrarios a los de la primera.

Dicho llanamente, nada impide que, en el segundo proceso, se ordene la cancelación de un derecho cuya inscripción se había ordenado en el primero (a la inversa, también).

(18) Existe la acumulación «accesoria», «llamada también eventual impropia, cuando el actor interpone una pretensión como principal y otra, u otras, como complementarias o accesorias, debiendo entrar en el examen de éstas sólo en el caso de que la primera sea estimada (...). (Así, por ejemplo), estamos ante una acumulación accesoria (o eventual impropia) cuando el actor ejercita una pretensión reivindicatoria (o declarativa de propiedad) y, para el caso de que sea estimada, pide a continuación que se (...) declare la nulidad, y subsiguiente cancelación, de la inscripción del bien inmueble en el Registro de la Propiedad, procediéndose a inscribirlo a su favor»: vid. MONTERO-FLORES, cit., págs. 653-654

(19) En efecto, para que proceda la acumulación de autos, además de otros requisitos, menos importantes ahora, «ha de tratarse de procesos que se sustancien por los mismos trámites (de modo que nada obste a acumular entre sí juicios verbales (...), o cuya tramitación pueda realizarse sin pérdida de derechos procesales: (así) el juicio verbal puede acumularse al juicio ordinario, siendo éste el más antiguo, pero no cabría acumular a un juicio verbal, el más antiguo, un juicio ordinario, más moderno. (...) (Por lo demás) debe tenerse en cuenta que en el juicio verbal las normas de competencia territorial son imperativas (...) y por ello no cabe acumulación entre procesos de los que estén conociendo tribunales de distinta competencia territorial (...):» cfr. MONTERO-FLORES, cit., pág. 745.

23. *La eficacia limitada de la regla de preclusión en el recurso judicial.* Por consiguiente, podrán utilizarse, en un segundo proceso, las mismas alegaciones y, por supuesto, otras diferentes a los que fueron examinadas en el verbal (aunque, al entablar éste, ya existiesen, y fuesen conocidos por el actor), para tratar de conseguir un pronunciamiento en ordinario posterior, de signo contrario al contenido en la sentencia pasada (20).

En resumen, normalmente la regla general de preclusión no protegerá los pronunciamientos de las sentencias dictadas en los verbales registrales. Por tanto, subsistirán las alegaciones y acciones:

- i) Para conseguir que el derecho cuya inscripción se pide (y, por tanto, también el derecho a que se practique el asiento) sea reconocido en un segundo proceso.
- ii) Y, a la inversa, para que, en el segundo proceso, se desconozcan derechos cuya existencia había sido reconocida en el primero y, por tanto, para forzar la oportuna rectificación de los asientos ya practicados, o su cancelación.

VI. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA COSA JUZGADA MATERIAL

24. *La distinta eficacia de la regla de preclusión y la eficacia de la cosa juzgada.* Como, en el juicio verbal, la regla general de preclusión rige en tan escasa medida, también debería ser escasa la fuerza vinculante que habría que reconocer a la sentencia en él recaída, si se diese el caso de que, en un segundo proceso, se ventilase de nuevo la misma cuestión.

Una cosa es, sin embargo, la eficacia de la regla general de preclusión y otra la fuerza de la cosa juzgada. Existen notorias diferencias entre una y otra. La preclusión de acciones y alegaciones y la cosa juzgada de la sentencia no se confunden sino que se superponen, y se superponen porque es distinto su alcance y distintas son sus consecuencias.

(20) Es más, como es inaceptable que pueda conseguirse indirectamente, lo que no procede directamente, habrá que extender esta misma conclusión a aquellos casos en que el Tribunal no haya hecho un pronunciamiento explícito sobre la cuestión (esto es, sobre la existencia y la titularidad del derecho que afirma el actor y cuya inscripción solicita), pero deba deducirse así porque, aún sin haber entrado las partes a debatirlo, haya sido reconocido implícitamente por la contraparte, o resulte de la oportuna admisión de hechos: sobre la extensión de la cosa juzgada y los pronunciamientos implícitos, OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., pág. 512: «si la validez de la compraventa o de cualquier contrato (...) no es debatida y no requiere un enjuiciamiento expreso es porque, voluntariamente, el litigante a quien perjudica el negocio (...) no ha hecho cuestión de su existencia, de su validez y su eficacia».

25. *Eficacia de la regla general de preclusión.* La regla de preclusión no protege directamente la irrevocabilidad del fallo sino indirectamente, excluyendo la posibilidad de que en un nuevo proceso se sirva el actor de medios de defensa que existían, y podían ser utilizados en el primero.

Nada importa, por tanto, que, en el primer juicio, no se haya entablado discusión sobre ellos y, en consecuencia, no llegasen a ser valorados por el Tribunal.

La regla de preclusión comprende, en consecuencia, todas las alegaciones o medios de defensa, incluso aquellos que no guarden relación con el material procesal examinado en el primer proceso.

26. *Eficacia de la cosa juzgada tradicional.* Por el contrario, la fuerza vinculante de la cosa juzgada protege directamente la inmutabilidad del fallo; ahora bien, para poder impedir su revisión, esto es, si se quiere garantizar la inmutabilidad del fallo, la cosa juzgada debe extenderse a algo más que la parte dispositiva de la sentencia.

Ciertamente, en la medida que se da una obligación, tiene que darse necesariamente la oportuna exclusión. En efecto no habría efecto vinculante de cosa juzgada si no tuviese su propio efecto excluyente. Pero, en este caso, el alcance del efecto exclusión es mucho más limitado que el de la regla de preclusión: comprende únicamente aquellas alegaciones o acciones que sirvieron *de facto* para motivar el fallo de la sentencia pasada o, al menos, las que podían deducirse del material procesal examinado en el primer litigio.

27. *La extensión de la inmutabilidad del fallo.* En resumen, la cosa juzgada protege directamente el fallo pero, para hacerlo de modo efectivo, debe excluir la posibilidad de revisar los argumentos de hecho y de derecho que lo fundamentan, o que resultan del material procesal que tuvo a la vista el Tribunal (21).

(21) La distinción entre la fuerza excluyente de la regla de preclusión y la de la cosa juzgada está ya, claramente, en ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*, 2 (1955), pág. 545. «En conclusión, la exclusión de las causas de divorcio en el litigio respectivo y las de anulación en el de éste (...) es auténtico efecto de la cosa juzgada (...). Pero si sólo se demandó por divorcio, y (sin embargo) (...) se excluyeran las causas de anulación, o sólo de anulación y se excluyeran las causas de divorcio, entonces no puede hablarse de efecto de cosa juzgada. Se trata, en cambio, de la preclusión de causas de anulación, o en su caso, de divorcio, que no fueron alegadas (...)». Hasta tal punto son diferentes la preclusión y la cosa juzgada que la exclusión que producen tiene distinta naturaleza y fuerza:

- i) Por una parte, *la fuerza excluyente de la preclusión es más extensa que la de la cosa juzgada* ya que destruye todas las acciones y alegaciones que no utilizó el actor en el primer litigio, aunque no guarden ninguna relación con el material procesal examinado en el proceso, siempre que pudieran hacerse servir, en un segundo litigio, para obtener resultados jurídicos contrarios a los del primero.

Todo ello siempre, ciertamente, con un importante y significativo límite: estará excluida una nueva cognición del material procesal pero sólo en la medida en que esa exclusión se demuestre necesaria o precisa para impedir un segundo fallo discrepante con el primero (22).

En definitiva, la fundamentación de la primera sentencia, una vez haya ganado firmeza, se vuelve irrevocable pero sólo en la medida necesaria para justificar, amparar o sostener la resolución adoptada en su parte dispositiva: no, por tanto, si se intentase otra distinta o diferente (23).

-
- ii) Por otra parte, *la fuerza de la preclusión es menos intensa que la de la cosa juzgada*, porque nunca comprende los hechos pasados desconocidos (por tanto, para la parte, *nuevos*): hechos que, dada la evidente imposibilidad «subjética», que existía para esgrimirlos, podrían hacerse servir, en un segundo litigio, *aunque guardasen relación con el material procesal examinado en el primero*, con el propósito de destruir las afirmaciones sentadas en la sentencia pasada sino fuese porque su utilización, con esta finalidad, está impedida, precisamente, por la cosa juzgada.

Para apreciar la cosa juzgada, en efecto, poco importa que los hechos o sucesos, que se aleguen, fuesen o no desconocidos; lo realmente importante es si, aún siéndolo, van dirigidos a contradecir los estados de cosas, declarados vinculantes, en la primera sentencia y que prestan soporte lógico al contenido del fallo: cfr. SCHWAB, cit. págs. 227 y 231. Sobre la vidriosa cuestión de si, en las acciones de declaración positivas (y negativas), la cosa juzgada se extiende también a los hechos, que no tienen relación con el material procesal examinado en el primer proceso, incluso aunque esos hechos fuesen desconocidos para la parte, cfr. el resumen de SCHWAB, cit., pág. 231 y sigs., en donde hace un exhaustivo resumen de las diferentes posturas mantenidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas.

(22) «Queda excluida del nuevo proceso toda alegación tendente a dar una imagen o crear un juicio que discrepe del material procesal del proceso resuelto con autoridad de cosa juzgada. En cambio, si la nueva alegación no guarda relación con el material procesal discrepante, no quedará excluido por la cosa juzgada (...). Se excluyen por tanto los argumentos jurídicos de las partes cuyo objetivo es lograr una apreciación jurídica discrepante con el material procesal del primer proceso. Además las partes tampoco podrán exponer hechos nuevos tendentes a una constatación discrepante del estado de cosas que en ese proceso estuvo sometido al Tribunal. Naturalmente ello se refiere sólo a los hechos que ya existían en la época de la última vista oral, y no afecta a los acontecidos posteriormente. La constatación del estado de cosas y su apreciación jurídica en el primer proceso son inimpugnables. De no ser así la cosa juzgada de la resolución recaída sobre la pretensión procesal podría ser soslayada. *Por supuesto que este efecto vinculante de la apreciación jurídica y de la constatación del estado de cosas del primer proceso sólo tiene interés para aquellas demandas que contienen la misma solicitud que la que ya ha sido resuelta con autoridad de cosa juzgada o que tiene por objeto la declaración de lo absolutamente contrario*. En otras demandas, el estado de cosas y la apreciación jurídica de procesos resueltos con autoridad de cosa juzgada pueden desde luego ser atacadas»: SCHWAB, cit., pág. 222.

(23) «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de que ha repetido hasta la saciedad que la cosa juzgada se forma sobre la parte dispositiva de la sentencia, y no sobre los fundamentos, acostumbra a agregar una coetilla que puede apoyar lo aquí expuesto: «ésta (la parte dispositiva de la sentencia) ha de ser interpretada, si es preciso, por los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo»: SSTs de 9-5-1990, 17-7-1986, 21-7-1988, 26-1-1990, 27-11-1992, 15-7-1992. Cfr. I. TAPIA, *El objeto del proceso. Alegaciones, Sentencia. Cosa juzgada* (2000), pág. 167.

28. *El fallo no se puede separar de sus fundamentos pero los fundamentos tampoco se pueden separar del fallo.* Es, por ello, perfectamente posible, y por tanto legítimo, que, en una sentencia posterior, se hagan afirmaciones distintas, y hasta opuestas, a las hechas en los fundamentos de otra anterior, siempre que el sentido del fallo, en la segunda, no sea contrario al de la primera.

Nada impide, en efecto, que en una segunda sentencia se constanten estados de cosas, o se acepten argumentos jurídicos contrarios a los recogidos en los fundamentos de hecho y de derecho de la primera, si el sentido del segundo fallo no es discrepante sino distinto o diferente. Es, por ello, que el efecto excluyente de la cosa juzgada «tiene interés sólo para aquellas demandas que contengan la misma solicitud que la que haya sido resuelta con autoridad de cosa juzgada, o que tienen por objeto la declaración de lo absolutamente contrario». Por lo tanto,

- i) En principio, cabe perfectamente que, en el fallo de una segunda sentencia, se hagan, sobre la titularidad de derechos, afirmaciones incompatibles con las que se hicieron en los fundamentos de hecho y derecho de otra, sin por ello infringir o quebrar la cosa juzgada material, ni en su vertiente negativa, ni en la positiva.
- ii) Esta contradicción tiene, sin embargo, un límite: puede hacerse, en una segunda sentencia, una declaración discrepante con los estados de hecho o de derecho que se dieron por ciertos en los fundamentos de la primera, siempre que el contenido del fallo no sea contrario sino distinto o diferente.

29. *Consecuencias prácticas.* En resumen, el reconocimiento del derecho a inscribir (por ejemplo, del heredero), exige el reconocimiento previo de la eficacia de su título (de partición) cuya inscripción pide. Pero este segundo reconocimiento, de naturaleza prejudicial, tendrá fuerza vinculante absoluta sólo en el caso de que, en el segundo pleito, el signo del fallo que se persigue fuese completamente contrario al del primero: esto es, si se persiguiese la nulidad o cancelación del asiento (24).

(24) Un análisis detenido, con ejemplos paralelos al que se recoge en el texto, en SCHWAB, cit., pág. 197: «así, por ejemplo, una sentencia que hace lugar a una pretensión derivada de compraventa o retroventa, o que la desestima, no contiene una declaración, susceptible de autoridad de cosa juzgada, del contenido del contrato de compraventa (RG 126, 237) o del derecho de retroventa (RG 135, 34). La sentencia que rechaza una acción contractual basada en error o fraude, declara con autoridad de cosa juzgada la inexistencia de la pretensión contractual, no así del error o fraude (RG 94, 105; HRR 1932, núm. 1604). Si se rechaza una acción redhibitoria se declara con autoridad de cosa juzgada la inexistencia de la pretensión redhibitoria, pero no la ausencia de vicios. *El actor podrá, por consiguiente, ejercer posteriormente la acción quanti minoris* (Warn.

En cambio, el reconocimiento del derecho, cuya inscripción se obtuvo, no impide su desconocimiento en pleito posterior, siempre que, en ese segundo proceso, se pida cosa o cosas distintas: por ejemplo, si lo que se reclama no es la cancelación de la inscripción practicada sino la rescisión de la partición por fraude (25).

Precisamente el legislador ha extendido la cosa juzgada a los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia, para impedir esta contradicción: a saber, para impedir que, por la vía de revocar las declaraciones contenidas en esos fundamentos y por tanto desconocer su fuerza prejudicial, se acabe socavando el fallo al destruir las premisas que lo sustentan. En efecto, no habría manera de conservar el efecto si se permitiese eliminar las causas que lo producen.

Por tanto, en el caso de nuestro ejemplo, prohibida, verdaderamente prohibida, estaría sólo una cosa: la consecución de una segunda resolución que declare la nulidad o improcedencia de la inscripción de la partición, cuya práctica había sido ordenada por la sentencia recaída en el verbal.

Ahora bien, si son así las cosas, con ello, tenemos suficiente para garantizar adecuada y correctamente el derecho a la tutela efectiva de la reclamación planteada.

30. *El contenido objetivo de la cosa juzgada.* La condena o absolución de la Administración, que se produzca en el fallo del recurso, no sólo es irrevisable sino que la eficacia general de la cosa juzgada impedirá que, con la finalidad de obtener un pronunciamiento de signo contrario, se vuelvan a discutir los fundamentos de hecho y derecho en que se apoyó; porque (¡ahí está lo importante!), los fundamentos de la primera sentencia, como justificantes que son de su parte dispositiva, han pasado a formar parte de ésta.

1920, 155). El rechazo o estimación de una pretensión fundada en el parágrafo 985 del BGB no declara con fuerza de cosa juzgada la existencia o inexistencia de la propiedad (Warn. 1936, 173) (...)».

(25) Es más, es incluso perfectamente posible que ese segundo fallo (que estima la nulidad y se apoya, por tanto, en afirmaciones discrepantes sobre hechos y derecho), sirva de *antecedente lógico necesario para exigir, en un tercer proceso, pretensiones cuya apreciación no sea incompatible con el sentido de lo decidido por el primero*. «Si el actor ha accionado por el pago de 1.000 marcos, haciéndose lugar a la demanda, no obstante haber alegado el demandado la inmoralidad del contrato, la cosa juzgada no se opondrá a una acción nueva, promovida por el demandado, para que se declare inmoral el contrato por haberse explotado su estado de necesidad. En el primer proceso se resolvió con autoridad de cosa juzgada sobre la pretensión de pago de 1.000 marcos, pero no afirmó o negó con fuerza de cosa juzgada la inmoralidad del contrato que fundaba la pretensión. *La apreciación jurídica que el tribunal hizo del contrato en el primer proceso sólo habría tenido carácter vinculante, en caso de una acción dirigida a lograr lo contrario de lo establecido en la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada*»: *Ibidem*, pág. 223.

En definitiva, es irrevocable no sólo el fallo de la sentencia que condena o absuelve a inscribir sino también los fundamentos en que se apoya o resultan del material probatorio, y versen sobre la existencia o inexistencia del derecho, cuya inscripción se pide.

Todo ello con una salvedad: el fallo es irrevocable pero sólo, como resulta de lo hasta ahora dicho, en relación a los títulos que se han alegado para justificar el derecho cuya inscripción se solicita, o de los que pudiesen acaso deducirse del material aportado al proceso; nunca respecto a otros completamente extraños porque, al contrario de lo que pasa con la regla de preclusión general, hasta ahí no llega el efecto excluyente de la cosa juzgada.

El reconocimiento del derecho, cuya inscripción se pide, no impedirá, por tanto, su desconocimiento, en pleito posterior, siempre que, en ese segundo proceso, se pida la cancelación o anulación de la inscripción practicada por causas o títulos distintos, que no integrasen el material del primer proceso.

En efecto, practicada la inscripción por herencia, nada impide que se cancele si, por ejemplo, había sido vendida o donada con anterioridad la finca por el causante a un tercero. Y lo mismo a la inversa: rechazada la demanda de inscribir por título de herencia, nada impide que se intente de nuevo por otro distinto, como compra o donación (26).

31. *La cosa juzgada, al contrario que la preclusión, no se extiende a otras causas de pedir.* En conclusión, la cosa juzgada cubre sólo el material procesal que se ha hecho valer en el primer pleito, o le está indisolublemente unido, porque los hechos absolutamente extraños o autónomos, al no haber sido examinados, no han podido ser tenido en cuenta ni, en consecuencia, han sido «verdaderamente juzgados», por el Tribunal.

En efecto, la cosa juzgada, al contrario que el efecto preclusivo, no impide que, en base a hechos completamente diferentes (acciones no ejercitadas, basadas en títulos o causas de pedir distintas) se intente, en otro proceso, una declaración totalmente contraria a la de la primera sentencia.

Así, ya lo hemos visto, si se niega el derecho a inscribir por herencia, nada se ha juzgado todavía sobre el derecho a inscribir por título de compra. El pronunciamiento sobre la compra, en cambio, incluiría también la usuca-

(26) «(La) causa de pedir (...) también sirve para delimitar la pretensión, y con ello el objeto del proceso y, por tanto, existirá incongruencia si el juez otorga lo pedido por el actor *por causa distinta de la alegada*. Debe tenerse en cuenta (...) que una cosa son los hechos identificadores de la causa de pedir y otra, añadida a ella y por lo mismo diferente, los hechos constitutivos y que la incongruencia también puede referirse a que el juez conceda lo pedido por el actor, pero con base en hechos constitutivos no alegados por éste». MONTERO-FLORS, cit., pág. 98.

pión sí, por ejemplo, del material aportado al primer proceso, se diese por probada la posesión ininterrumpida de la finca por plazo de treinta años (27) y la apreciación de este título de adquisición fuese congruente con el contenido de la demanda presentada: *iura novit curia* (28).

32. *El contenido implícito de la pretensión de acceso al Registro.* En resumen, la pretensión de condena a inscribir que se dilucida en el pleito se ejercita contra la Administración, pero su apreciación es imposible sin hacer un pronunciamiento previo sobre la titularidad cuya inscripción se pide. La existencia de una relación de implicación necesaria entre derechos no tiene nada de sorprendente (29):

Son numerosísimos los casos en que para absolver o condenar, el órgano jurisdiccional ha de decidir si existe y es válida y eficaz una determinada relación jurídica; si se llevó a cabo, con los requisitos exigidos para su validez y eficacia, un negocio jurídico, si alguien es titular, o no, de un derecho o cuál es su concreto contenido: si sobre todo eso —si es imprescindible, básico o fundamental para la decisión—, se juzga tras un debate real o posible.

En Derecho Hipotecario español, lo hemos visto, la inscripción es siempre «accesoria» o «declarativa» y, por tanto, sólo procede, forzosamente, si previamente se reconoce la eficacia del título cuya inscripción se exige. En

(27) «Un hecho no afirmado al menos por una de las partes no existe para el juez, y un hecho afirmado por las dos partes existe para el juez; por el contrario, el juez no puede dar por existente una norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, y no puede dejar de tomar en cuenta una norma existente, aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no, independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas (...). La alegación de una norma general y abstracta (un determinado artículo del Código Civil, por ejemplo) no puede servir para distinguir un proceso civil de otro, para individualizarlo, y de ahí que suela entenderse que los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que le sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*» (STC 20/1982, de 5 de mayo) (...). MONTERO-FLORES, cit., pág. 91.

(28) La incongruencia no puede referirse a los fundamentos de derecho alegados por las partes, pues el principio *iura novit curia* despliega aquí sus plenos efectos, siempre que su aplicación no suponga modificar el objeto del proceso o las excepciones materiales. Por ello el artículo 218.1.II, dice que *el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a los fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*. MONTERO-FLORES, cit., pág. 98.

(29) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 72. Asimismo, OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., págs. 510-512.

conclusión, en el verbal se reconoce el derecho a inscribir, ese reconocimiento que acaso se haya hecho en el verbal se vuelve irrevocable y no sólo él: con él, a esos solos efectos, también se ha vuelto irrevocable el reconocimiento de la eficacia del título cuya inscripción se pide.

33. *La sentencia recaída en el recurso judicial, siguiendo las reglas del juicio verbal, es inmutable y proporciona tutela efectiva suficiente del derecho de inscribir.* En definitiva, las declaraciones previas que haga la sentencia del verbal sobre la eficacia del título cuya inscripción se pide, serán inmutables entre las mismas partes, si bien sólo a los exclusivos efectos de condenar o absolver a la práctica del asiento que se solicita por el recurrente.

El juicio verbal, por causa de la fuerza de la cosa juzgada (no de la preclusión general de acciones), como hemos visto, ampara o respalda suficientemente la consecución de ese resultado, siempre, no obstante, con un significativo límite (30):

serán inmutables las declaraciones hechas en la sentencia respecto a estados de cosas o títulos que resulten del material procesal, pero no respecto a otros diferentes que no hayan sido aportados, porque los estados de cosas o títulos extraños al proceso nunca resultan perjudicados por la fuerza excluyente de la cosa juzgada de la sentencia pasada.

Límite que no altera la bondad del resultado y por tanto garantiza de modo suficiente que el recurso verbal proporciona tutela efectiva del derecho a inscribir que reclama el demandante.

La irrevocabilidad de la declaración previa sobre el título cuya inscripción se pide, devenida firme la sentencia recaída en el verbal, no estaría garantizada, por tanto, por la regla general de preclusión sino por la eficacia de la cosa juzgada.

(30) SCHWAB, cit., pág. 225: «si en un procedimiento nuevo se exponen hechos que no guardan relación con el material procesal del primer proceso, la nueva alegación (...) cuando la exclusión se halla establecida (...) no podrá ser efecto de la cosa juzgada. En estos casos se trata de una preclusión, ajena a la cosa juzgada. Por ejemplo, si en el primer proceso se ha fundado una acción de divorcio en el cese de la comunidad doméstica, pero la demanda ha sido rechazada, el actor no podrá alegar en un proceso nuevo la conducta antimatrimonial de la demandada, salvo que en el primer proceso no hubiese podido valerse de ese hecho. En el primer procedimiento, el tribunal no resolvió sobre la conducta antimatrimonial, ni tampoco pudo hacerlo, por no habersele expuesto ese estado de cosas. Por la alegación de la conducta antimatrimonial no se busca tampoco una declaración discrepante del estado de cosas del primer proceso, porque el cese de la comunidad doméstica y la conducta antimatrimonial constituyen dos sucesos distintos y separados. La exclusión de la nueva alegación actora no puede por lo tanto ser efecto de la cosa juzgada».

VII. EFICACIA OBJETIVA DE LA SENTENCIA Y TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR

34. *La fase judicial del procedimiento registral.* El procedimiento registral está para garantizar la legalidad de la inscripción, es decir, la concordancia del Registro con la realidad, y lo está porque cualquier discordancia envuelve serios riesgos para todos los posibles derechos perjudicados por los asientos mal practicados.

Es por ello que en el procedimiento registral no tiene otro objetivo que el de discutir la justicia, validez o alcance de los posibles perjuicios, que pueda producir en terceros la declaración de derechos cuya inscripción se pide: el registrador, cuando suspende el asiento, afirma esa posibilidad, el recurrente, en cambio, la niega.

La discusión sobre este punto, tasada como está en el gubernativo la prueba practicable, por tanto con un alcance muy limitado, era, y es, también, el cometido del recurso gubernativo. La Dirección se limita exclusivamente a decidir esta misma cuestión previa: si cree que los terceros designados por el registrador pueden resultar perjudicados, ratifica la suspensión y, en otro caso, accede a la inscripción.

Esta fue la razón de que, en nuestra primera Ley Hipotecaria se permitiese al solicitante forzar la continuación del procedimiento para obtener, ahora ya en fase contenciosa (esto es, ante los Tribunales), una decisión firme que se pronunciase, con fuerza de cosa juzgada, no ya sobre posibles sino sobre efectivos y verdaderos perjuicios en los derechos materiales, cuya colisión, por tanto, a partir de entonces, quedaba resuelta de modo definitivo e irrevocable, en uno u otro sentido. La cognición sumaria, en la fase administrativa previa, dejaba paso así, en la judicial, a una cognición plenaria.

Hasta tal punto, eran así las cosas que, en el viejo recurso judicial, no se discutía directamente sobre la existencia del derecho de inscribir: se discutía sobre la eficacia de los derechos materiales, inscritos o por inscribir; a cuyo fin, si preciso fuere, podía instarse por las partes la declaración de nulidad de títulos, e incluso de asientos ya practicados (art. 66 *in fine* de la Ley Hipotecaria) (31).

35. *El reconocimiento del derecho a inscribir el derecho cuya inscripción se pide es el reverso del desconocimiento de los derechos que presuntamente lo contradigan o limiten.* La tutela judicial efectiva del derecho de inscribir exige un pronunciamiento irrevocable sobre la aptitud registral del título cuya inscripción se pide; lo que necesariamente obliga a entablar un debate sobre la preferencia registral de los derechos involucrados:

(31) Cfr. PARDO, *La revisión*, cit. pág. 3339 y sigs.

- i) En efecto, se reconoce derecho definitivo e irrevocable a inscribir, sólo si se demuestra, de modo indiscutible, que el derecho cuya inscripción se pide, existe; pero un derecho se vuelve indiscutible sólo si media una declaración judicial de que no hay contradictorios de terceros; o que, de haberlos, tienen peor rango registral.
- ii) Ahora bien, pronunciamiento tan delicado sobre los derechos o títulos materiales exige que se ofrezca prueba plena y contradictoria sobre los extremos a que afecte el debate.
- iii) Y, finalmente, exige también que se garantice la defensa, y por tanto la participación en la discusión de todos los posibles interesados, empezando por los eventuales perjudicados que ya habían sido identificados por la Administración.

Pues bien, no hay duda de que el juicio ordinario civil garantiza el despliegue todo este juego: más dudas ofrece, en cambio, el verbal. En el juicio ordinario, ciertamente, no hay tasación de la prueba (por el contrario, rige la prueba libre), y cabe el llamamiento a todos los posibles perjudicados por el asiento, para que puedan defender, en el proceso abierto, la negativa a inscribir; sírvase o no de las mismas razones, o pruebas, alegadas o aportadas por la Administración.

Muchas de estas cosas también lo permite el juicio verbal. Así, por ejemplo, también, en éste, la prueba es plena así como posible la participación de todos los eventuales perjudicados.

Más dudoso, en cambio, es que el debate pueda alcanzar el primero de los extremos a que antes hemos hecho mención, esto es, a si el derecho cuya inscripción se discute, existe, es válido y tiene mejor rango que los contradictorios que se le oponen.

36. *La existencia de obstáculos registrales: la cancelación previa del asiento contradictorio o de mejor rango.* No hay duda de que puede canalizarse por el verbal la pretensión de inscribir cuando su reconocimiento no exija la cancelación de ningún derecho inscrito.

La cuestión no es tan fácil en el caso contrario, y no lo es, porque, mientras la condena de la Administración a inscribir supone una declaración positiva previa sobre la eficacia del título cuya inscripción se pide; la cancelación forzosa exige, en cambio, una (declaración) negativa sobre el derecho, ya inscrito, que sólo procede si demuestran erróneas o inexactas las inscripciones cuya extinción se pide:

- i) Ahora bien, la formulación, en paralelo a la pretensión de inscripción del propio título, de otra sobre la cancelación del ajeno, procederá en el verbal sólo cuando ambas están basadas en los mismos hechos, lo que exige que el título que sea causa de la inscripción del

derecho propio, lo sea también simultáneamente de la cancelación del ajeno (como sucede en las inscripciones de transferencia): por tanto, siempre que la cancelación previa exija un título distinto e independiente de aquél cuya inscripción interesa, parece que estará impedida la acumulación inicial de ambas pretensiones (art. 438.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (32).

- ii) Por lo demás, lo estará siempre que el valor del derecho, cuya cancelación sea supuesto de la inscripción del propio, superase la cuantía de 3.000 euros (lo que, dados los precios de la propiedad inmobiliaria, sucederá ordinariamente).
- iii) En cualquier caso, aún suponiendo que pueda apreciarse la existencia de conexión objetiva entre ambas pretensiones, a pesar de ser distintos los hechos que determinan la extinción del derecho que se cancela y los que fundan la adquisición del propio, como la acción negatoria tiene los mismos efectos que la desestimatoria de una reconvencción, debería ser inviable esta última, si no se mantiene dentro de la cuantía de los 3.000 euros.

37. *Eficacia irrevocable de los pronunciamientos de la sentencia sobre la existencia de obstáculos registrales y su alcance.* En resumen, normalmente el juicio verbal será inhábil para decidir si el asiento, que se estima contradictorio o preferente, está inexactamente inscrito y por tanto debe cancelarse.

La cancelación del derecho inscrito, que se oponga al que pretende inscribir el suyo, a falta consentimiento de su titular, no puede decidirse en el verbal porque exige acumular una pretensión nueva: a saber, la declaración

(32) Así parece entenderlo, al menos, una gran parte de la más autorizada doctrina española. Cmpr. artículo 438.3 de la LEC: No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: 1.ª La acumulación de acciones basadas *en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, el juicio verbal*. «El verdadero problema de esta norma especial (...) es que no es fácil precisar cuándo puede decirse que se está ante unos mismos hechos y no lo es por que la LEC contribuye a la confusión, dado que el artículo 72 viene a igualar «los mismos hechos» con título o causa de pedir idéntico o conexo. Ahora bien, una interpretación razonable es aquella que distinga: 1.º) la expresión «unos mismos hechos» debe interpretarse en el sentido de que la causa de pedir en las dos o más pretensiones sea idéntica, esto es, cuando se puede hablar propiamente de conexión propia. La identidad se produce cuando se trata de unos mismos hechos históricos y no simplemente cuando los hechos son similares. 2.º) En sentido contrario, no se estará ante unos mismos hechos cuando la causa de pedir de las varias pretensiones no sea idéntica sino simplemente conexas o impropias, con lo que se excluye la conexión en el caso de que los hechos no sean los mismos sino diferentes aunque de una misma clase (...). Estamos optando, pues, porque «unos mismos hechos» significa identidad y no conexidad en la causa de pedir». MONTERO-FLORES, cit., págs. 658-659.

previa de inexactitud del asiento a cancelar, lo que normalmente obligaría al ejercicio de una negatoria de derechos, cuya articulación precisará, por tanto, de la interposición del viejo recurso judicial del artículo 66 o del planteamiento de la acción del rectificación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Será, en cambio, hábil el verbal para discutir sobre la existencia de obstáculos registrales, esto es, sobre el alcance de otros asientos contradictorios o incompatibles, o de mejor rango que el que se pretenda inscribir. Por tanto, podrá conseguirse el asiento solicitado cuando el debate se limita a plantear si el asiento cuya vigencia se opone al demandante, tal como está redactado, es efectivamente incompatible o de mejor rango registral.

No otra deberá ser la conclusión cuando los obstáculos no proceden de la vigencia registral de asientos contradictorios, sino de la falta de documentos complementarios que, sin condicionar en modo alguno la eficacia del título, impiden su acceso al registro (prohibición de acceso o cierre registral por una norma habitualmente con rango de ley).

Así, por ejemplo, si falta la licencia de edificación o el seguro en la obra nueva, la nota de liquidación del impuesto, es incorrecta la descripción de los derechos o la identificación de los otorgantes, existe peligro de doble inmatriculación, etc., etc.

En todos esos casos la sentencia pasada en el verbal produce eficacia de cosa juzgada y por tanto no sólo el fallo sino los fundamentos en que se apoya se transforman en irrevocables.

38. *La anulación de títulos viciados o imperfectos.* Es doctrina jurisprudencial consolidada que, por regla general, la anulación o apreciación de nulidad relativa, así como la resolución, revocación o rescisión de títulos, exigen el ejercicio de la oportuna acción, bien acumulándola con la principal en la (misma) demanda o, en su caso, planteando la oportuna reconvencción (33).

Así las cosas, será difícil que, en el recurso judicial, puedan apreciarse la anulación, revocación o resolución de títulos de propiedad y será difícil porque su acumulación inicial a la petición de inscripción, o su ejercicio mediante la oportuna la reconvencción, es difícil que prospere en los juicios verbales:

- i) No parece fácil para el actor conseguir, en el «recurso judicial», como paso previo a la inscripción de su derecho, la anulación del título del tercero que le cierra el paso; y no lo parece porque, como

(33) La anulabilidad o nulidad relativa sólo puede oponerse por vía de acción, no de excepción, lo que lleva a la exigencia, en su caso, de reconvencción (...). También jurisprudencia reiterada ha estimado que la «mera anulabilidad no puede hacerse por vía de excepción, sino exclusivamente a través del ejercicio de la correspondiente acción» (SSTS 15-2-1980, 25-5-1987, 6-10-1988, 7-6-1990, 22-12-1992). Cmpr. MONTERO-FLORES, cit., págs. 777-778.

la eliminación del negocio defectuoso, «viciado», o «convaleciente», exige ordinariamente el ejercicio separado de la acción de anulabilidad o resolución, sería necesario, en nuestro caso, interponer, junto con la pretensión de inscripción del propio título, la de invalidación del contradictorio que la obstaculiza. Ahora bien, esta acumulación normalmente no prosperará en el verbal porque, tal como hemos visto, lo impedirá no sólo la cuantía de las peticiones «añadidas» sino también la circunstancia de que, por lo general, las pretensiones acumuladas raramente derivarán de un «mismo hecho» o estado de cosas (34).

- ii) No otra, por lo demás, será la conclusión, y esto sí que es nuevo, cuando la anulación, resolución o rescisión que se pretenda, sea precisamente la del título cuya inscripción se pide y, por tanto, la solicite un tercero, la Administración (caso de que pueda, porque esté legitimado para ello) o incluso el Ministerio Fiscal, en defensa de personas o intereses cuya custodia tenga encomendada. En este caso será preciso interponer la oportuna reconvención cuyas dificultades, para poder darle adecuado curso en el juicio verbal, conocemos bien (35).

39. *La defensa contra la pretensión de inscripción de título anulables o viciados.* Sería, sin embargo, manifiestamente absurdo negar, a los perjudicados por el asiento solicitado, la posibilidad de defenderse contra títulos vicia-

(34) «No se admitirá la reconvención (...) cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza»: artículo 406.2 de la LEC. Por tanto la reconvención en el juicio verbal sólo puede darse cuando corresponda este juicio por la cuantía (art. 250.2 de la LEC, 3.000 euros). Según el artículo 406.1 de la LEC, «sólo se admitirá la reconvención si existiese conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal». «La conexión exigible en la reconvención (respecto de la causa de pedir) es menos intensa que la conexión exigible a la acumulación de acciones ex artículo 72. Lo que la LEC pretende evitar es que el demandado pueda traer al proceso pretensiones que, aun dirigidas contra el mismo demandante, nada tienen que ver con aquélla a la que él mismo tiene que hacer frente. Para este tipo de pretensiones inconexas, la LEC considera preferible que el demandado inicie un proceso separado y distinto, ya que las reconvenciones inconexas rara vez suponen una economía procesal (...). Así pues debe entenderse que la reconvención es conexa cuando se basa en hechos que, aunque no constituyan strictu sensu la misma causa de pedir, sí forman parte de la misma relación jurídica que dio lugar a la demanda principal. Por ejemplo, si se presenta una demanda exigiendo el cumplimiento de una obligación, es conexa la reconvención que pide la resolución del contrato por incumplimiento de la parte contraria (...): DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001), pág. 680.

(35) También debería ser inviable, porque no proceden en el verbal, si nos atenemos al tenor literal del texto de la ley, reconvenciones sobre la titularidad o protección de derechos fundamentales y fundamental es desde luego el «derecho de propiedad». Pero ciertamente no parece ser ese el estilo que siguen los Tribunales.

dos o, en el más amplio sentido anulables, por mucho que les sea imposible conseguir en el verbal su efectiva anulación (a causa de que, normalmente, por causa de la cuantía, no pueda plantear la imprescindible reconvencción).

Una cosa es que no pueda materializarse la anulación de los títulos defectuosos y otra que no pueda impedirse su ingreso en el Registro. En efecto, impotente la mera excepción para producir la anulación e impedida normalmente la reconvencción, no podrá conseguirse ciertamente, en el verbal, la anulación del título cuya inscripción se pide. Ahora bien, una cosa es conseguir la anulación y otra permitir la inscripción (aunque, ciertamente, para impedirla, habrá que ensayar otro camino).

En efecto, según reiterada jurisprudencia registral, basta que se demuestre la condición «viciada» o claudicante o convaleciente de un contrato o título, para que, por mor del principio de legalidad registral, se vuelva inútil automáticamente para la inscripción, sin necesidad de que se obtenga su efectiva anulación.

En resumen, bastará para conseguir el resultado apetecido con que los demandados se limiten a hacer valer contra la pretensión del actor los vicios del título no como hechos extintivos sino simple y exclusivamente como «impeditivos»: no ejercerían, por tanto, una excepción de anulabilidad, por lo demás imposible, porque para apreciarla se exige acción o reconvencción; se limitarían a ejercer una «impeditiva» de la inscripción por ilegalidad del título a causa de su naturaleza claudicante, defectuosa o incompleta.

40. *La oposición a la inscripción del título por vía de excepción de eficacia «impeditiva».* Otro tanto de lo mismo habrá que concluir cuando, por tratarse más de negocios «inacabados» que de negocios «imperfectos» (36), se aduzca por los demandados la falta de permisos o autorizaciones, que no sólo completan el título sino que determinan su nulidad relativa; como pasa con las habilitaciones para obrar en representación de la Junta de Propietarios o de Consejos de Administración o Asambleas de Socios, insuficiencia de poderes, adquisiciones de inmuebles en los primeros años de una SA, etc.

Todos estos «defectos» podrán alegarse, también, por los demandados o perjudicados, mediante su interposición como excepciones meramente impeditivas de la inscripción.

En resumen, únicamente será necesaria la reconvencción cuando se pretenda, porque sea posible, conseguir la anulación del título; en los otros casos, cuando no fuese así, nada puede impedir que se hagan valer, en el recurso o juicio verbal, los vicios de anulabilidad o ineficacia interponiendo, con alcance meramente impeditivo de la inscripción, la oportuna excepción de ilegalidad del título.

(36) DÍEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil* (1965), pág. 179 y sigs.

En estos casos, como la cosa juzgada sólo se extiende a lo susceptible de ser enjuiciado, no podrá comprender aquellas alegaciones de fondo que han quedado imprejuzgadas.

41. *La alegación de la nulidad absoluta de los títulos.* Poco cambia el panorama por el hecho de que alegue el demandante la nulidad absoluta de los títulos de terceros que impiden la inscripción del propio; o porque los demandados aleguen la nulidad del título cuya inscripción se pide:

- i) En el primer caso, porque, como sabemos, hay muchas dificultades para que se pueda acumular, en un verbal, a la pretensión de inscribir, la de nulidad de los títulos contradictorios o de mejor rango (inscritos o no).
- ii) En el segundo caso, porque el ejercicio de la reconvencción se encuentra con parecidos obstáculos; y, además, en el verbal no cabe acogerse a la fórmula de posible uso en el ordinario, prevenida en el artículo 408.2 de la LEC.

Es, en efecto, mayoritaria la posición doctrinal que no cree aplicable en el verbal por vía analógica lo dispuesto para el juicio ordinario en el artículo 408.2 de la nueva LEC, con independencia de que la futura estimatoria tenga eficacia *ex nunc*, por tanto constitutiva; o sólo *ex tunc*, por tanto meramente declarativa (37).

Esto no quiere decir que no pueda alegarse en los verbales, por cualquiera de los demandados, *como impeditiva* del asiento, la nulidad absoluta del título, cuya inscripción se pide (38).

(37) «Si el demandado adujere en defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiera dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción»: artículo 408.2 de la LEC. «Debe hacerse notar que en la regulación del juicio verbal no existe una regulación expresa de esta alegación de nulidad similar a la que el artículo 438.2 hace para la compensación. Aunque no resultaría inconcebible aplicar por analogía dicha previsión, parece que la omisión obliga a entender que en el juicio verbal la alegación de nulidad, salvo que se formule expresamente como reconvencción en los términos previstos en el artículo 438.1, es una excepción a todos los efectos: DE LA OLIVA, I. DIEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios*, cit., págs. 685-686.

(38) Sobre excepciones dilatorias materiales, vid. VON THÜR, *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, 1 (1998), pág. 306, n. 62: *la excepción es suspensiva cuando (...) compete al deudor tan sólo mientras no se aclare cierta situación de incertidumbre: por ejemplo (...) hasta tanto el deudor principal haya ejercido o perdido el derecho de impugnación.* Ahora bien, en estos casos, como la cosa juzgada, ciertamente, sólo se extiende a lo susceptible de ser enjuiciado, nunca comprenderá las alegaciones de fondo que, por tanto, quedarán imprejuzgadas.

En efecto, como «no hay previsión expresa en el artículo 438 de este supuesto (de nulidad absoluta, prevenido en el art. 408.2 de la LEC), habrá que suponer que la alegación de nulidad por el demandado, a falta de reconvencción, será siempre mediante excepción» (38 bis).

42. *Las particularidades de la alegación por los demandados de causas de anulación del título, o de resolución, rescisión, revocación.* Conviene hacer una referencia especial a las particularidades que se presentan cuando se alegue, por los demandados, como «impeditiva» de la inscripción, la posible existencia de causas de anulación, resolución, rescisión, revocación o nulidad del título.

En esos casos, aunque en el verbal registral se deniegue el asiento, como hasta la sentencia que la imponga (lo que, como sabemos, exigirá normalmente juicio ordinario), no hay anulación efectiva del título, seguirá éste vivo, por lo que podrá utilizarse, en otro proceso, para reclamar una pretensión distinta o de naturaleza diferente (v.g., la reclamación del precio alzado). En efecto, para que muera el título, se necesita un nuevo acto, es decir, un nuevo título (un negocio extintivo o una sentencia judicial en ejercicio de un derecho potestativo).

Y no sólo eso. Por la misma razón, la sentencia recaída en el verbal, que acaso haya ordenado la inscripción de una compra viciada, en nada podrá obstaculizar su futura cancelación, si fuese el caso de que, en declarativo posterior, se dispusiese la efectiva anulación o resolución del título: el nuevo asiento (de cancelación) se fundaría en un nuevo título, a saber, la sentencia (o, en su caso, el negocio), en que se anule, resuelva o revoque la compra inscrita.

Precisamente porque la anulación es un *novum*, un efecto nuevo, es por lo que la jurisprudencia, como vimos, viene exigiendo, en esos casos, el planteamiento de la oportuna reconvencción: no cabe alegar nulidad como hecho extintivo antes de que ésta se produzca, pero, para que se produzca en favor del demandado, en el proceso en curso, nuestro Derecho exige reconvencción.

43. *La cosa juzgada y las excepciones o contraderechos: resumen general.* Las armas son reversibles y, por tanto, pueden usarse en procesos diferentes por la misma persona, indistintamente, tanto en la posición de reo como de actor, en defensa del mismo interés. Es decir, según se haya tomado

(38bis) Según MONTERO-FLORES, cit., pág. 778, «el demandado podrá oponer la nulidad radical o absoluta del negocio jurídico como excepción, al contestar la demanda y entonces la única consecuencia es que sobre ella no recaerá la cosa juzgada» (aunque en otro lugar de la misma obra sostiene otra cosa: *ibidem*, pág. 1634). En efecto, «la cosa juzgada alcanza (sólo) a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley»: artículo 222.2 de la LEC.

o no la iniciativa del proceso, las mismas defensas pueden servirnos como acciones o como excepciones; como fundamentos de la demanda o reconvencción o sólo de la contestación.

Ahora bien la fuerza de la declaración que sobre ellas haga la sentencia, en uno y otro caso, no puede ser, ni normalmente será, la misma. Para que las defensas del demandado resulten perjudicadas definitivamente es preciso que el reo ejercite una pretensión, es decir, se haga reconviniendo y entable por tanto la oportuna (contra)demanda.

Una cosa es servirse de una causa de nulidad absoluta y radical contra la pretensión del actor y otra como justificativa de la propia; y, por tanto, una cosa es utilizarla como excepción o fundamento de la contestación, y otra como fundamento o apoyo de una reconvencción:

- i) Y no lo es, en primer lugar, porque las excepciones no resultan afectadas por la preclusión general de acciones que sólo se produce en perjuicio del demandante o reconviniendo pero no del demandado (39).
- ii) Pero no lo es, en segundo lugar, sobre todo porque sobre ellas no se hace un pronunciamiento en el fallo y por tanto no quedan cubiertas directamente por la eficacia procesal de la cosa juzgada, ya que la sentencia se limita a conceder, o no, la pretensión formulada por el actor (40).

44. *El contenido del fallo no puede separarse de las excepciones materiales incorporadas a los fundamentos de la sentencia, pero las excepciones tampoco pueden separarse del contenido del fallo.* Si se quiere que la declaración sobre las excepciones forme parte del contenido del fallo, el demandado tiene que pretender alguna cosa: esto es, debe reconvenir directamente o, en el caso del juicio ordinario, al menos, mediante la fórmula atenuada que permite el artículo 408 de la nueva LEC.

Si, por el contrario, se mantiene firme en su posición de demandado y usa las defensas materiales sólo como excepciones, pasarán a integrar, en su caso, los fundamentos de hecho o derecho de la sentencia. Por tanto, la declaración que se haga sobre ellas quedará irrevocable entre las partes, sólo a los efectos de garantizar la inmutabilidad del fallo emitido, pero no de cualquier otro distinto que pueda intentarse con posterioridad y no sea el mismo o su con-

(39) Cfr., más arriba, notas 13 y 20.

(40) Sobre si la cosa juzgada alcanza los pronunciamientos, expresos o implícitos, de la sentencia relativos a las defensas o excepciones del demandado, cfr. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 409 y sigs. En un sentido bien diferente, CORTES DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General* (2001), pág. 361 y sigs.

trario. En resumen, en ese caso, el pronunciamiento judicial tendrá un valor menor (prejudicialidad relativa).

La diferencia práctica, entre uno y otro supuesto, es importante porque sólo las declaraciones que se hacen en la parte dispositiva del fallo, no en los fundamentos que lo amparan, tienen valor prejudicial absoluto a efectos de un segundo proceso entre las mismas personas (41): en efecto, la prejudicialidad absoluta se limita sólo a las declaraciones del fallo y siempre además que aparezca como antecedente lógico del objeto que se ventila en el segundo proceso, es decir, en un proceso posterior (art. 222.4 de la nueva LEC).

VIII. UNA ÚLTIMA RESTRICCIÓN: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL COMO VARIANTE DEL PROCESO DOCUMENTAL

45. *El juicio verbal en que se controlan las calificaciones es un proceso especial.* Existe una última restricción a la cosa juzgada que deriva del hecho de que se decida, acaso, considerar el recurso judicial como una variante de un proceso documental.

Sin duda el recurso judicial del 328 de la LH es un proceso especial. Se trata ahora de saber hasta dónde debemos llevar la especialidad. En concreto la duda está en si su objeto se circunscribe a la decisión sobre la existencia e inscribibilidad del título material (art. 2 de la Ley Hipotecaria) o sólo del

(41) «Lo *resuelto* con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin al proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de que sea su objeto (...): artículo 222.4 de la LEC. *La prejudicialidad absoluta de las declaraciones del fallo es sólo en pleito posterior y por tanto operativa sólo cuando el segundo pleito es realmente nuevo.* En efecto, están condenados al fracaso, porque violarían la cosa juzgada, los intentos de utilizar, como antecedente lógico, el fallo de una segunda sentencia, para conseguir en un tercer proceso un pronunciamiento contrario al obtenido en el primero: esto es, para revocar en juicio posterior, utilizando como puente la sentencia obtenida en un proceso intermedio, lo fallado en otro anterior. Ciertamente, de la condena a inscribir, en el recurso judicial, no cabe deducir en un proceso posterior otra cosa que el derecho a la inscripción misma pero, de una declaración de la propiedad, obtenida en juicio ordinario, sí cabría deducir, en un tercer pleito, muchas cosas. Y, en efecto, podrán deducirse muchas otras cosas salvo precisamente una: el reconocimiento (o desconocimiento) judicial de la propiedad, incorporado a un fallo, no puede hacerse servir para conseguir en pleito posterior la condena a inscribir (o a cancelar) el título, cuya inscripción (o cancelación) fue ya denegada en pleito anterior: esto es, mediante fallo de sentido contrario al ya dictado en recurso judicial anterior, que se había pronunciado sobre la misma cuestión. La propiedad no puede tenerse por viva y muerta, a la vez, en pleitos distintos, que persiguen el mismo objeto entre las mismas partes. En conclusión, la prejudicialidad del fallo opera sólo sobre pleito posterior, pero no debe tenerse por posterior, a estos efectos, un pleito cuyo objeto estaba decidido porque la misma cuestión ya fue resuelta antes por otro anterior.

título material, pero tal como se recoge en el documento que ha sido presentado y calificado por el registrador (art. 2 en relación con el 3 de la Ley Hipotecaria).

Si fuese así, no habría duda de que el actor no podría fundar su pretensión en pruebas diferentes a los documentos presentados y calificados.

En efecto, aunque el objeto litigioso sea el mismo en ambos casos, la resolución recaerá exclusivamente sobre la pretensión de derecho material, que por su apoyo documental, el Tribunal está autorizado para resolver.

46. *Consecuencias procesales.* Es relativamente fácil demostrar que, de conceptuarse así el proceso, se explicarían con toda facilidad las especialidades, hasta ahora analizadas, del recurso.

Así, por ejemplo, aunque el actor pretenda apoyar su demanda no sólo en el título formal presentado sino en otro distinto, deberá limitarse el Tribunal a resolver sobre la base del primero.

En efecto, aunque la pretensión procesal sea la misma, si se funda en prueba documental no aportada al registrador en su día (desde luego si la prueba que ofrece no es documental), tendrá el Tribunal que abstenerse de resolver. A la inversa, si se considera inválida la escritura por defecto de forma, poco importa que aporte el demandante otro documento distinto para apoyar su petición, el Tribunal tendrá también que rechazar la demanda (42).

Todo ello en nada limita la posición de los presuntos perjudicados por el asiento, que, si se personan, podrán hacer uso de cualesquiera excepciones y medios de prueba para demostrar los posibles vicios del título presentado, hayan sido o no observados por el registrador.

47. *La limitación de excepciones y restricciones de prueba.* Es a este efecto ilustrativa la comparación con el proceso cambiario. Aquí, al igual que allí, no existe limitación alguna por razones de orden procesal.

En principio, la limitación de excepciones puede obedecer tanto a la específica configuración del derecho subjetivo (tasa material de excepciones) como a las particularidades del proceso a través del cual se deduce la pretensión fundada en aquel derecho (tasa procesal de excepciones) (43).

Pues bien, en nuestro caso no existe tasa procesal alguna, porque de ningún sitio se disponen limitaciones semejantes a las que, por ejemplo, resultan para los ejecutivos de los artículos 557 y siguientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

(42) Sobre la cosa juzgada y proceso documental, SCHWAB, cit., pág. 209.

(43) Cfr. C. PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», en A. MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1992), pág. 255. Asimismo OLIVA, Díez PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 1387.

La oposición de los perjudicados tiene por tanto el mismo alcance y admite el mismo espectro tanto si se tramita la reclamación del asiento por el proceso verbal especial, como si se deduce en un declarativo o mediante el ejercicio de la acción de rectificación (sobre el alcance de la cosa juzgada en el proceso cambiario, cfr. art. 827.3 de la LEC).

48. *Oposición de los perjudicados por asiento y los medios de prueba.* Es evidente que en otro caso, de poco serviría el verbal para controlar la legalidad material de la conducta de la Administración y, en consecuencia, procurar la tutela efectiva que se echaba en falta.

Serán, por ello, admisibles todos los medios de prueba que aporte el demandado y lo serán porque «todos los medios de prueba son admisibles en todos los juicios verbales, aunque no siempre haya sido así (...)». La LEC de 2000 no ha limitado los medios de prueba (ni siquiera para) los procesos sumarios; esos procesos se reconducen hoy, todos ellos, al juicio verbal (art. 250.1) y en la regulación de éste no hay alusión a limitaciones probatorias (art. 445).

IX. JUICIO ORDINARIO Y JUICIO VERBAL: COORDINACIÓN DE ACCIONES

49. *El juicio verbal permite controlar la legalidad de la conducta de la Administración registral al tiempo que proporciona tutela efectiva al derecho de inscribir.* Al contrario que el juicio ordinario sobre la nulidad de los títulos, del que hablaremos después, el verbal registral no sólo procura tutela efectiva a la pretensión de inscribir sino que también, tal como pasa en el contencioso-administrativo, controla la legalidad de la actuación administrativa.

El verbal registral permite, en efecto, el ejercicio de una Jurisdicción, a la vez, «subjética» y «plenaria», que son las dos premisas sobre los que nuestra jurisprudencia ha construido el paradigma del control constitucionalmente correcto cuando, de vigilar la legalidad del comportamiento de la Administración, se trata (44).

En cualquier caso el juicio verbal proporciona tutela efectiva suficiente a la pretensión que se ejercita, tal como la CE exige, ya que cancelar asientos y anular títulos no puede ser, en efecto, la función del recurso registral sino decidir si el demandante tiene derecho a que se inscriba el título que se presentó y calificó (45).

(44) Cmpr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, cit., págs. 576 y 620.

(45) No puede ser cometido de un juicio en que se controla la legalidad de la Administración declarar la invalidez de otros títulos distintos, estén o no inscritos, cuya

Es por ello natural que, así las cosas, haya que preguntarse por el papel que pueda todavía cumplir el «otro» recurso: el que, siguiendo los trámites del juicio ordinario, entendía sobre la validez o nulidad de los títulos y que tan lánguida vida, basta repasar las colecciones de jurisprudencia, llevaba en la práctica.

50. *Dualidad de vías procesales. El juicio ordinario sobre la eficacia o ineficacia de los títulos.* Mantiene el legislador el tradicional plenario para conseguir la inscripción no directa sino indirectamente planteando un juicio ordinario sobre la validez o eficacia de los títulos.

En ese caso será parte sólo aquellos interesados que puedan resultar perjudicados por la práctica del asiento que se solicita (cfr. art. 40 de la Ley Hipotecaria) y no, tal como pasa en el verbal, la Administración, porque legalmente se ha prohibido (art. 139 del Reglamento Hipotecario).

En consecuencia, respeta el legislador las dos vías tradicionales conocidas en nuestro Derecho para conseguir el asiento: la vía administrativa a la que se añade ahora el derecho a la revisión jurisdiccional, y la antigua vía judicial directa (esto es, sin pasar por el gubernativo) ante los Tribunales civiles.

En efecto, aunque el objeto de ambos procesos no sea exactamente el mismo ni tampoco su alcance subjetivo (en uno se ejercita una pretensión declarativa y en el otro de condena, en el primero contra los titulares de derechos que puedan resultar perjudicados, en el segundo contra la Administración); *la causa petendi* normalmente será única y persigue además el mismo resultado, a saber, la práctica del asiento en base a un mismo título (precisamente aquél cuya inscripción se pide).

Es por ello que, de permitirse la tramitación simultánea e independiente de ambos procesos, existe el riesgo de que puedan dictarse pronunciamientos, en todo o en parte, contradictorios, porque además el objeto del declarativo será

cancelación no se había solicitado, ni la anulación efectiva de los presentados a inscripción cuando es innecesaria para la finalidad pretendida, alterando, de esta forma, caprichosamente, el régimen general que, para estas cuestiones, ha dispuesto el legislador procesal. Por tanto, servirá el juicio verbal a nuestros propósitos:

- i) Si, para denegar el asiento, no es necesaria la anulación del negocio claudicante sino que basta la simple estimación de su «convalecencia».
- ii) Si, para denegar el asiento, puede hacer el Tribunal, en el verbal, un pronunciamiento sobre la excepción de nulidad absoluta o radical del título aunque sea a los solos y exclusivos efectos de inscribirlo o no inscribirlo.
- iii) Si, para denegar el asiento, es suficiente la constancia de asientos contradictorios, ya que la presunción de «legitimidad registral» exige para ser enervada una sentencia contraria en juicio ordinario.
- iv) Si, para denegar el asiento, puede apreciar el Tribunal la existencia de obstáculos registrales, cualquiera que sea su índole.

normalmente prejudicial en el verbal y los pronunciamientos de éste perjudicarán a los terceros afectados por el asiento con lo que, a la postre, serán los mismos los demandados en el verbal y el ordinario (cfr. art. 76.1 de la LEC).

51. *La posible concurrencia de los dos procesos: su acumulación.* Según el artículo 328 *in fine* de la LH, el recurso judicial contra la Administración, una vez iniciado, nunca se paralizará o suspenderá definitivamente por la iniciación del ordinario: en efecto, la interposición del «procedimiento judicial (sobre la nulidad o validez del título) en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso».

Entiéndase bien, no es que, en curso el proceso ordinario prohíba el legislador que pueda plantearse el verbal: lo que se prohíbe es sólo que, en curso el verbal, pueda paralizarse la resolución definitiva del recurso por la simple interposición del ordinario:

- i) Así resulta del hecho de que lo que se impide es que, por la simple interposición del ordinario, proceda paralizar no el trámite sino la resolución del verbal lo que, sin duda, exige que ya se hubiese iniciado.
- ii) Y resulta, sobre todo, de que lo que se impide no es exactamente la suspensión del verbal sino sólo la paralización definitiva de su resolución.
- iii) En fin, lo que literalmente se excluye es que se paralice el verbal, si se interpuso antes el recurso contra la Administración, pero no si el primero en entrar fue el ordinario.

52. *La coordinación de procesos: el riesgo de división de la causa.* En consecuencia, la norma privilegia el verbal, si se inicia antes que el ordinario, pero nada nos dice sobre lo que procede, o puede hacerse, si se interpone después.

La predilección por el verbal, hasta cierto punto parece razonable, y no sólo por su superior celeridad, sino también, lo que tiene enorme importancia cuando se discute la inscripción, porque gran parte de los problemas que se plantean no justifican el rigor que impone la opción por el ordinario.

En cualquier caso, lo que no se impide por el legislador es la acumulación del ordinario al verbal anterior, si eso fuese posible según las reglas generales (46), y si fuese imposible, desde luego lo que tampoco impide es la

(46) «Así, si —por ejemplo— el proceso más antiguo es un verbal y a él pretende acumularse un ordinario, es obvio que no resulta aceptable a la luz (...) (del 77.1 de la LEC) que se acumularan y siguieran sustanciándose como un verbal. Ahora bien, del tenor de los artículos 79 y 84 no se deduce que esté prohibida una conversión del procedimiento que se estuviera siguiendo en el proceso más antiguo al más moderno. Así, no se ve cuál

suspensión del verbal hasta que se resuelva el ordinario, si así se solicita y lo entiende el Juez por causa de prejudicialidad civil, siempre que no proceda plantear la excepción de litispendencia en el ordinario (47).

Nada dice, en cambio, la norma sobre si, en curso el procedimiento ordinario, se plantea el verbal, por lo que hay que entender que en ese caso regirán las reglas generales. En efecto, si pendiente el ordinario, pudiese iniciarse el recurso verbal y tuviera que seguirse hasta el final, el riesgo de pronunciamientos contradictorios, y a la postre de algún modo inútiles, desde luego, estaría servido (48).

puede ser el inconveniente para admitir que un ordinario se acumule a un verbal y una vez ambos en similar estado, se continúe la tramitación por las reglas del juicio ordinario (...). En otro orden de cosas, resulta dudosamente admisible la acumulación de un proceso sumario y uno plenario (...). No obstante, si la acumulación no supone pérdidas procesales, no habría motivo para negar la acumulación (...). DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 212.

(47) «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de una cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, *sino fuera posible la acumulación de autos*, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá (...) decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial»: artículo 43.1 de la LEC. Comenta I. DíEZ-PICAZO: «La prejudicialidad a que se refiere (...) (el art. 76.1 de la LEC, trata de) evitar que la sentencia firme con fuerza de cosa juzgada que ha de desplegar sus efectos prejudiciales se dicte separadamente y/o con posterioridad a la sentencia dictada en el proceso en que dichos efectos deben desplegarse (...). De este modo, cabe decir que el instituto de la acumulación de procesos se ha querido utilizar por el legislador como instrumento al servicio del tratamiento de la prejudicialidad civil en el proceso civil, en la medida en que en ésta se da el riesgo de resoluciones contradictorias (...); así (...) del mismo modo en que se suele decir que *la litispendencia es una institución protectora o tutelar de la cosa juzgada —en su eficacia negativa—, la acumulación de procesos, en la nueva LEC, pasa a ser con claridad la institución tutelar de la prejudicialidad (...)* (GARCÍA INCHAUSTI). *Ciertamente, la acumulación de procesos (...) (está al servicio de) la prejudicialidad (...), pero no es la única. (...) está también el tratamiento dado al problema en el artículo 43. No obstante, del tenor de este último precepto se deduce su carácter subsidiario respecto a la acumulación de procesos, en la medida en que la suspensión del proceso civil que el mismo permite sólo es procedente si no fuere posible la acumulación de autos. (...). Así si la acumulación ya no es posible (...) porque lo impidan las normas (...) de procedimiento*». DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 211.

(48) Para un análisis detenido de la acumulación de procesos: DE LA OLIVA, I. DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., 212. «(...) sólo procederá la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites, o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales, siempre que concurra alguna de las causas expresadas en este capítulo»: artículo 77.1 de la LEC. «La acumulación de procesos sólo se ordenará: 1.º Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro. 2.º Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pida exista tal conexión que, de seguirse por separado, puedan dictarse sentencias con pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes»: artículo 76 de la LEC.

53. *Justificación de la subsistencia del antiguo recurso judicial a tramitar por el declarativo ordinario.* Por tanto, el campo propio del ordinario será cubrir aquellos huecos que deja libres el verbal. Así las cosas, por lo pronto, existen tres:

- i) Cuando la satisfacción de la pretensión de inscripción exija la cancelación de asientos vigentes contradictorios porque se estimen nulos, inexactos o improcedentes.
- ii) Cuando se pretenda por los terceros perjudicados la anulación efectiva del título del presentante, cuya inscripción se pide, porque se estime que adolece de vicios de anulabilidad, nulidad relativa o radical y absoluta.
- iii) Cuando se pretenda justificar la demanda o pretensión de inscribir no en el título formal presentado sino en otro distinto.
- iv) Cuando el pretendiente del asiento exija el reconocimiento de la validez o eficacia de su título a la contraparte o a terceros porque éstos le niegan su concurso, debido o prometido, pero en cualquier caso necesario, para integrar el indicado título, sanarlo o convalidarlo a fin de proceder a su inscripción (así, v.g., cuando se le niegan la ratificación del *dominus* o del mismo poderdante, la elevación a forma pública de los documentos privados, la entrega de certificaciones indispensables de órganos administrativos, societarios o comunidades de propietarios, etc.).

X. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TERCEROS EN EL RECURSO JUDICIAL

54. *Los posibles perjudicados por el asiento que se pide y el recurso judicial.* La firmeza de la resolución que se dicte en el verbal (por la que se estime o desestime la pretensión de inscribir), y, por tanto, la inamovilidad de los «estados de cosas» y de la «apreciación jurídica» que la fundamenta, sólo se conseguirá, si se concede a los posibles perjudicados por la sentencia, la oportunidad de defenderse.

Por tanto habrá que extender a los terceros con posibles derechos en el inmueble, además de a las partes, los pronunciamientos previos, y no sólo la parte dispositiva de la sentencia; y habrá que hacerlo porque, en otro caso, el Tribunal sólo podría hacer sobre la pretensión de condena que ejercita el solicitante, declaraciones provisionales.

55. *La fuerza vinculante de la sentencia frente a los terceros.* En resumen, si se quiere que los pronunciamientos de la sentencia sobre la relación central debatida puedan perjudicar, de «modo directo e insoslayable», a ter-

ceros, la cosa juzgada deberá extenderse, con el mismo alcance y fuerza, también a las que constituyen su antecedente lógico o necesario.

Ciertamente, porque el proceso discurre por el verbal, y no el ordinario, al estar prohibida o ser muy difícil la acumulación, esos pronunciamientos sólo tendrán un valor meramente prejudicial porque no integrarán la parte dispositiva del fallo.

Por tanto, de dictarse sentencia definitiva con la presencia sólo del peticionario insatisfecho (demandante voluntario) y la Administración, demandada por el actor, podrían resultar perjudicados en forma directa otros sujetos (los titulares de los derechos perjudicados si la inscripción improcedente se consuma) y no sólo perjudicados por la sentencia como hecho (como les pasaría a sus acreedores) o por efectos reflejos (como les pasaría a sus causahabientes) (49).

Por tanto, la presencia de los titulares de derechos, en peligro de cancelación o postergación incontestada, para el caso de practicarse el asiento, procede no por razón de utilidad sino de necesidad, a saber, es debida por razón del principio de defensa, no del de armonía o economía (50).

(49) La cancelación o postergación de derechos por causa de una inscripción improcedente, esto es, sin consentimiento de sus titulares, perjudicaría de hecho:

- i) A los acreedores insatisfechos del titular del derecho improcedentemente cancelado o postergado por cuanto no podrán anotarlo de embargo o deberán contentarse con anotar uno devaluado.
- ii) Y de derecho: en primer lugar, a los propios titulares de los derechos, cancelados o postergados por la inscripción irregular; y, en segundo lugar, a sus causahabientes por cuanto, cancelados o postergados los derechos de sus causantes, no podrán inscribir los suyos o deberán hacerlo con rango inferior.

Los perjuicios de derecho son de triple orden: primero, los derivados del principio de cierre registral por cuanto el derecho perjudicado no podrá inscribirse, en su caso reinscribirse, mientras le vedan el acceso registral los incompatibles, defectuosamente inscritos; segundo, los producidos por el principio de prioridad por cuanto los títulos, aún los irregularmente inscritos, prevalecen, por hipótesis, sobre los cancelados o postergados; tercero, los inducidos por el principio de fe pública, por cuanto los derechos mal inscritos pasarán definitivamente al que los adquiera, a título oneroso y de buena fe. Vid. PARDO, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda* (1997), pág. 29.

(50) Cfr. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice* (1984), pág. 233 y sigs. Parece sensato exigir la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierta que las partes están usando el proceso con fines fraudulentos, sino en primer lugar cuando se identifiquen «terceros que puedan verse afectados por la cosa juzgada de la sentencia». En nuestro caso, es presupuesto inseparable del reconocimiento del derecho del solicitante a inscribir su título, la decisión sobre si dañará, o no, efectivamente, el asiento a aquellos terceros que la Administración, cuya resolución se impugna, ha identificado como posibles perjudicados por su práctica. Habrá que notificar, por tanto, a todos cuantos puedan estimarse perjudicados por la pretensión del demandante (recurrente) y, por tanto, afectados directamente por la sentencia, ya que la clarificación de su «situación (jurídica) es el objeto mismo de la discusión»: STC 53/1988, de 24 de mayo. En estos casos; «ante la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario, el instrumento para darles la oportu-

56. *La comunidad en causa y el llamamiento a los terceros.* En resumen, la pretensión de condena a la Administración, que ejercita el actor, presupone el enjuiciamiento previo del derecho cuya inscripción se pide, pero esa declaración implica, como antecedente lógico necesario, otra de naturaleza alternativa sobre asientos o derechos de terceros (con conexión objetiva con el derecho que pretende inscribir el actor: conexión objetiva necesaria) porque todos los asientos o derechos enjuiciados tienen que recaer o, al menos afectar de alguna manera, a la finca sobre la que el recurrente exige inscribir el suyo (51).

En el proceso civil, la «comunidad en causa» venía legitimando para proceder al llamamiento de los posibles afectados por la sentencia. Se discutía sólo si ese llamamiento implicaba siempre «la proposición de una (nueva) demanda que diera lugar a la acumulación necesaria y subsiguiente de una nueva causa conexa con la originaria» (52).

En la doctrina italiana domina el parecer de que, sólo en casos muy contados, para garantizar la utilidad del proceso, debe exigirse la integración del contradictorio y por tanto proceda apreciar la excepción de litisconsorcio (53).

Normalmente se estima suficiente la *litisdenuntiatio* del proceso a los terceros directamente afectados cuya «finalidad (consiste simplemente) en informar legalmente de la pendencia de una causa (denuncia de la litis) (...), al doble efecto de ponerles en condiciones de participar en ella y de extenderles también los efectos de la cosa juzgada que se forme sobre los elementos comunes de la relación debatida (...)» (54).

57. *La situación procesal de los terceros.* Esta declaración no siempre exige el planteamiento de una nueva pretensión que haga adquirir a los terceros la condición de parte y deba producir cosa juzgada sobre el (nuevo) objeto procesal, introducido por la propia llamada; cosa juzgada, por lo demás, que sería objetivamente diferente de la que se produce sobre el objeto originario del proceso.

Precisamente porque no es así, el llamado, que no comparece, no se transforma en rebelde; y la causa que constituía el objeto del proceso sigue siendo la misma, como seguirá siendo el mismo el objeto de decisión de la sentencia: sentencia, por lo demás, con eficacia de cosa juzgada entre las

nidad de intervenir en el proceso será la notificación de la pendencia del mismo»: así CORDÓN, *Comentario al artículo 150*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 639 y sigs.

(51) CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 2 (1922), pág. 715.

(52) Como quería CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4 (1926), pág. 956.

(53) CHIOVENDA, *Principios*, cit., págs. 715-716.

(54) CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2 (1962), pág. 341.

partes iniciales (demandante y Administración) pero no sólo entre ellas porque, aquí está lo importante, extenderá su fuerza prejudicial sobre determinados elementos o aspectos comunes de las relaciones civiles subyacentes (tanto de la que afirma el actor como de las que oponen los terceros) cuya apreciación es presupuesto para la condena o absoluciónde la Administración demandada (55).

58. *Tutela judicial efectiva de la pretensión de inscribir y llamamiento de los terceros.* Es precisamente en estos casos cuando, no tanto en vista a proteger el interés de las partes o de los terceros como el de la Justicia, procede realizar el llamamiento judicial a los terceros, mejor en la forma prevista en los artículos 60 y 64 de la LJCA, menos severa que la del artículo 107 de la Ley Procesal italiana en la que piensa TROCKER, cuando razona de la misma manera: no se trata tanto de garantizar sentencias «lógica o teóricamente compatibles», sino de evitar «sentencias de hecho incompatibles».

O lo que es lo mismo: se trata de evitar que sentencias jurídicamente válidas, por haberse pronunciado entre «legítimos contradictores», impliquen en la práctica una denegación de tutela y, por tanto, del efectivo cumplimiento de los propios derechos materiales (56).

En otro caso, «la sentencia será inútil e ineficaz, no ya respecto a los no demandados, sino incluso respecto a los litigantes (...). Más que un riesgo (por tanto) de injusta extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron y no pudieron defenderse, el riesgo sería el contrario: que la sentencia sea imposible o inútil porque no afecte a quienes debería afectar, si ha de servir para algo» (57).

Ya CALAVROS sostuvo que las diversas formas de denuncia del litigio protegen los intereses de las partes y no los de los terceros; y reciben sustento constitucional del artículo 103.1 de la Grundgesetz (en su caso, con el apoyo del 19.4) que garantiza no simplemente el derecho de audiencia sino, más allá, también el derecho de acción, esto es, el derecho a la jurisdicción (Justizanspruch) que obliga al Estado a procurar protección efectiva a la pretensión (y oposición) ejercitada (58).

(55) Pues bien, para poder conseguir todo esto, será imprescindible que la fuerza prejudicial de la sentencia no se limite sólo a la parte dispositiva de la sentencia sino que alcance también a sus fundamentos o premisas, tanto fácticas como jurídicas (parágrafo 72 de la ZPO) para lo que basta, desde luego en la legislación alemana, la correcta denuncia de la pendencia del proceso al tercero con independencia de que llegue o no a participar (parágrafo 74.3 de la ZPO).

(56) TROCKER, cit., pág. 456.

(57) Vid. el excelente comentario de I. Díez-PICAZO en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 182.

(58) CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter* (1978), pág. 26 y sigs. Conculca el derecho a la tutela efectiva «aquellas normas que impongan requisitos impedi-

59. *El juicio civil y el llamamiento de los terceros por el Tribunal.* Procedera, por tanto, realizar la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierta que las partes están usando el proceso «con fines fraudulentos» sino, en primer lugar, cuando se identifiquen «terceros que puedan verse afectados por la cosa juzgada de la sentencia».

En nuestro caso, es presupuesto inseparable del reconocimiento del derecho del solicitante a inscribir su título, la decisión sobre si perjudicará, o no, efectivamente, el asiento solicitado a aquellos terceros; en primer lugar, a los que la Administración, cuya resolución se impugna, haya identificado como posibles afectados por su práctica.

En consecuencia, habrá que notificar a todos cuantos puedan estimarse perjudicados por la pretensión del demandante (recurrente) y, por tanto, afectados directamente por la sentencia, ya que la clarificación de su «situación (jurídica) es el objeto mismo de la discusión»: STC 53/1988, de 24 de mayo.

En estos casos, «ante la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario, el instrumento para darles la oportunidad de intervenir en el proceso será la notificación de la pendencia del mismo» (59):

A este fin, recibido el expediente, el Tribunal a vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días (art. 150 de la LEC).

tivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto a los fines que persigue el legislador; como asimismo lo serán (en los mismos casos y bajo las mismas condiciones), la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de acciones o de los recursos legalmente establecidos» (SSTC 206/1987, 60/1988 y 147/1989).

(59) Así CORDÓN, *Comentario al artículo 150*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 639 y sigs. Sobre la necesidad de respetar el principio de audiencia, incluso en procesos sumarios, STC 135/1986, de 31 de octubre (indefensión de mujer separada ocupante de la vivienda que no puede intervenir en el juicio de desahucio contra su marido arrendatario); STC 58/1988, de 6 de abril (indefensión del subarrendatario que no es oído en el juicio de desahucio seguido contra el arrendatario); y STC 6/1992, de 16 de enero (indefensión del arrendatario a quien se desaloja sin oírle en el sumario hipotecario). Para este último caso, una completa síntesis en LARRONDO, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: exposición sistemática», en *BCERC*, 86 (1999) 305 y sigs.

XI. ALGUNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN: EL PAPEL DEL ABOGADO DEL ESTADO

60. *La legitimación pasiva del Estado.* Dispone el apartado cuarto del artículo 328 de la Ley Hipotecaria que la Administración del Estado sea representada y defendida por el Abogado del Estado.

Hemos visto que, en nuestro sistema registral, entran unos derechos porque salen (dejan de estar protegidos) los contradictorios o se postergan los compatibles (pérdida de rango) y que, por ello, para practicar el asiento, se exige el consentimiento de todos los posibles perjudicados por su práctica (arts. 18 y 20 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, perjudicados por una inscripción improcedente, nunca normalmente será el Estado porque los posibles asientos o derechos conculcados, si se practica la inscripción solicitada, habitualmente ni pertenecen no están inscritos a favor del Estado.

Al contrario, los asientos ya extendidos lo están normalmente a nombre de personas privadas y, por lo que se refiere a los derechos, incluso a los públicos (por cuya inmunidad haya que velar aunque no estén inscritos), ni su defensa corresponde forzosamente al Abogado del Estado (¿y el Fiscal?) ni tienen porqué pertenecer necesariamente al Estado sino que pueden ser de los Municipios, Autonomías u otras entidades públicas.

61. *La defensa de los terceros es independiente y no está subordinada a la que realice la representación del Estado.* El Abogado del Estado no puede disponer ni de derechos (ni menos de asientos ya extendidos), cuya titularidad no corresponda al Estado (cuando su postergación sea presupuesto necesario para la práctica de la inscripción discutida); por tanto no podrá arrogarse su gestión procesal a falta del oportuno poder de sus titulares (arts. 24 y 33 de la Constitución):

La indefensión no ha quedado eliminada (...) por el hecho de que la defensa de la legalidad de las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso contencioso la asumiera el Abogado del Estado, ya que aquí lo que se denuncia no es otra cosa que la falta de emplazamiento personal y consiguiente posibilidad de hacerse oír directamente en un proceso en el que se debate un asunto que afecta a los derechos e intereses del (no emplazado) que invoca tal infracción constitucional. Con independencia de que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo reitere o no el contenido de la sentencia impugnada, la demandante de amparo tiene derecho de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional (...) a ser emplazada personalmente en el proceso contencioso porque, en este caso, su derecho es a ser oída

al margen de que las alegaciones coincidan o no, entera o parcialmente, con las de cualquiera de las partes que hayan comparecido en el proceso» (STC 31-5-1983).

Es por ello que los posibles perjudicados por asiento que se solicita, como hemos visto, deben ser llamados por el Juez para que puedan ejercer su propia defensa y no serán nunca representados por el Abogado del Estado. Hasta tal punto es esto así que cuando los posibles derechos o intereses perjudicados pertenezcan al Estado, no será necesario dirigir la demanda al Abogado del Estado y bastará con hacerlo directamente contra el Ministerio Fiscal. En efecto, dispone expresamente el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria que:

cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración tenga un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal.

62. *El verdadero papel de la representación del Estado.* Justifica, en cambio, que la demanda se plantee contra la representación del Estado, el interés que el recurrente tiene en que no se vea entorpecida la ejecución de la sentencia estimatoria que acaso pueda llegar a conseguir. En efecto, es una Administración del Estado, en este caso la registral, la encargada de, y por tanto obligada a, hacerlo (por lo que no bastaría con la presencia de los perjudicados por su práctica).

Por lo demás, la personación de la representación del Estado es necesaria no sólo para evitar que aparezcan sorpresas (obstáculos o resistencias) de última hora de naturaleza puramente registral: un juicio en que interviniesen sólo los particulares, no serviría para que los Tribunales ejerciesen control sobre la actuación administrativa, sencillamente porque en él, por hipótesis, no sería parte la Administración.

Por tanto, por causa del principio de audiencia, ya que, en definitiva, también se hace un pronunciamiento de condena contra el Estado y que le obliga, será indispensable su comparecencia (60).

(60) Por lo demás, el Estado tiene interés en llamar a los posibles perjudicados por el asiento: precisamente para asegurarse de que no incurrirá en responsabilidad por su práctica. *Conexión condicional negativa*: se trata de evitar que la parte (en este caso la Administración), en caso de ser condenada, pueda ser declarada responsable (por mala gestión procesal) frente a un tercero (el titular de los derechos materiales, incritos o no, pero perjudicado por el asiento que se mandó practicar) por los daños que (la sentencia del verbal) pudiera irrogarle: lo que suele pasar cuando, como en nuestro caso, «una parte actuara en un proceso gestionando un derecho ajeno»: LÓPEZ-FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español* (1990), pág. 134.

63. *La defensa de los perjudicados cuando su identidad es difusa o indeterminada.* Existen, sin embargo, casos en que los posibles perjudicados son terceros desconocidos. Así pasa, por ejemplo, en los supuestos de insuficiente descripción de fincas, deficiente identificación de personas y sus circunstancias personales, infracción del principio de determinación en hipotecas y otros derechos, posibles perjuicios para sustitutos fideicomisarios condicionales, cancelaciones de prohibiciones de disponer, etc.

A todos ellos, si quiere proporcionárseles la tutela efectiva a que tienen constitucionalmente derecho, se precisa nombrarles un defensor. Para evitar su indefensión, es precisamente por lo que el legislador ha decidido que asuma la representación de sus intereses aquel registrador, que en aras a su tutela había dispuesto en su día la suspensión del asiento y extendido la oportuna nota de calificación.

En resumen, los perjudicados directos, a quienes se ha notificado la calificación, se defienden por sí mismos; en cambio, los no notificados, porque no son identificables y no pueden personarse, son defendidos por el registrador (*a contrario*, art. 328.4 reformado de la Ley Hipotecaria).

Esa es la principal razón de por qué, en el procedimiento judicial, se reconoce al registrador una legitimación extraordinaria, que, tanto en la fase administrativa previa como en la posterior judicial, le obliga, so pena de incurrir en responsabilidad, a personarse en el proceso y ejercer la defensa de los susodichos interesados.

XII. CONCLUSIONES

64. *El juicio verbal dispensa la tutela constitucionalmente exigida a todos los derechos e intereses implicados.* El juicio verbal, tal como está regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento, permite cumplir con los objetivos que resultan de los principios constitucionales de legalidad y tutela efectiva; a un nivel parecido al que viene haciéndolo el contencioso-administrativo típico.

En primer lugar porque, como en el contencioso-administrativo, será el actor quien con su petición determinará el objeto del proceso. Corresponderá, en consecuencia, al demandante elegir, como expresamente autoriza la nueva Ley de Enjuiciamiento, el tipo o clase de tutela que quiere y por tanto la pretensión que ejerce (art. 5 de la LEC): simplemente declarativa de la ilegalidad de los motivos invocados por la Administración, constitutiva de anulación de la resolución dictada, o de condena a inscribir el título cuya inscripción fue denegada.

En segundo lugar porque, como en el contencioso-administrativo, la sentencia dictada tendrá eficacia de cosa juzgada formal y material sobre la cues-

ción planteada: la inscribibilidad del derecho cuya inscripción se pide en base a los documentos presentados y calificados negativamente. Para sostener otra cosa sería preciso que el artículo 328 de la Ley Hipotecaria dijese lo contrario; y que se sepa no lo hace en ningún sitio (cfr. art. 447 de la LEC). Por tanto, si el contradictorio fuese integrado correctamente, la pretensión ejercitada de condena y la sentencia estimatoria, el pronunciamiento positivo será firme e irrevocable y la Administración estará obligada a practicar el asiento (61).

En tercer lugar porque, como en el contencioso-administrativo, tampoco en el verbal, el principio dispositivo «constituirá un obstáculo para que (...) el Juez aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir». En efecto, según el artículo 218.1.1 de la nueva Ley Procesal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá el Tribunal conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (62).

En cuarto lugar porque, como en el contencioso-administrativo, no hay oposición tasada y son admisibles todos los medios de prueba aportados por los posibles perjudicados que se opongan a la práctica del acierto; y lo serán porque «todos los medios de prueba son admisibles en todos los juicios verbales (...)». La LEC de 2000 «no ha limitado los medios de prueba (ni siquiera para) los procesos sumarios; esos procesos se reconducen hoy, todos ellos, al juicio verbal (art. 250.1) y en la regulación de éste no hay alusión a limitaciones probatorias (art. 445)» (63).

(61) «*Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen estos efectos*: artículo 447.3 de la LEC. Cfr. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I (2001), págs. 1520-1521. No deja sin embargo de sorprender que algunos continúen defendiendo la idea de que un juicio «pequeñito» sólo pueden producir decisiones «pequeñitas». Como si de un juicio de faltas no pudiesen resultar, al contrario de lo que pasa todos los días, indemnizaciones multimillonarias. Si hay contradicción y prueba libre y el proceso es, por tanto, plenario; estamos ante un juicio jurisdiccional y por tanto un juicio que produce todos sus efectos típicos. Por lo demás, en el Registro se ventilan cuestiones importantes pero también muchas veces, más que formales, formalistas y sobre derechos de escaso valor. Pensemos en la falta de una de las cifras del DNI, existencia de contradicción de apellidos, omisión de juicios notariales, mala descripción de las fincas, falta del recibo del catastro o incluso de la distribución de precio o la hipoteca, etc.

(62) Cfr. MONTERO-FLORS, cit., pág. 88. «Los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirvan para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza el aforismo *iura novit curia*» (STC 20/1982, de 5 de mayo).

(63) Es más, según el artículo 429.1.2 de la LEC, «cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efec-

En quinto lugar porque, como pasa en el contencioso-administrativo y ordena también el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria, nada impide que, para integrar adecuadamente el contradictorio, se llame al proceso a todos los posibles afectados por la sentencia. En el proceso civil, «por disposición del Tribunal también (debe notificarse) la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare» (art. 150.2 de la LEC) (64).

65. *Peculiaridades del juicio verbal.* En resumen, el mal llamado «recurso», introducido por el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, constituye un juicio especial por razón de la materia.

Como nada se dice en el precepto en cuestión de que la tutela sea sumaria, estamos ante una materia que se sustrae al proceso ordinario que correspondería por razón de la cuantía y se reconduce al juicio verbal, independientemente de cuál sea aquélla. Estamos, en consecuencia, ante un juicio plenario rápido y especial.

Como dicen MONTERO y FLORS, en el juicio verbal, «al servicio del acierto en la decisión y del respeto a las garantías de las partes, se pone una regulación procesal y procedimental en la que se cumple con los principios básicos de conformar un proceso con todas las garantías, y en los que se aseguran los de contradicción e igualdad, pero, partiendo de ello, la pronta respuesta a la petición de tutela del ciudadano que acude al órgano judicial pasa a convertirse en el primer fin a conseguir» (65).

66. *Valoración final.* Esto no quiere decir que el ámbito de la posible cognición, y por tanto de la cosa juzgada y de la fuerza preclusiva del proceso, tengan el mismo alcance que en el juicio ordinario.

La apuesta por la celeridad en la tramitación limita, por ejemplo, la posibilidad de reconvenir, o de acumular acciones, lo que no puede menos que

tuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente (...). Esta norma es aplicable al juicio verbal (cfr. art. 443.4.2 de la misma ley).

(64) «Pero el apartado 2 (del art. 150) va más allá, y permite al tribunal notificar una resolución a personas que no son parte en el proceso pero que (...) *pueden verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare* (...). En (este) caso parece que se está refiriendo a sujetos que de acuerdo con el artículo 12.2, aunque deberían ser parte en el proceso, no han sido llamados al mismo. La notificación del tribunal podría originar, pues, la intervención a que se refiere el artículo 13. En estos casos, si no acudiere voluntariamente este sujeto al proceso, el tribunal debería hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 420.3 (...): cfr. DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001), pág. 311.

(65) MONTERO-FLORS, cit., pág. 136.

repercutir en el contenido y alcance del pronunciamiento que es posible conseguir. En efecto, sin discusión, no hay juicio y, sin juicio, tampoco pronunciamiento definitivo: la prohibición de indefensión juega aquí en toda su plenitud.

Así, en concreto, en algunos casos el objeto del debate, en el verbal, sólo podrá versar sobre la existencia de posibles defectos del título o de probables perjuicios para derechos o asientos de terceros.

En esos casos, para rechazar la pretensión o demanda del asiento, no se exige una comprobación judicial de la concurrencia de verdaderos y efectivos vicios o perjuicios y no se exige, porque, en los susodichos casos, el verbal no lo permite. Por ejemplo, para que decaiga el derecho a inscribir que el demandante reclama, en razón de la especialidad del proceso elegido, bastará:

- i) Con que resulte la posible nulidad o ineficacia del título que se esgrime, sin necesidad de tener que proceder a su anulación efectiva.
- ii) O la colisión del asiento, que se pide, con otros ya practicados, sin poder discutir la legalidad de éstos, porque la pretensión de inscripción y la de cancelación del asiento contradictorio son diferentes, y el verbal no siempre permitirá acumularlas.

De ahí que se deje a salvo, por el legislador, el derecho del solicitante, a quien se deniega el asiento, de proponer, en juicio ordinario, «demanda para que se declare la validez» de su título (art. 66.2 de la Ley Hipotecaria).

CELESTINO PARDO NÚÑEZ