

Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad

SUMARIO: I. ACTUALIDAD DEL TEMA.—II. EL RECURSO GUBERNATIVO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL.—III. RECURSO JURISDICCIONAL ANTE EL ORDEN CIVIL.—IV. ARTICULACIÓN CONCRETA DE ESE RECURSO JURISDICCIONAL.—V.- ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO.—VI. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.—VII. ESA RESPONSABILIDAD A LA VISTA DE LA ÚLTIMA NORMATIVA ADMINISTRATIVA.—VIII. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA PROMOVER EL RECURSO JURISDICCIONAL.—IX. EL LITIGIO PLENARIO ENTRE LOS PARTICULARES.

I. ACTUALIDAD DEL TEMA

La materia del recurso gubernativo y sus incidencias posteriores estaba clamando por una modificación legal. La reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/98 no era el cauce adecuado. Su anulación por la Sala Tercera del TS lo demuestra sobradamente.

En las jornadas que la Dirección del Servicio Jurídico del Estado organizó en el año 2001 sobre la seguridad jurídica precontenciosa, el que suscribe presentó comunicación sobre la forma en que entendía debían quedar los recursos contra las calificaciones registrales negativas. Aún no se han publicado los trabajos de esas jornadas, pero a fines de ese año 2001, y esta vez por vía legal, se modificó la Ley Hipotecaria en ese tema del recurso gubernativo y trámites judiciales posteriores. Desde luego no en la línea que poco antes había defendido el que esto escribe.

Por eso en 16-XII-2002 y ante la Academia Sevillana del Notariado hice una exposición crítica del nuevo sistema instaurado por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos para el 2002 y que ya contaba con experiencias

prácticas. Tampoco se ha publicado aún el volumen que recogiera tal intervención.

En cambio, por la siguiente Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de XII de 2002 se modificó el sistema instaurado un año antes, para permitir que el Registrador pudiera recurrir por vía judicial la Resolución de la Dirección General que hubiera revocado su calificación.

La materia, que ya venía siendo seguida de cerca por la doctrina, ha concitado últimamente importantes aportaciones. Así en la *RCDI*, el número 676, correspondiente a III y IV del año 2003, publica una aguda aportación de CELESTINO PARDO sobre el control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir. A su vez en la *RAP*, el número 160, de I a IV de 2003, inserta el trabajo de CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sobre el actual recurso gubernativo en el sistema registral español. Y está reciente la aparición del tercer tomo del *Derecho Inmobiliario Registral* de JOSÉ MANUEL GARCÍA donde, en sede del principio de legalidad, se estudia a fondo el tema de los recursos frente a las calificaciones registrales.

La cita de aportaciones podría alargarse desmesuradamente porque el tema está cobrando rabiosa actualidad. Pero el objeto de estas líneas no es recapitular todas esas opiniones, sino presentar en forma conclusiva las propias. Será en la línea de lo que expusimos en 2001 y 2002, y con plena libertad para pronunciarnos críticamente frente a la solución legalmente adoptada y sus últimas modificaciones. Al hilo de nuestra opinión podrán apreciarse las coincidencias o discrepancias con lo que otros autores han mantenido al respecto.

II. EL RECURSO GUBERNATIVO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL

Sobre el recurso gubernativo propiamente dicho, esto es, el que se da ante una calificación negativa y del que entiende la Dirección General, la opinión es claramente positiva. El que se haya eliminado la primera instancia ante el Presidente del TSJ tiene consecuencias claramente beneficiosas en cuanto a celeridad del procedimiento y coherencia del sistema. La reducción del plazo para recurrir es igualmente correcta.

En cambio pensamos que ese recurso gubernativo debió conservarse para las regiones que tienen derecho foral o administrativo propio. Primero, porque en muchos de esos recursos se ventilan cuestiones propiamente registrales y de principios hipotecarios, donde el criterio y parecer de ese centro directivo es sumamente valioso.

En segundo lugar porque ese conocimiento general de la Dirección General es el que permite mantener y conservar una doctrina hipotecaria que siempre ha tenido extraordinaria relevancia. Al menos en la vía gubernativa se preservaba la unidad.

En tercer término, el que ese centro directivo sea de carácter estatal no impide que pueda pronunciarse sobre un ordenamiento especial o foral, que también forma parte del total del Estado. Piénsese que la inicial calificación la efectúa un funcionario, el Registrador, que desempeña una función encomendada por el Estado.

Y no podía ser menos cuando la Constitución Española, al enumerar en el artículo 149 las competencias exclusivas del Estado, incluye entre éstas la ordenación de los Registros Públicos, de los cuales el de la Propiedad es el paradigma.

Finalmente, eso mismo es lo que ocurre con los órganos jurisdiccionales. La única jurisdicción es estatal y sin embargo los tribunales y juzgados radicados en el territorio de derecho foral son los que se pronuncian sobre la aplicación e interpretación de éste. Y en apelación lo hacen las Audiencias Provinciales que forman parte de esa única jurisdicción.

Otra cosa es que, tratándose de esos ordenamientos forales, la última palabra la tenga el TSJ de esa Comunidad. Pero el que a éste se reserve la final decisión no impide que antes se hayan pronunciado sobre el tema los órganos a que por su competencia corresponda. Y entre ellos el centro directivo especializado en la materia registral.

III. RECURSO JURISDICCIONAL ANTE EL ORDEN CIVIL

La Resolución de la Dirección General debe consentir un posterior recurso jurisdiccional, pues así lo exige el principio de tutela judicial y el de sometimiento de la Administración al derecho. Y defendemos que de ese recurso debe entender siempre el orden jurisdiccional civil. Porque la materia hipotecaria o registral es como una ampliación del derecho común; y su objeto, la propiedad y los derechos reales, es típicamente civil. Se excluye, pues, el recurso contencioso-administrativo.

Y ello con independencia de que las cuestiones que se planteen en ese recurso jurisdiccional sean de fondo o de forma o procedimiento. No cabe separarlas artificiosamente; y el órgano jurisdiccional competente estará perfectamente capacitado para resolver las unas y las otras por su orden. En última instancia, la jurisdicción es única.

El conocimiento del orden civil es también con independencia de que en el recurso hayan podido tocarse cuestiones relacionadas con el Derecho administrativo o con el ordenamiento laboral. En último extremo incidirán en materia hipotecaria o registral y con afectación a la propiedad y demás derechos reales.

Ahora bien, para esos casos en que en el recurso se debatan materias conexas con el Derecho público o laboral, parece oportuno que en el tribunal

decisor se integre algún magistrado especializado en esos órdenes, para que así el asunto pueda resolverse con las mayores garantías de acierto. Al fin y al cabo, una composición mixta de las salas de justicia no es algo insólito en nuestro Derecho, sino por el contrario algo normal cuando se trata de deslindar órdenes jurisdiccionales.

En ese recurso jurisdiccional la Resolución de la Dirección General habrá de ser defendida (salvo caso excepcional) por el Abogado del Estado. Esto en realidad es una obviedad y viene exigido por la propia LOPJ. Si el centro directivo forma parte de la Administración, es claro que su decisión la defiende quien es el defensor nato de aquélla. El TS así lo ha confirmado.

Lo cual no quiere decir que el representante del Estado usurpe la defensa de particulares o impida la que éstos quieran hacer. Porque en materia registral, como en tantas otras, en realidad la Administración interviene más que en defensa de los intereses propios, en tutela del interés general; y muchas veces en funciones que vienen a ser como arbitrales respecto a los intereses contrapuestos de particulares. Toda la materia de la propiedad industrial es un caso típico de ello.

En esos supuestos defender el acuerdo de la Administración puede significar también proteger el interés del particular beneficiado. Pero aquella Resolución hubo de inspirarse en la búsqueda de la utilidad general; y por supuesto el que la defiende el representante nato de la Administración no impide que el particular afectado pueda comparecer también para esa defensa, como coadyuvante o aun con una plena intervención procesal.

Si para el recurso gubernativo el párrafo añadido al artículo 327 de la LH en XII de 2002 establece que el Registrador lo trasladará a los titulares que pudieran resultar perjudicados por la Resolución a dictarse en su día, parece lógico que, también conforme al párrafo añadido al artículo 328 en 2002, cuando se trata del recurso jurisdiccional esos interesados puedan no sólo interponerlo, sino también comparecer como afectados en el procedimiento.

En este caso, la notificación o emplazamiento habría de realizarla la Dirección General cuando conozca que se ha interpuesto dicho recurso ante los tribunales. Y ello con independencia de enviar a éstos el expediente tramitado. También el tribunal podrá acordar alguno de esos emplazamientos cuando por cualquier circunstancia hubiera sido omitido. Es lo que hoy establece el artículo 328, apartado 3, de la LH, pero referido al juez de primera instancia y al juicio verbal.

IV. ARTICULACIÓN CONCRETA DE ESE RECURSO JURISDICCIONAL

Hasta ahora se ha hablado de recurso ante el orden jurisdiccional civil. Pero es hora de concretar la propuesta. Y la que se formuló a mediados de 2001 y la que se reitera ahora es que de ese recurso debía conocer la Sala de lo Civil del TSJ. Si sus presidentes ya habían tenido estrecha relación con el recurso gubernativo, ahora, cuando la intervención sería no antes de la Dirección General sino después y para revisar lo hecho por ella, resultaba lógico que fuera la Sala y no sólo su Presidente quien actuara.

Anteriormente se había dicho que para aquellos casos de materias mixtas, un magistrado de esa Sala podía ser sustituido por otro de la correspondiente del orden contencioso-administrativo o del social. Pues todas esas Salas existen en el TSJ. Además, con esta fórmula que proponemos se establecería una fundamental igualdad de régimen entre las regiones de Derecho Foral y las de Derecho Común. En efecto, en todos los territorios habría una instancia gubernativa de la Dirección General y otra jurisdiccional ante el TSJ. Piénsese que hoy, con la reforma de la LH por la Ley de XII de 2001, en las regiones de Derecho Foral sólo existe la instancia jurisdiccional al TSJ; y en cambio, en las de Derecho Común una gubernativa ante la Dirección General y luego el juicio verbal civil que podría alcanzar hasta tres instancias o grados. La desigualdad es verdaderamente irritante.

El recurso jurisdiccional que se ha propuesto ante el TSJ habría de ser esencialmente rápido. El plazo de interposición hoy previsto para el juicio verbal de dos meses parece razonable. Después su tramitación sería sumaria. Formalizado el recurso y hechos los emplazamientos y envío del expediente al tribunal, bastaría con las alegaciones de aquéllos que hubieran comparecido y la contestación escrita al recurso por parte del Abogado del Estado. Todo ello podía quedar concluido en breve plazo.

Como decía con acierto el Magistrado VALLS GOMBAU, en trabajo publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 82, de I y II del 99, el tráfico inmobiliario y más el mercantil no puede dejarse a un «tempo» dilatado que disuada a los litigantes y convierta la impugnación en un medio carente de contenido efectivo, que es lo que hoy ocurre con una instancia gubernativa y hasta tres posibles jurisdiccionales en las regiones de Derecho común.

El mismo autor se inclina por el carácter sumario de la impugnación. Además los medios probatorios se restringirían a los contenidos en el expediente tramitado y los que para mejor proveer pudiera acordar el tribunal, si tienen conexión con la Resolución que fue recurrida.

En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ PEGO, en el tomo VII, volumen 5 de los Comentarios al Código Civil dirigidos por ALBADALEJO y al

tratar del artículo 66 de la LH. El limitado ámbito objetivo de la impugnación ha de ser el mismo que el del recurso gubernativo del que proviene directamente, y por tanto el mismo que el de la propia calificación registral. Por ello, la sentencia recaída en esa impugnación no produce cosa juzgada en el proceso sobre la validez o nulidad del título.

Ya para el recurso gubernativo, el actual artículo 326 de la LH prescribe que el mismo debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación registral, rechazándose las pretensiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. En realidad, si el jurisdiccional es también un recurso y rápido, debía tener esas limitaciones.

Porque además esa vía del recurso jurisdiccional es independiente del juicio declarativo que las partes pueden entablar entre sí sobre la validez o nulidad del título. Previsto ese juicio como única solución en la LH de 1861, la de 1869 lo articuló como independiente del recurso gubernativo y le dedicó el artículo 66 que, prácticamente sin modificación, ha llegado a la LH vigente.

En el recurso jurisdiccional que hemos propugnado ante la Sala de lo Civil del TSJ, la Resolución recurrida la defenderá el representante procesal habitual de la Administración. No parece que sea necesario en ningún caso la presencia procesal del Registrador que calificó.

Si la Dirección General revocó su calificación y ello es recurrido, lo normal es que el recurrente vaya en la misma línea que en su momento se sostuvo al calificar. Y si la Dirección General la confirmó, el defensor de la Administración ratificará con su defensa ese criterio, que es el mismo que en su día mantuvo el Registrador.

No obstante, en trabajo recientemente publicado, se ha transcrito jurisprudencia menor que permitía la entrada del funcionario calificador en el actual juicio verbal civil (que es el que vendría a ser sustituido por ese recurso al TSJ). En definitiva, ya VALLS adelantaba que esa presencia podría ser como coadyuvante. Y de alegarse algún interés del Registrador en la comparecencia, tampoco se vería inconveniente en aceptarla, pues esa legitimación por interés cada día se ha ampliado más. Esto supondría empero, un cambio en lo que era postura tradicional de la legislación hipotecaria.

Supuesto que del recurso jurisdiccional conocieran las Salas de lo Civil de los TSJ, la unidad de jurisprudencia no sería posible; a pesar de tratarse sobre la inscribibilidad o no de los títulos y de la problemática propia de los principios hipotecarios. Por ello VALLS, en aquel trabajo de 1999, propugnaba un recurso de casación en interés de ley ante la Sala Primera del TS.

Lo recogimos también en nuestra comunicación a las jornadas de 2001. Entendíamos que ese recurso habría de formularlo el Abogado del Estado cuando lo estimara oportuno el Ministerio, a instancias de la Dirección Ge-

neral. En definitiva sería una salvaguarda de la doctrina registral o hipotecaria; y nunca se daría para las materias de Derecho Foral o privativo de una comunidad, en las que el TSJ tiene la última palabra.

V. ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

Frente al criterio aquí defendido, algún autor, en concreto el citado al principio CELESTINO PARDO, se ha pronunciado abiertamente en contra de cualquier proceso o recurso sumario, al entender que no proporcionan una efectiva tutela judicial, ya que ésta sólo puede conseguirse a través del proceso plenario que produzca eficazmente la cosa juzgada.

Frente a ello sólo cabe decir que la nueva LEC contiene numerosos casos de tutela judicial sumaria (sobre todo en el art. 250 al tratar del juicio verbal), muchos de los cuales tienen una antiquísima y fructífera tradición. Es más, en materia típicamente hipotecaria, el actual artículo 698 de la LEC, sobre reclamaciones ante la ejecución de bienes hipotecados, no puede ser más expresivo. Pues, conforme a su apartado 1, cualquier reclamación... no comprendida en los artículos anteriores, se ventilará en el juicio que corresponda, sin entorpecer el procedimiento; y ello aunque versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, cuantía o extinción de la deuda.

Por supuesto, la validez de estos procesos sumarios ha sido ratificada por nuestro Tribunal Constitucional, siempre que al interesado le quepa acudir a un proceso plenario donde debatir lo que no había tenido encaje en el procedimiento especial.

Supuesto ello, la admisión del sumario es un problema de política legislativa. Y cuando se está debatiendo una calificación registral y la posibilidad de que un título acceda al Registro de la Propiedad o al Registro Mercantil, parece preferible que esa cuestión pueda decidirse en términos y plazos razonables y con garantías también suficientes, y no que el debatir aquello suponga seguir una vía judicial plenaria con varias instancias y una duración que puede ser desmesurada. Sobre todo cuando, como última garantía, a los interesados queda siempre ese juicio plenario donde contender entre ellos con toda amplitud.

Frente a esa duración desmesurada, que es la que se desprende de la legislación hoy vigente, habría que ver si el sistema que hemos propuesto no resolvería el problema razonablemente bien, en la inmensa mayoría de los casos y con evidente celeridad. Porque cuando estaba vigente el anterior régimen del recurso gubernativo (primero ante el Presidente del TSJ y después a la Dirección General), puede afirmarse que los procesos plenarios que posteriormente se siguieron sobre la misma materia fueron ciertamente escasísimos. Ahí están las colecciones de jurisprudencia. Y con la fórmula

aquí propuesta aun las garantías serían mayores, porque tras la Dirección General es una Sala del TSJ la que se pronuncia en revisión de lo por aquélla decidido.

Como se ha aludido antes al proceso de ejecución de hipotecas, sí procede una disgresión sobre un extremo del mismo que guarda relación con el artículo 698 de la LEC, antes mencionado.

En aquel procedimiento los artículos 133 y 134 de la LH, a los que ha dado nueva redacción la LEC vigente, regulan el testimonio de la adjudicación al rematante y el mandamiento de cancelación de cargas. En vista de éste se cancelará la hipoteca que fue a la ejecución y todas las cargas, gravámenes... posteriores a ellas, sin excepción. Esto es algo normal y tradicional en nuestro Derecho.

Pero la innovación está en el también reformado artículo 131 de la LH. «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas».

Con ello queda sin efecto la virtualidad de una anotación de demanda, que era mantener una situación inalterable desde que se practica hasta que recae la sentencia, para que así ésta pueda tener plena efectividad. Ello no ocurre en ese artículo 131, aunque se declarara la nulidad de la hipoteca por triunfar la demanda anotada.

Con razón FERNÁNDEZ BALLESTEROS, en su obra sobre la ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva LEC, entiende que esa restricción excesiva del artículo 698 va contra lo que sería razonable. Porque cabe una injusta ejecución y que el deudor no pueda impedir que se subaste indebidamente una finca por una obligación que no existe. Con el agravante de que se cancela la anotación de demanda.

Con todo, la indefensión no es absoluta. Porque el apartado 2 de aquel artículo 698 permite que, al formular la reclamación en el juicio que corresponda, podrá solicitarse asegurar la efectividad de la futura sentencia mediante retención de la cantidad que hubiera de entregarse al acreedor. Lo que no podrá dejarse sin efecto es la enajenación de la finca, a pesar de la posibilidad de nulidad de la hipoteca.

Ahora bien, esta durísima especialidad viene impuesta por la protección singular que en nuestro derecho merece la garantía hipotecaria. Pero para todos los demás supuestos la anotación preventiva de demanda podrá cumplir la finalidad de garantía que le es propia y que está al servicio de la tutela judicial efectiva.

VI. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

Los autores que defienden a ultranza la presencia del Registrador en los recursos y procesos judiciales posteriores a su calificación basan esa postura en la posible responsabilidad que a aquel funcionario pudiera sobrevenir por su defectuosa calificación, y en que la intervención en aquellos procesos es una forma adecuada para impedir que surja tal responsabilidad.

Esto nos lleva a una consideración sobre ese tema del cuándo sea responsable quien calificó; tema que tiene su importancia y precisamente por ello se anunciaba en el mismo título de este trabajo.

La materia de la responsabilidad, que prácticamente no ha sufrido variaciones desde la primera Ley Hipotecaria, aparece hoy regulada en el artículo 296 de la vigente de 1946. Según el mismo, los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen:

«1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro.

2.º Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.

3.º Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente.

4.º Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal sin el título y los requisitos que exige esta Ley.

5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado por esta Ley».

Basta ver el precepto para apreciar que no se decreta responsabilidad del funcionario por suspender o denegar una inscripción o asiento, si entiende que existe defecto que lo impone. Y precisamente esa calificación negativa es la única que puede ser objeto del recurso gubernativo y de su posterior impugnación judicial.

Aclara aún más la cuestión el siguiente artículo 297: «Los errores, inexactitudes u omisiones expresadas en el artículo anterior no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción, anotación o cancelación».

Sobre tal precepto alguna observación. En primer lugar, que el mismo establece una causa de exención a la responsabilidad prevista en el artículo anterior (que el error tenga su origen en el título y no sea de carácter notorio), pero no un nuevo supuesto (que sería el sexto) a que anudar aquella responsabilidad. Y en segundo término, es significativo que ese error o defecto se

predique del título «inscrito»; y es que, cual antes se dijo, no está prevista responsabilidad por denegar fundadamente la inscripción.

Esta opinión ha sido la defendida por la tradicional doctrina hipotecaria. Para BARRACHINA PASTOR el artículo transcrito arriba no establece responsabilidad por calificar malamente el título objeto de inscripción. Porque ese funcionario no es infalible. El error de concepto lo puede padecer hasta la mentalidad más privilegiada. Si se exigiera responsabilidad por la apreciación jurídica se cometería una gran iniquidad. Recuerda que las contradicciones o rectificaciones se pueden encontrar en las Resoluciones de la Dirección General y hasta en las sentencias del TS.

El clásico MORELL Y TERRY mantiene la misma opinión. Al tratar de los recursos frente a la calificación registral recuerda que el Título XII de la Ley, que se ocupa de la responsabilidad de los Registradores, no comprende el caso de que por la denegación de (la inscripción de) un título, se irroguen perjuicios a los interesados. Por supuesto que al alcance del particular estaba el recurso gubernativo frente a tal denegación.

Pero es al comentar el artículo 313 de la Ley (el que ahora es el 296), cuando se pronuncia más contundentemente. Si el Registrador no inscribe o anota, por estimar que existen defectos derivados del título o del Registro, no incurre nunca en responsabilidad. La razón está en que los interesados pueden evitarse todo daño y perjuicio, haciendo uso de los medios legales que se les conceden para enmendar la calificación.

Sólo exceptúa el caso de que se tratase de una negativa enteramente caprichosa y sin expresión de los motivos, que equivaldría a no inscribir, ni suspender ni denegar oficialmente, dentro de los términos legales.

Algo más proclive a la responsabilidad en ese caso es CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, cuando entiende que aquélla podría derivarse de la calificación negativa del Registrador si la misma es debida a una ignorancia inexcusable.

Pero para ello sería necesario que el interesado no hubiera dejado firme la calificación denegatoria; pues lo que no tiene sentido es conformarse con ella (al no interponer el recurso gubernativo) y al mismo tiempo reclamarle daños y perjuicios en la vía judicial.

VII. ESA RESPONSABILIDAD A LA VISTA DE LA ÚLTIMA NORMATIVA ADMINISTRATIVA

Tras exponer esa doctrina tradicional, con la que sustancialmente estamos de acuerdo, podría pensarse que la misma es restrictiva en cuanto a los supuestos de responsabilidad del Registrador y que se aparta de esa tendencia moderna de proteger cada vez con mayor eficacia a quien hubiera sido perjudicado. Y aún más tras que la Constitución Española haya proclamado

como principio general el de la responsabilidad y en su artículo 106, apartado 2, establezca que los particulares sean indemnizados por las lesiones que sufran y que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Porque parece claro que el Registro de la Propiedad o el Mercantil son verdaderos servicios públicos, como ya destacara LÓPEZ MEDEL.

Ese principio de responsabilidad de la Administración está recogido en la Ley 30/92 en el artículo 139. Se establece aquélla siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En ambos casos hay deber de indemnizar; y se está ante una responsabilidad prácticamente objetiva, puesto que sólo se exceptúa el caso de fuerza mayor.

Ahora bien, si esa es la tendencia en cuanto a la Administración, no puede decirse lo mismo respecto a la responsabilidad de los funcionarios. En esto segundo la reciente evolución ha sido enormemente significativa.

Así en la Ley 30/92, redacción inicial, el artículo 145, apartado 1, prescribía que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Era pues responsable la Administración.

Pero luego el artículo 146, dentro de ese capítulo sobre responsabilidad del personal, y con la rúbrica de responsabilidad civil y penal, establecía que esa responsabilidad de ambas clases «del personal al servicio de las Administraciones Públicas, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

El que esto escribe, en la obra colectiva editada por el Ministerio de Justicia con los estudios y comentarios sobre la Ley 30 del 92 (Madrid, 1993), indicaba que, ante el silencio de la nueva ley, la única respuesta es que continuaba vigente la Ley de Maura de 1904 y su Reglamento. Lo cual suponía, claro es, que el funcionario había de responder frente al particular perjudicado que lo demandara.

Pues bien, en ese panorama incide abiertamente la reforma que por Ley 4/1999, de 13 de enero, se introduce en la anterior Ley 30/92. Ya lo dice el apartado VI de la Exposición de Motivos de la ley reformadora. «Desaparece del artículo 146 toda mención a su responsabilidad civil (de las autoridades y personal de la Administración) por los daños producidos en el desempeño del servicio». «Y en concordancia con ello, en la Disposición Derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23-IX-1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos». Lo que indica que estaban vigentes.

Aparte esa derogación, el artículo 146 de la Ley en su rúbrica ya no se refiere a la responsabilidad de los funcionarios, sino sólo a la de tipo penal. Así el apartado 1 dice ahora que «la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil

derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

Se ha cerrado pues el ciclo. Ahora el particular perjudicado por esa conducta de los funcionarios en el desempeño del servicio público, a quien ha de reclamar es a la Administración; y directamente como sigue diciendo el apartado 1 del artículo 145 de la Ley 30/92.

Podríamos decir que se ha buscado la máxima protección para el particular perjudicado, pero también la defensa bastante acentuada del funcionario o personal al servicio de la Administración. Y la pregunta surge: ¿es que el caso de los Registradores constituye una brillante excepción a lo segundo?

Porque eso ocurriría si, por una tendencia de proteger al máximo al usuario de los Registros Públicos, los supuestos en que el Registrador era personal y civilmente responsable, no sólo se conservaran desde su antigua proclamación en la LH, sino que se ampliaran para cubrir cualquier error, inexactitud o negligencia.

Y se trataría de verdadera excepción al régimen general indicado, porque el artículo 274 de la vigente LH establece en su apartado 2, que los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales. Aparte, el tratamiento de Señoría en los actos de oficio. Sería una excepción bien perjudicial.

Es cierto que los Registradores califican bajo su responsabilidad, como claramente acuerda el fundamental artículo 18 de la LH. Y lo hacen con plena independencia. Pero su responsabilidad civil es la que concreta la LH en el artículo 296, que ya se ha transcrito. Y vimos que no alcanzaba al caso de suspender o denegar la inscripción de algún título o documento.

Cuando el que un funcionario responda personalmente frente a tercero de su actuación es prácticamente una excepción al régimen general de aquéllos, lo que no cabe es aplicar una interpretación extensiva y casi analógica a los supuestos de la responsabilidad de los Registradores, la cual viene determinada por el artículo 296 de la LH, mientras que por norma legal posterior no sea modificado.

Es más, en artículo del que esto escribe publicado en la *RCDI*, número 620, de I y II de 1994, sobre la anotación preventiva de embargo, se indicaba que en nuestro sistema registral, a pesar de ser avanzado, pueden a veces producirse fallos que lo son del propio sistema y que sin embargo cabe que produzcan daños a particulares. Pues bien, para ese caso decíamos que se podría pedir la responsabilidad patrimonial del Estado, que es quien mantiene la institución registral como servicio público.

Algo parecido podría mantenerse para aquellos supuestos en que, sin ser procedente la responsabilidad del Registrador, con arreglo a la normativa hipotecaria, se hubiera causado algún perjuicio al usuario de ese sistema registral.

Se cierra esta larga disgresión sobre responsabilidad. Si hicimos mención de ella es porque los varios autores que propugnan una decidida intervención del Registrador en los recursos judiciales relativos a su calificación se basan en la necesidad de defenderse frente a una posible responsabilidad que más adelante se les pudiera exigir. Ya hemos visto que ello rara vez ocurre y que cuando la ley establece aquélla es para otros supuestos distintos.

VIII. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA PROMOVER EL RECURSO JURISDICCIONAL

A la vista de lo anterior, puede anticiparse nuestra crítica negativa a la reforma introducida en el artículo 328 de la LH por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos de 2003, y que permite que el Registrador pueda impugnar en proceso civil la Resolución de la Dirección General que hubiera revocado su calificación negativa.

Antes de esa reforma, SÁNCHEZ PEGO, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por ALBADALEJO y en el tomo VII, volumen 5, al estudiar el artículo 66 de la LH, se mostraba contrario a tal posibilidad. Y no por aplicación del artículo 132 del Reglamento Hipotecario (que se refiere al litigio entre los interesados para contender sobre la validez o nulidad del título), sino porque, tras un recurso gubernativo, que se resuelve con arreglo a un criterio formal jerárquico, el Registrador no puede sostener procesalmente una posición contraria a la del órgano directivo. La única intervención procesal relevante es la de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

El que la decisión de la Dirección General revoque el acuerdo negativo del Registrador no puede considerarse como un ataque al prestigio de éste. En la esfera administrativa es claro que el funcionario que dictó el acto revocado por un superior no puede recurrir esa revocación en la vía contenciosa. Es más, esa mera anulación no supone, por sí sola, que exista un perjuicio para el particular. Y desde luego la revocación no encaja en las causas legales ya expuestas de responsabilidad del funcionario calificador.

En la esfera judicial ello es aún si cabe más claro. El órgano jurisdiccional, cuyo fallo fue revocado por el superior, no puede acudir a ulteriores instancias en defensa de lo que había sido su criterio. Y esto ocurre tanto en la actividad propiamente contenciosa como en los actos de jurisdicción voluntaria.

Y mencionamos esta última porque en la calificación registral se ha querido ver una especie de esta peculiar actividad. Y no sin bastante razón. Evidentemente, el Registrador y luego la Dirección General no son tribunales, ni por tanto están encuadrados dentro de la única jurisdicción. No podrían pues ejercerla.

Pero en sentido etimológico, jurisdicción es decir el Derecho. Y esa actividad no es exclusiva de los tribunales. Al contrario, es frecuente que dicha tarea de los jueces sea compartida por otros funcionarios cualificados. Piénsese en las actas de notoriedad levantadas por los notarios y donde se acreditaba la adquisición por usucapión del aprovechamiento de aguas públicas. El artículo 70 del Reglamento Hipotecario las regulaba detenidamente. Al final el Notario emitía su declaración sobre si los hechos, a su juicio, estaban debidamente acreditados.

Nada digamos de la trascendental reforma introducida en la LEC para la declaración de herederos abintestato. Conforme al artículo 979 de la Ley de 1881, reformada al efecto, cuando los herederos sean los descendientes, ascendientes o el cónyuge, la declaración podrá obtenerse mediante acta de notoriedad tramitada por Notario hábil. Cuando se trate de otros parientes y conforme al artículo 980, la declaración habrá de obtenerse en vía judicial.

Con independencia de que esta última actuación notarial esté prevista en una LEC, cosa significativa, lo que es claro es que la decisión de declarar a unas personas herederas abintestato de otra tiene muy similar naturaleza, la haga un juez o un notario. En última instancia ambos dicen el derecho.

Y algo muy parecido es lo que ocurre con la calificación registral. Cuando, tras el examen del título o documento y de todos los antecedentes que obren en el Registro, el titular de éste califica el derecho que se presenta, su validez y su carácter de derecho real inscribible con efectos para terceros, está realizando una tarea de decir el derecho.

El artículo 117 de la Constitución Española en su apartado 4 es la base de la jurisdicción voluntaria cuando prevé que los juzgados y tribunales (aparte su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) podrán ejercer otras funciones «que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Esa misma finalidad es la que cumple el Registro Público, cuyo objetivo primordial es proporcionar la seguridad y la garantía de los derechos. Por eso, en el sentido terminológico, frente a una jurisdicción voluntaria judicial, cabe hablar de otra notarial y de una registral. En todos esos casos no resulta de recibo que quien ha decidido en primera instancia recurra frente al acuerdo de su superior que hubiera modificado su calificación o decisión.

Todo lo más sería ello pensable cuando la Resolución revocatoria de la Dirección General hubiera tildado a la calificación negativa del Registrador de enteramente caprichosa y sin expresión de motivos. Porque entonces, según opinaba MORELL Y TERRY, podía equipararse aquélla a la no actuación y generarse así responsabilidad civil del funcionario.

Frente a esto cabe alegar que sería verdaderamente insólito que una Resolución del Centro Directivo tachara al acuerdo calificadorio de enteramente

caprichoso y falto de toda motivación. No creemos que tales asertos abunden en la llamada jurisprudencia registral.

Recordemos aquellas palabras de BARRACHINA en el sentido de que nadie es infalible. La propia Dirección General rectifica bastante a menudo sus criterios (algún ejemplo típico de esto podría aducirse recientemente); en ocasiones contrastan aquéllos con la jurisprudencia del TSJ; y esta última no siempre es uniforme. Hoy día además las sentencias del más alto tribunal caen a veces bajo el duro control del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pero supuesto que el Centro Directivo al revocar una calificación negativa la tildara de enteramente caprichosa, no por eso tal apreciación gubernativa significaría sin más que hubiera de prosperar un pleito civil para exigir responsabilidad al Registrador.

Porque ésta viene establecida en la LH para los supuestos que ella misma determinara. Y la decisión en tal sentido correspondería al tribunal de justicia, que nunca se encontraría vinculado por las afirmaciones que hubiera podido hacer una Dirección General de la Administración. En ese litigio civil el Registrador, ahora sí, podría defenderse sin cortapisa alguna y sin que para él aquella decisión gubernativa fuera cosa juzgada ni nada parecido. El principio de tutela judicial efectiva es bastante para impedir esa hipotética consecuencia.

Finalmente el que la Resolución de la Dirección General, que hubiera revocado una calificación negativa del Registrador, pueda ser impugnada por éste en un recurso o proceso civil supone una enorme dilación para el usuario del servicio público registral, que ve así como su demanda de protección puede resultar diferida por todo el tiempo que duren esas instancias judiciales. No creemos que el poder defender la calificación y el propio criterio deba llevar a exigir dicho sacrificio al destinatario de la publicidad registral. Recordemos lo que afirmaba VALLS: «un tempo dilatado es contrario a la finalidad de garantía del tráfico que buscaba la institución del Registro».

IX. EL LITIGIO PLENARIO ENTRE LOS PARTICULARES

Tras haber aludido al recurso gubernativo propiamente dicho y a lo que podría ser un auténtico recurso jurisdiccional, cual hemos propugnado ante la Sala de lo Civil del TSJ y en procedimiento sumario, quedaría siempre el proceso civil que los particulares pueden entablar entre sí para contender sobre la validez o nulidad del título. A él se ha referido siempre el artículo 66 de la LH y a él dedica atención el artículo 328 de la misma ley recientemente introducido. Ahora en éste se habla de contender acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o sobre la de este mismo.

Y aquí sí habría que admitir que si ese título fuera, por ejemplo, una concesión administrativa, el debate jurídico sobre su validez sería propio del orden contencioso-administrativo y no del civil. Aunque en aquél no hay la misma libertad para promover el litigio, porque éste ha de trabarse con relación a un acto o actuación de la Administración Pública y que tiene sus cauces tasados de impugnación.

En ese litigio entre particulares recordaba MORELL que el Registrador no ha de ser parte. No cabe, pues, demandarlo porque haya denegado la práctica de una inscripción. Sí cabría exigirle responsabilidad cuando la haya contraído por sus actos en los casos establecidos por la ley.

Eso mismo es lo que hoy establece el vigente artículo 132 del Reglamento Hipotecario, de añeja fundamentación. Los tribunales no acordarán el emplazamiento de aquel funcionario y deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a él cuando conste de cualquier forma que no se ha observado esa prohibición.

En ese litigio entre particulares podría darse el caso de que las partes estuvieran conformes en la inscripción y en soslayar así la calificación negativa del Registrador. Pero BARRACHINA, para ese hipotético caso de acuerdo, o incluso de confabulación fraudulenta, indica que el juez civil no habría de declarar válido lo que es palmariamente nulo. Porque es autoridad no al servicio de parte sino al servicio de la ley. Y ésta no le consiente decidir lo que sea una injusticia.

Añade MORELL Y TERRY que en aquel juicio siempre existirá como precedente formal la calificación del Registrador que revela la doctrina opuesta a la que tal vez interesadamente defienden los particulares.

Por ello, en aquella comunicación a las jornadas organizadas por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, el autor de estas líneas mantenía que en ese litigio civil debería recabarse la calificación del Registrador o incluso el expediente que se hubiere tramitado si hubo recurso gubernativo, tan pronto se tenga conocimiento de su existencia. Ello sería siempre una garantía de mayor acierto.

Por supuesto que en ese pleito civil entre partes podrían comparecer todos aquellos que, no habiendo sido inicialmente los promotores, mostraran interés legítimo en lo que allí pudiera decidirse. Si esto vale para el recurso jurisdiccional, con más motivo para este pleito civil que tiene carácter plenario.

Es más, podría ocurrir, y así lo poníamos de relieve en aquella comunicación, que del desarrollo de ese proceso civil se desprendiera la existencia de intereses difusos o de personas que no podían comparecer y a los que la calificación registral negativa trataba de defender. En esos supuestos decíamos que el juzgado podría dar traslado al Abogado del Estado para que, como representante en juicio de la institución registral, pudiera defender esos intereses generales y esos principios en los que tal institución tiene su fundamento.

Y no supone esto usurpación alguna de funciones, sino simplemente aplicar el principio de que lo que la Administración activa debe buscar en su actuación, eso mismo debe prolongarlo en juicio el representante procesal de aquélla. Porque con ambos cometidos se están defendiendo los intereses generales que son los que la Administración está llamada a servir.

El que exista un recurso jurisdiccional, cual el que hemos propuesto, nunca es obstáculo para que las partes puedan acudir a ese declarativo plenario. En tal sentido no se comparte el temor que sobre ello manifiesta CELESTINO PARDO.

El recurso tiene como objeto la calificación registral, modificada o no por el acuerdo de la Dirección General. En cambio el litigio civil se contrae a la validez y eficacia del título o negocio. La naturaleza procesal de ambos es también distinta. El acudir al juicio plenario es algo que nadie puede impedir a los particulares, pues forma parte de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es más, cuando el artículo 66 de la LH establecía el posible recurso gubernativo y cuando el actual artículo 328 de la propia ley instaura ese peculiar recurso judicial mediante el juicio verbal, siempre dicen que ello es «sin perjuicio» del derecho que asiste a los interesados para plantear el pleito civil plenario. La expresión «sin perjuicio» no puede ser más significativa. El acceso a ese último litigio es algo irrenunciable.

A su vez son vías independientes. Por ello el artículo 66 hablaba de un recurso gubernativo potestativo y añadía que, si querían, las partes podían acudir al pleito ordinario ante los tribunales de justicia. Y hoy el artículo 328, al establecer el recurso jurisdiccional de una forma que hemos criticado por su extraordinaria dilación, recuerda que el procedimiento judicial (el plenario) en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Lo que denota que ambos pueden marchar en paralelo como vías independientes.

Y si ello es así con el régimen recientemente instaurado, mucho más lo sería si el recurso jurisdiccional se articulara en la forma que reiteradamente hemos propuesto, con procedimiento sumario ante el TS.

No podría pues para ambas vías darse la preclusión de fundamentos de hecho y de derecho que hoy proclama la nueva LEC en su artículo 400; porque esa norma tiene carácter general y no se aplicará cuando el sistema previsto legalmente permite dos vías de impugnación y litigio, diferentes y separadas. Entonces la norma especial es la que prevalece, y en ella no hay preclusión.

Tampoco puede decirse que el proceso plenario sería prácticamente inútil y que llegaría tarde si antes en el recurso jurisdiccional se ha resuelto en sentido diferente. Que esto último cabe no es posible negarlo. Y es que no tendría sentido un proceso plenario si su resultado hubiera de coincidir siempre con lo resuelto en la vía de recurso.

Pero para garantizar el resultado de ese proceso plenario está la anotación preventiva de demanda que ya establecía la LH desde 1861. Hoy la vigente la regula por partida doble: en el tradicional artículo 66 y en el reciente artículo 328 en su apartado último.

Y no cabe decir que tal anotación de demanda se cancelará tras la decisión del recurso jurisdiccional. Si los interesados pueden acudir a un juicio plenario y para garantizar su resultado se les permite tomar anotación preventiva, lo que no cabe es que después esa garantía desaparezca como por arte de encantamiento.

Porque precisamente el fundamento de tal anotación es mantener la situación jurídica, tal cual se planteaba en el momento de practicarla, de tal forma que todo lo que después pueda ocurrir no perjudicará al derecho de quien la obtuvo a su favor. En definitiva, tal anotación de demanda, más que estar al servicio del particular se crea en obsequio y garantía de la correcta administración de justicia.

Es cierto que en un supuesto concreto, una anotación preventiva de demanda puede ser cancelada sin que cumpla su verdadera finalidad. El caso es el del artículo 131 de la LH, cual quedó redactado por la Disposición Final 9.^a de la LEC. Se refiere a la hipoteca que va a la ejecución, aunque se esté demandando su nulidad. Pero ese supuesto excepcional, quizá discutible para algunos, y que está al servicio de ese instrumento formidable que es la hipoteca, no puede extenderse a otros casos donde la anotación preventiva de demanda ha de perdurar hasta la conclusión del litigio para cuya seguridad se tomó. Por eso hemos dicho que ese juicio declarativo era de última garantía.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado