

Control judicial de la legalidad registra! y tutela efectiva del derecho a inscribir

SUMARIO: I. PROPUESTA DE REFORMA—II. LA PRIMERA NOVEDAD DE LA PROPUESTA.—III. LA SEGUNDA NOVEDAD DE LA PROPUESTA.—IV. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REVISIÓN JURISDICCIONAL.—V. CONSIDERACIÓN DE OTRAS PROPUESTAS.—VI. CONCLUSIONES PROCESALES.

I. PROPUESTA DE REFORMA

1. *Contenido de la propuesta* (1). Las calificaciones negativas de los Registradores de la Propiedad deberían recurrirse directamente ante la Sala del Tribunal Superior, que corresponda por razón de la naturaleza del derecho cuya inscripción se pretende.

El recurso se formalizaría ante la Sala de lo Civil si los derechos, cuya inscripción se solicita, son civiles; y ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo si los derechos, cuya inscripción se pide, tienen naturaleza administrativa.

2. *Motivos de la propuesta*. Conviene no olvidar que en todos los países de Europa, sin excepción, la revisión de las calificaciones negativas de los Registradores es judicial y que también lo era en nuestra primera Ley

(1) Esta relativamente breve memoria se confeccionó antes de la promulgación de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos del 2002 que reformó determinados artículos de la Ley Hipotecaria; y, por tanto, antes de la introducción del nuevo recurso judicial directo contra las Resoluciones de la Dirección General suspensivas o denegatorias de inscripciones a practicar en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. La parquedad de la nueva Ley hace difícil su exégesis. La propuesta defiende una regulación del recurso diferente en algunos aspectos de la que finalmente salió. De todos modos, las dudas y problemas que plantea, en mi opinión, siguen teniendo interés para comprender el alcance y sentido de la reforma.

Hipotecaria. Precisamente la lentitud de la justicia fue el amparo de que se sirvió una famosa Real Orden de 1864, para privar a los Jueces de sus competencias legales (!) de revisión y atribuir las a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Hoy esta decisión no podría desde luego justificarse, a la vista de los hechos, en el mismo fundamento.

De rebote, la propuesta conseguirá rellenar las competencias de los Tribunales Superiores, y especialmente las de sus Salas Civiles, manifiestamente infrautilizadas y, de paso, generalizar a toda España una solución que, mediante mandato expreso, imponen al legislador siete Estatutos de Autonomía (2).

3. *Importancia práctica de la propuesta.* La necesidad de someter las calificaciones a directa revisión judicial no sólo viene exigida por la necesidad de dispensar justicia y, por tanto, de terminar con la incertidumbre que genera siempre el inicio de cualquier tipo de procedimiento; incertidumbre que, mientras dura, desvaloriza notablemente el valor de mercado de los derechos cuya inscripción se pide (2 bis).

La revisión temporánea de las calificaciones es, también, una exigencia imperiosa del colectivo registral. El exceso de poder que indirectamente le procuran las demoras del recurso gubernativo no contribuye precisamente a prestigiar la vertiente jurídica de la función registral, sino más bien a acrecentar la propiamente burocrática: las notas de calificación, en muchos casos, en la práctica, operan como auténticos *dictats* para los usuarios necesitados de la inscripción y no como resoluciones susceptibles de ser discutidas.

(2) La legislación vigente, y también su problemática, está expuesta de forma breve pero exhaustiva en GARCÍA GARCÍA, *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil* (2001) pág. 124, nota 41.

(2 bis) Presupuesto de la propuesta es la unanimidad que se respira sobre la necesidad de someter a control judicial las resoluciones de la Administración registral. La eliminación de la instancia ante la Dirección General, ciertamente, desde un punto de vista teórico, no es en absoluto necesaria pero, desde un punto de vista práctico, podría quizá justificarse en dos motivos. En primer lugar, porque permitiría superar la actualmente inexplicable dualidad de «jurisdicciones» (una la verdadera jurisdicción, y otra una «jurisdicción» administrativa) e impediría que pudiesen generarse «jurisprudencias contradictorias» sobre un mismo punto discutible, como pasó, y todavía sigue pasando. En segundo lugar, porque la llamada «jurisprudencia registral», a partir de ahora, perderá gran parte de su utilidad. En efecto, como en todo caso, el Centro Directivo dejará de tener la «última palabra» en materias registrales, su doctrina perderá importancia, puesto que la jurisprudencia relevante no deriva nunca de la instancia intermedia sino del órgano superior (en este caso judicial) a quien, a partir de ahora, corresponda la decisión final. En cualquier caso, motivos que no parecen ni mucho menos decisivos. Lo cierto es que «jurisdicciones» administrativas intermedias vienen funcionando con general satisfacción en otros ámbitos de la Administración Pública y que la doctrina, por ejemplo, del Tribunal Económico-Administrativo Central sigue gozando de gran predicamento.

4. *Problemática de fondo de la propuesta.* Exigida por la doctrina y la jurisprudencia, por razones constitucionales, la revisión judicial de las resoluciones registrales, su articulación no es, sin embargo, sencilla, ya que exige pronunciarse, con carácter previo, sobre algunas de las cuestiones centrales que vienen ocupando tanto al Derecho Hipotecario como al Procesal y Administrativo.

La propuesta afronta toda esta compleja problemática, centrándola en dos puntos cuya discusión será origen de las dos principales novedades con que se presenta.

II. LA PRIMERA NOVEDAD DE LA PROPUESTA

5. *La principal novedad de la propuesta.* La primera y principal novedad de la propuesta está en que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores tendrían que pronunciarse, en el recurso civil, con fuerza de **cosa juzgada**, no sólo sobre la (abstracta) legalidad de la calificación registral del título, sino además, y aquí está lo fundamental, sobre el derecho del solicitante a exigir la práctica del asiento (3).

La novedad de fondo de la propuesta está en que, en el **mismo proceso**, tal como pasa en los contenciosos-administrativos, no sólo se somete a control la legalidad de la nota de calificación, sino que se permite el reconocimiento de «situaciones jurídicas individualizadas»: en este caso, la existencia del derecho a inscribir del que así lo solicita (4).

(3) La tutela judicial, garantizada por el artículo 24 de la CE, no sólo exige la defensa de los demandados, y posibles perjudicados, en caso de que la pretensión sea estimada; sino también la defensa del interés del actor en lograr una sentencia favorable y efectiva. «La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente, **la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, se produce cuando se priva al ciudadano de las posibilidades de impetrar la protección judicial de los derechos e intereses (...)**»: STC de 11-6-1984. El derecho a la **tutela efectiva** tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos, y como precisa la sentencia 32/1982, de este Tribunal, **también el derecho** a que el fallo se cumpla y **a que el recurrente sea repuesto en su derecho (...)**: STC de 13-4-1983. Cmpr. PRIETO-CASTRO, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, en el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Jornadas de Derecho Procesal* (1984), pág. 26. Este doble aspecto está eficazmente resaltado por la Constitución italiana cuyo precepto equivalente (también el art. 24), tiene un primer párrafo dedicado al derecho de acción (*tutti possono agire in giudizio per la tutela del proprio diritto*): el segundo se ocupa, en cambio, del derecho de defensa o contradicción (*la difesa diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*). Sobre el derecho de acción o derecho a la justicia (*Justizanspruch*) en la dogmática y jurisprudencia alemana. Cmpr. CALAVROS, *Urteilswirkungen z,u Lasten Dritter* (1978), pág. 44.

(4) Dos son las competencias relevantes del Estado en materia registral y, como fruto de esa doble competencia, dos son los deberes que le sujetan y vinculan: uno el

De poco serviría que el Tribunal rechazase los motivos de calificación suspensiva o denegatoria por ilegales, si cuando el particular exigiese la ejecución de la sentencia, pudiese la Administración, procediendo a una nueva calificación, denegar la pretensión de inscripción aduciendo nuevos motivos de ilegalidad. De ser así las cosas, no se prestaría, desde luego, tutela alguna, que mereciese nombre de «efectiva», del derecho a inscribir que afirma el recurrente (5).

6. *La planta del «recurso gubernativo».* En sistema tradicional, tal como fue diseñado por la reforma hipotecaria de 1869, la Dirección General de los Registros no se pronuncia sobre la existencia del derecho a inscribir. El recurso gubernativo, en efecto, fue concebido como un remedio de naturaleza provisional en que no se hacía pronunciamiento definitivo alguno sobre el derecho a inscribir del solicitante, lo que permitía que, sin audiencia de los presuntos perjudicados por la inscripción y sobre la base de las mismas pruebas que había tenido a la vista el Registrador, pudiese decidirse únicamente la abstracta legalidad de la nota de calificación. Dos eran sus pilares.

En primer lugar, como la cognición del Registrador era sumaria y se trataba sólo de revisar su legalidad (juicio de Derecho, no de hechos), la Dirección tenía que partir de las mismas pruebas que aquél había manejado: pruebas que, por limitadas, sólo permitían un pronunciamiento provisional, y nunca definitivo sobre la existencia y validez de los derechos civiles implicados y, por tanto, su derecho a ser inscritos.

de calificar, y otro el de inscribir, cuyo correcto cumplimiento controlan, porque ambos deben ejercerse con arreglo a la Ley y al Derecho (art. 103 CE), Jueces y Tribunales (art. 106 de la CE). Pues bien, interesa aquí, más que vigilar el ejercicio de la primera de las competencias, tutelar de modo efectivo la segunda. No se trata, por tanto, de garantizar sólo el derecho del ciudadano a que se anulen las calificaciones cuyos motivos se demuestren ilegales (sin que nada asegure que otras del mismo tenor se puedan reproducir a continuación) sino de hacer efectivo, de **una** vez y para siempre, el derecho de la parte a inscribir sus títulos, caso de que corresponda. En consecuencia, la sentencia deberá imponer al Estado una efectiva obligación de inscribir: no basta con anular las suspensiones o denegaciones cuyos motivos se demuestren improcedentes. Por tanto, el recurrente podrá ejercitar, además de una pretensión constitutiva (de anulación de la calificación negativa, previa declaración de su ilegalidad), otra de condena contra la Administración para que inscriba el derecho, lo que exige declaración previa de su preferencia frente a los inscritos o no, que se le oponen como contradictorios en todo o en parte. Cfr. nota 11 y para el caso paralelo del contencioso-administrativo, CORDÓN, *El proceso contencioso-administrativo* (2001), pág. 153 y sigs.

(5) Hasta tal punto son dos pretensiones distintas que puede ejercerse una y no otra. Así pasa, en el recurso a efectos doctrinales, en que sólo se ejercita la pretensión de ilegalidad de la calificación, pero no la de inscribir el derecho porque, como es obvio, entretanto se había inscrito. Una cosa es, por tanto, la declaración de ilegalidad de la calificación y, otra por tanto, el reconocimiento del derecho al asiento. Cfr., lo que sobre la legitimación del notario dice la STS, Sala tercera, Sección sexta, de 22-5-2000 que anula algunos artículos del RH introducidos por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y el comentario de GARCÍA GARCÍA, cit., pág. 375 y sigs.

En efecto, se revisa la legalidad de un juicio sólo cuando se parte de las mismas premisas de hecho, en otro caso no se revisa un juicio anterior sino que se pronuncia otro distinto. Por la misma razón, se revisa la legalidad del juicio sólo cuando se reproduce la misma discusión de Derecho y, por tanto, se vuelven a discutir las mismas alegaciones ya valoradas en la primera instancia. Ahora bien, siendo las premisas falibles, también, por lógica consecuencia, tendrán que serlo las conclusiones no sólo del juicio revisado sino también del juicio revisor.

Por tanto, el recurso gubernativo tenía que abstenerse de hacer cualquier tipo de pronunciamiento **definitivo** sobre derechos, esto es, sobre si el que pretendía inscribir a su favor tenía verdadero y auténtico derecho a exigir la practica del asiento.

En segundo lugar, como se trataba únicamente de revisar la legalidad de la calificación (negativa), se estimó innecesario oír en el recurso a los terceros que el Registrador señalaba como posibles perjudicados por el asiento, que se le pedía; y no se consideró necesario porque lo que se discutía era precisamente que hubiese perjuicio, y por tanto perjudicado, alguno: el Registrador así lo afirmaba, pero el solicitante lo negaba. Ciertamente para contar con los perjudicados, es preciso decidir con carácter previo si los hay y, si los hay, identificar quiénes eran.

La discusión de este punto era precisamente el cometido del recurso gubernativo. La Dirección se limitaba sólo a decidir esta cuestión previa: si creía que los terceros designados por el Registrador podían resultar perjudicados, denegaba la pretensión y obligaba a tenerlos en cuenta, y accedía sin más a la inscripción, en el caso contrario.

7. *La publicación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.* Lo más característico de la evolución posterior fue que, mientras la Administración General se volvió mucho más garantista y, por si fuera poco, se sometió a un control jurisdiccional pleno, la registral siguió empantanada en los viejos esquemas.

La separación entre lo gubernativo y lo jurisdiccional, por una parte, y lo provisional y lo definitivo, por otra, pudo sobrevivir, sin sobresaltos, hasta la publicación de la LJCA en 1956. Es sabido que, desde entonces, se articuló un derecho de los particulares a la legalidad por lo que es posible la revocación judicial de los actos de la Administración por cualquier infracción del Ordenamiento jurídico. Y no sólo eso, hubo algo todavía más importante: la sentencia no sólo podía declarar la ilegalidad del acto y anularlo sino también reconocer el derecho del recurrente a que la Administración diese cumplida satisfacción a la pretensión cuya ejecución reclamaba.

El recurso contencioso-administrativo es, por tanto, un recurso de «plena jurisdicción» en que la sentencia no sólo «casa» el acto viciado

sino que además hoy, para el caso de que no la pueda sustituir directamente, vincula de forma irresistible a la Administración para que dicte el que se le exige y corresponde en Derecho (6).

8. *La promulgación de la Constitución.* Era natural que, a partir de esa fecha, y sobre todo de la publicación de la CE, que **sometió la Administración de «modo pleno» no sólo a la Ley sino también al Derecho** y prometió a los ciudadanos una tutela efectiva de sus pretensiones (también de las dirigidas contra la Administración) creciese la conciencia de que el recurso «registrar», con su separación entre lo gubernativo y lo jurisdiccional, y lo provisional y lo definitivo, no era más que una reliquia del pasado (7).

Los primeros escarceos se centraron en el control jurisdiccional de las Resoluciones de la Dirección; escarceos que fueron, sin embargo, hábilmente solventados porque la consideración de la revisión de las notas suspensivas o denegatorias como materia gubernativa, esto es, administrativa, por extraño que pueda parecer, sirvió, en la práctica, de magistral antídoto contra los intentos de expansión de la regla general a la Administración Registral.

Los Tribunales contencioso-administrativos no podían revisar la negativa a inscribir porque la calificación versaba sobre cuestiones de propiedad, tradicionalmente reservadas a la jurisdicción civil; y los Tribunales civiles,

(6) Cuando se trata de una decisión reglada (como pasa siempre con las registrales) ya la jurisprudencia se había decantado por la opinión de que el Tribunal podía sustituir a la Administración en sus pronunciamientos siempre que «exista ya base en autos»: SSTs de 11-6-1991 y 15-12-1986. «Según el artículo 108 de la LJCA. si la sentencia condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez podrá (...) suplir la actividad administrativa, material o formal, objeto de la condena, (...) por sus propios medios, siempre que la naturaleza de la actividad le sea posible (...). En fin, el sistema legal se cierra con la norma general del artículo 103.4, que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos (...) contrarios a los pronunciamientos de las sentencias (...)». CORDÓN, cit., págs. 288 y 154.

(7) Interesa, más que el 106 de la CE, su artículo 103 (claramente influido por el art. 20 de la *Grundgesetz*) que, al declarar el sometimiento **pleno** de la Administración a la Ley y también **al Derecho**, «constitucionaliza resueltamente esa idea básica de que no sólo la legalidad escrita vincula de una manera positiva la acción —cualquier acción: plenitud del sometimiento— de los poderes administrativos de cualquier orden; el Derecho, como distinto de la Ley, es aquí el fondo material de justicia que (...) expresan precisamente los principios generales y sublegales y que es siempre inexcusable aplicar en la relación Administración-ciudadanos como fundamento del orden político (art. 10.1 de la CE)». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo 1* (1981), págs. 72-73. No se confunde, por tanto, la sujeción de la Administración al Derecho con la que tiene frente a la Ley, sino que se le superpone lo que entraña importantes repercusiones también para el **principio** de tutela efectiva. En efecto, «**el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes** (!). Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización** (...)»: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1993), pág. 86.

que podrían hacerlo fácilmente, no se aventuraron a dar ese paso porque a ellos no les correspondía vigilar o controlar la actuación de los órganos de la Administración.

Sólo, a partir de los años noventa, cambió la situación: una reciente sentencia del Tribunal Supremo anuló parte de la última reforma del Reglamento Hipotecario y puso sobre el tapete la necesidad de establecer una revisión judicial de las resoluciones dictadas por la Administración Registral.

9. *Los terceros y el procedimiento gubernativo.* Era, sobre todo, especialmente chocante, a partir del nuevo ambiente que se crea con la publicación de la Constitución, que no sólo se siguiese sin notificar, a los posibles perjudicados por la inscripción, la interposición del recurso contra la negativa a practicar el asiento solicitado sino sobre todo que se les impidiese personarse en el procedimiento para hacer valer sus derechos: a fin de cuentas, los intereses que se ventilaban eran los suyos y no los del Registrador o la Dirección General que, por cierto, no otra cosa hacían que defenderles, por lo demás, sin o contra su voluntad.

Sorprende que no hacía más que crecer, cuando se reparaba en que, al contrario de lo que disponía la Ley de Enjuiciamiento Civil para los supuestos de jurisdicción voluntaria, se prohibía que los posibles interesados, entablando el oportuno pleito, pudiesen paralizar el recurso «gubernativo» en curso; un «juicio» administrativo, todo lo provisional que se quisiera, pero que, de acceder a la inscripción, tantas y tan graves consecuencias podía tener para los derechos incompatibles y preferentes, inscritos o pendientes de inscribir (8).

El rechazo de estas excepciones procedía sin contemplaciones, también, si se analizaba el caso desde las categorías del procedimiento administrativo, porque procedimiento administrativo es el que hay que seguir ante cualquier Administración y Administración, desde luego, lo es la registral.

Aquí las sorpresas se multiplicaban y eran inaceptables: ni intervención de los posibles perjudicados, ni libertad de prueba ni revisión judicial plenaria con reconocimiento, en su caso, a favor de los litigantes y coadyugantes de derechos firmes (en este caso, a la inscripción) contra la Administración (9).

(8) Para la naturaleza de la Jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho, sigue siendo obligado CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de Jurisdicción voluntaria* (en FENECH CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*) (1962), pág. 661 y sigs.

(9) Al contrario que los titulares de intereses legítimos, individuales y colectivos, cuyo reconocimiento como tales interesados se subordina al hecho de que se personen (sin que esté, por tanto, obligada a llamarles la Administración); los titulares de **derechos** que puedan resultar afectados por la decisión, aunque no se personen, tienen siempre la consideración de interesados (por lo que deberán ser, en todo caso, llamados por la Administración): artículo 31 de la LRJAEPAC. Cmp. AYALA y otros, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo* (2002), pág. 182.

III. LA SEGUNDA NOVEDAD DE LA PROPUESTA

10. *La segunda novedad.* La segunda novedad de la propuesta está en que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores deberán pronunciarse, en un **mismo proceso**, no sólo sobre el derecho del solicitante a inscribir su título sino también porque una cosa implica la otra, sobre si el asiento solicitado causa gravamen o perjuicio a derechos de terceros, lo que obviamente exige **algún tipo** de pronunciamiento sobre su existencia y, en su caso, mejor preferencia (10).

En efecto **la llamada «calificación registral»** consiste en el examen de la legitimidad de la pretensión que ejercita el que quiere inscribir un título; y **comprende no sólo la comprobación de la legalidad material y formal de ese título sino también, indisolublemente, la (comprobación) de que el derecho que deriva del título que se pretende publicar no causa perjuicio a otros derechos públicos o privados, inscritos o por inscribir, mejores o preferentes. No es posible hacer una cosa sin hacer la otra: mejor dicho, hacer una cosa exige hacer al mismo tiempo la otra (11).**

(10) La pretensión de condena es contra la Administración, pero la declaración previa de derechos que la fundamenta es frente a terceros: contra los titulares de derechos obstructivos, extintivos o limitativos que puedan impedir la inscripción del título de quien la pretende. No podrán, por tanto, los Tribunales decidir sobre una cuestión (sobre si el solicitante tiene derecho definitivo al asiento) sin resolver previamente la otra (sobre si el derecho que se quiere inscribir vulnera otros derechos prevalentes, inscritos o no inscritos). A la inversa, y por la misma razón, si fuese revocable, provisional o revisable el pronunciamiento sobre la variable independiente (los derechos civiles subyacentes); lo será también el que se haga sobre la variable dependiente (el reconocimiento del derecho al asiento) y por tanto será inhábil la sentencia para proporcionar tutela verdaderamente efectiva al derecho a inscribir su título que reclama el solicitante. «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: sobre todo eso —si es imprescindible, básico o fundamental para la decisión— se juzga tras un debate real o posible. Y se juzga, no *incidit tantum* ni a los solos efectos prejudiciales, sino de forma directa y tomando la materia u objeto del juicio como **elemento inmediatamente causal de la decisión, del fallo**». DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada* (1991), pág. 105. Ahora bien, si la suerte final (registral) de la relación jurídica que la petición de inscripción genera entre la Administración y el solicitante depende de la suerte jurisdiccional de las relaciones jurídicas subyacentes, que ligan a sujetos de derecho que no son ni la Administración ni el peticionario; no será posible dispensar protección judicial efectiva (esto es, definitiva) al demandante del asiento sin que la sentencia vincule o extienda también su eficacia, a los terceros pretendidamente perjudicados por su práctica, en primer lugar a los ya identificados por la nota de calificación.

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

11. *El papel de los terceros perjudicados por el asiento.* Para inscribir un derecho, como veremos en detalle más adelante, es preciso antes cancelar los contradictorios; es imposible prestar protección registral a uno sin quitársela a otro u otros porque no es posible dar entrada a un derecho en el Registro sin forzar la salida de los incompatibles. Es más, no puede ingresar el nuevo derecho, si antes no le franquean el paso:

- i) En primer lugar, claro está, el que hasta entonces era titular (registral) del derecho que el solicitante pretende «poner a su nombre».
- ii) En segundo lugar, todos los titulares de derechos preferentes, inscritos o no, con cuyo contenido pueda colisionar en todo o en parte (11 bis).

-
- i) de hecho: 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.

(11 bis) Perjuicios sufren, en primer lugar, los derechos inscritos (derechos bien inscritos) que, para dejar paso a los mal inscritos, tienen que ser (irregularmente) cancelados o desinscritos. En efecto, como el Registro español no consiente publicidades contradictorias, la inscripción de un derecho implica, siempre, la desinscripción de los incompatibles: la diferencia específica que define nuestro sistema hipotecario está en que, al contrario de los que siguen el modelo francés, es imposible la publicidad simultánea de derechos contradictorios: cfr. nota 12. En consecuencia, procederá la inscripción si concurren los consentimientos de los titulares de los asientos incompatibles; en otro caso, no. Si, a pesar de faltar alguno de los consentimientos, la sentencia autoriza el asiento, causaría perjuicios directos e insoslayables al titular del o de los asientos indebidamente cancelados. **Es más, para practicar la inscripción, no hay que contar sólo con los titulares de derechos inscritos; hay que contar, en segundo lugar, con los titulares o representantes de otros derechos e intereses (normalmente de naturaleza pública), preferentes por disposición de Ley aunque no estén especialmente inscritos.** Por tanto, procederá el asiento, sólo si concurren todos los consentimientos y autorizaciones necesarias, esto es, «si están todos los que son y son todos los que están». La parte lo afirma, pero el Registrador lo niega; por ello hay recurso; recurso, por lo demás, cuyo único objeto será precisamente dilucidar este punto. Ahora bien, como la inscripción en nuestro sistema es accesorio del derecho, esto es, porque nuestro Registro es causal, y los derechos se publican sólo si se prueba, y en tanto se prueba, que existen (cfr. arts. 2, 18 y 40 de la LH); será imposible pronunciarse sobre su legalidad, sobre

Si hacemos la herencia a favor de los segundos sustitutos fideicomisarios, cae el derecho inscrito de los sustitutos vulgares del primer fideicomisario. Si aceptamos la venta sin poder o representación insuficiente, cae el derecho del *dominus* sin que tenga éste arte ni parte. Pero también si «entra» la compraventa, «cae», además del derecho del vendedor, la prohibición pública de disponer que la impedía; si «entra» la división de un piso, «cae» el derecho de la comunidad de propietarios a prohibirla; o del Ayuntamiento o la Consejería de Agricultura, si la división fuese de una unidad mínima indivisible, urbana o rústica, etc. (12).

todo de las cancelaciones previas, sin hacerlo a la vez sobre la existencia de los derechos que los justifican y fundamentan y, sobre todo, la inexistencia de derechos que la podían impedir.

(12) En las viejas Contadurías, así como en las Conservadurías de tipo francés: la inscripción de un título ni impide la de otros títulos que no hayan tenido todavía acceso al Registro, aunque sean contradictorios, ni cancela los asientos ni, por tanto, perjudica a los derechos que hayan ingresado antes en la Conservaduría. **En los Registros de tipo francés, al contrario que en los de corte alemán, la inscripción sólo tiene efectos sobre el derecho del peticionario. En el Registro francés no hay restricciones de acceso y los asientos practicados nunca mueren: están siempre «vivos» porque, salvo alguna excepción, en nada les afecta que se inscriban nuevos títulos, aunque sean contradictorios. Por ello, cuando el conservador niega el asiento, sólo el peticionario, como único perjudicado por la resolución, tiene interés en su remoción.** Consecuentemente, la sentencia dictada por el Tribunal Civil, que conoce el recurso, puede tener eficacia de cosa juzgada y así hacer efectiva la tutela del único interés que se ventila: el del solicitante (cfr. art. 26 del Decreto de 4-1-1955). Por el contrario, **en los Registros de corte germánico como el Registro español, siempre que se inscribe un derecho, se EXPULSA de la red a los contradictorios ya inscritos y se impide el acceso o posterga a los no inscritos** (posibles contradictorios que puedan querer inscribir en el futuro). **En el sistema español, como en el alemán, la acción conjunta de los principios de «exclusión», «tracto» y «cierre» elimina la posibilidad de asientos o informaciones contradictorias. Sólo puede entrar un derecho en la red, si salen antes todos los que chocan, en todo o en parte, con él. En los sistemas que rige el principio de especialidad sólo está vivo el último asiento porque su práctica es presupuesto de la muerte de todos los contradictorios anteriores (sistema de «registro telón»): la red registral ofrece un único propietario para cada finca y un único titular para cada derecho.** En cualquier caso, porque la inscripción es presupuesto de la eficacia de la protección real, el derecho expulsado o rechazado ve rebajada su condición, por lo general, a la de un derecho de naturaleza personal u obligatorio. Es, **pues, obvio que el interés en inscribir del solicitante, no es el único que se ventila en recurso contra la negativa registral ni puede ser, por tanto, su defensa la única preocupación del legislador.** Hay que dispensar también cumplida protección a todos aquellos derechos inscritos, o por inscribir, a quienes la práctica del asiento pretendido pueda perjudicar y que, por tanto, estarán interesados en que no se inscriba; especialmente a todos aquellos que están obligados a salir de la red registral para que el aspirante pueda entrar. Conviene insistir que, en nuestro Derecho, los asientos registrales ya practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede causárseles ningún perjuicio fuera de los casos en que su titular haya consentido expresamente su cancelación total o parcial. Sobre estas y otras cuestiones, PARDO, «Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI* 614 (1993); también, PARDO, «La organización del tráfico inmobili-

12. *La eficacia indivisible de la inscripción. La inscripción es un acto de eficacia indivisible:* no puede darse publicidad a unos derechos (y en consecuencia beneficiarles), sin a su vez quitar esa misma publicidad a otro u otros (y perjudicarles, por tanto). Más en general: **no puede publicarse como existente un derecho sin publicar al mismo tiempo la extinción de todos los que se le oponen** (inscritos o no), **en la medida que lo hagan** (12 bis).

Para los administrativistas esta dialéctica no constituye ninguna sorpresa. El acto administrativo también tiene siempre un doble alcance: por una parte, frente al solicitante o recurrente pero, por otro, también frente a «terceras personas afectadas por él, sean éstas beneficiarias o perjudicadas». En efecto, el acto administrativo, como la sentencia que la anula, no puede ser eficaz frente a uno (el solicitante) e ineficaz frente a otro u otros (los «genéricos» terceros perjudicados).

La sentencia estimatoria, por ello, tiene en el proceso contencioso-administrativo también una doble vertiente. El acto, si es anulado, desaparece completamente y no sólo en parte o a medias: eliminado un acto, ya nadie podrá extraer consecuencias de él ni positivas ni negativas.

13. *La diferencia entre el proceso civil y el contencioso-administrativo.* Semejante planteamiento, en cambio, era y sigue siendo, en gran parte, extraño al proceso civil: las sentencias tienen eficacia entre las partes y sus causahabientes. Las contiendas (sobre derechos) civiles son, por hipótesis entre los particulares que se hayan constituido en parte y, para resolverlas, no es preciso pronunciarse sobre la legalidad de la actuación de Administración alguna que implique a terceros.

Sólo cuando se planteó el Registro de la Propiedad (un registro jurídico en el que la práctica de la inscripción solicitada se supedita a un juicio de conformidad del título presentado con la Ley, y por tanto de comprobación de la compatibilidad del asiento a extender con los asientos ya practicados y de ausencia de perjuicios para los que acaso deban de practicarse en el futuro), surgieron problemas con el principio de dualidad de partes (¿la pretensión de inscribir debe dirigirse sólo contra la Administración, sólo contra los titulares de derechos presuntamente perjudicados, en todo o en parte, por la pretensión que se ejercita, o contra la Administración y los terceros a la vez?) y, por tanto, fue inevitable entrar en la dialéctica parecida a la hoy típica de nuestro actual procedimiento administrativo.

Mario. El sistema español ante el Derecho Comparado» en *Homenaje a José María Chico Ortiz* (1995), pág. 712 y sigs.

(12 bis) No sólo la inscripción es un acto de eficacia indivisible; lo es también la calificación que impide la práctica del asiento solicitado. En efecto, la calificación negativa confirma la situación registral previa y por tanto la eficacia de los derechos que en ella se declaran, porque niega validez, y por ello también derecho a la inscripción, al título que la pide.

14. *Fundamentos dogmáticos e históricos de la propuesta.* La contienda por la inscripción podía, pues, plantearse de dos maneras: la disputa sobre su procedencia podía limitarse exclusivamente a los particulares; o, por el contrario, podía entablarla el solicitante contra la Administración (registral). La Ley Hipotecaria de 1861, desde presupuestos típicamente liberales, atribuyó el conocimiento de ambas pretensiones, ya que versaban sobre cuestiones de propiedad, a la misma jurisdicción (en concreto, a la jurisdicción civil) y remitió a las partes, para ventilarlas, a un mismo proceso (13).

En 1864, el Ministerio de Justicia, sin embargo, en una famosa Real Orden, alegando razones de agilidad y sirviéndose de una fórmula entonces de uso frecuente cuando se buscaba sustraer competencias a la Jurisdicción para traspasarlas a la Administración, procedió a calificar de «asunto gubernativo» la revisión de la negativa de los Registradores a inscribir cuando sólo éstos se oponían.

A partir de entonces la vía civil se reserva exclusivamente para aquellos casos en que las partes implicadas discutían «entre sí» sobre la legalidad de los títulos que se querían inscribir. Cuando la contienda era con la Administración, la calificación de la materia como gubernativa impedía recurrir a los jueces y forzaba una alzada *impropia* ante la Dirección del ramo (hoy llamada de los Registros).

Por entonces, en efecto, la calificación formal de determinados asuntos como «gubernativos», por medio de leyes especiales, no era otra cosa que un cómodo expediente para detraer competencias a los jueces y así asegurar una mayor expeditividad en la solución de los conflictos o una mayor libertad de actuación a la Administración.

Mediante manipulaciones interesadas de la distinción entre gubernativo y contencioso, por tanto, al tiempo que se reducía el conocimiento de los jueces, la Administración, de rebote, conseguía retener la competencia de revisión de la legalidad de sus propios actos. Sobre este presupuesto se redactó el artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1869, hoy todavía vigente.

(13) Resultaba claramente del artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1861: «*Si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento (de presentación), propusiere aquél cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripción o la declaración de validez (...) la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación*». La existencia de un recurso judicial directo contra la negativa a inscribir de Administración resultaba con toda claridad de la RO de 1864, que lo suprime. Un resumen de la situación original y su posterior transformación en PARDO, *La organización*, cit., pág. 731, nota 34.

IV. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REVISIÓN JURISDICCIONAL

15. *El objeto de la revisión judicial.* El derecho que tienen los titulares de derechos reales para exigir su inscripción en el Registro de la Propiedad es gestionado por el Estado, pero no arbitrariamente.

Los particulares tienen un derecho constitucionalmente protegido a exigir que la autoridad judicial revise la legalidad de la decisión de la Administración Registral cuando, por las razones que sean, deniega la práctica del asiento. Pero no sólo eso; tienen, desde luego, derecho a que se controle la legalidad de la actuación administrativa pero también a que se les reconozca, en el mismo pleito, en su caso, el derecho a que se practique el asiento que habían solicitado.

Ahora bien el reconocimiento de ese derecho exige necesariamente la presencia de los posibles perjudicados por la inscripción demandada. La pretensión de inscripción, que ejercita el solicitante, tiene siempre una doble dirección y, por tanto, incurre en una característica bifurcación: la pretensión se dirige ciertamente contra la Administración, pero su admisión procede sólo si el interesado consigue demostrar que su satisfacción no causa perjuicios a terceros; titulares de derechos prevalentes, inscritos, no inscritos, o por inscribir.

En nuestro sistema hipotecario es imposible incribir el derecho del solicitante sin negar el de los contradictorios o incompatibles. Por tanto, si del expediente resultase fundado temor de que la práctica del asiento puede producir perjuicios a personas que no han consentido el derecho cuya inscripción se pide, será preciso, para disipar las dudas sobre su procedencia, que se conceda a esos terceros, posibles perjudicados, la oportunidad de intervenir.

El pretendiente exige la inscripción del Registro pero, si el Registro se niega, la Jurisdicción que lo controla no puede acceder a su petición, si los posibles perjudicados por la práctica del asiento no tienen la oportunidad de comparecer (14).

16. *La intervención de los posibles perjudicados.* Son por ello parte en los procedimientos administrativos no los perjudicados «a secas» sino, cosa distinta, los posibles perjudicados en sus derechos e intereses: por lo que,

(14) Se reproduce aquí, a escala particular, un problema ya bien conocido y tratado en otras latitudes. Frente al modelo de Derecho continental europeo, parece imponerse el sistema procesal angloamericano, en que el fin del proceso no es la aplicación de la voluntad de la ley, sino la resolución del litigio. En la doctrina italiana se ha sostenido, por ello, que «la aspiración a formar un mandato completo para la composición del litigio, **no sólo de aquella parte que el actor revela en la demanda**, informa seguramente (algunos) mecanismos legales (...) (se refiere en concreto al art. 107 del CPC) y preside su concreta (y correcta) aplicación como instrumento de extensión de los límites (...) del juicio» (hasta donde lo exija la composición del litigio): TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice* (1984), pág. 456.

identificados en el expediente probables sujetos de perjuicios, se vuelve necesario contar con ellos.

Sería una broma de mal gusto que, aunque la CE reconozca a «todos» un derecho inviolable a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, la conveniencia del ejercicio de la defensa no quedase al arbitrio y la voluntad de los directamente interesados o perjudicados sino de los órganos del Estado que serían los que decidirían a sus espaldas, por sí solos, quienes efectivamente resultan perjudicados y por tanto «merecen» que se les «permita», en cada caso, la defensa que, a lo que se ve, solo genéricamente se les había reconocido.

Y tanto no es esto así, que en cualquier momento los terceros que se crean perjudicados, aunque no se les hubiese llamado, pueden forzar que se les escuche personándose en el procedimiento para hacer valer sus derechos. Es más, es regla general, en el caso concreto del procedimiento administrativo y de su revisión judicial posterior, la necesidad de contar con todos los que, a la vista del expediente, puedan resultar perjudicados y, por ello, en primer lugar y ante todo, por los que hayan sido identificados como tales por el órgano instructor.

La afirmación constitucional de que «en ningún caso» se puede producir indefensión, quiere decir que no es posible decidir si una determinada resolución perjudicará a determinadas personas, sin contar con ellas, esto es, sin oírles: en cuanto consten en el expediente posibles perjudicados ya será imposible, a sus espaldas, continuar el procedimiento (15).

(15) Claramente explicadas las repercusiones que el acogimiento constitucional del principio de tutela y prohibición de indefensión tuvo sobre el procedimiento civil alemán (que, al contrario que el italiano, no disponía de una norma equivalente al art. 107 del CPC) en LÓPEZ FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español* (1990), pág. 114 y 223 y sigs.: «el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia de 1-2-1967, establece que **la garantía del derecho de audiencia corresponde no sólo a las partes originarias del proceso, sino a todos aquellos que puedan quedar directamente perjudicados por la resolución judicial en cuestión**, y sobre esta base declara la **necesidad de evitar la simple ficción en el conocimiento de la existencia del proceso de referencia, viniendo obligados los jueces a concretar la posibilidad abstracta de intervención de los terceros mediante su citación en el proceso**. El mismo Alto Tribunal, en sentencia de 9-2-1982, integra la laguna que al respecto presenta la ZPO mediante el uso analógico de la citación de oficio regulada **en las leyes procesales administrativa (!), financiera y social**». Nuestro Ordenamiento tradicionalmente fue siempre sensible a esta necesidad: artículos 260.2 de la antigua LEC y 270 de la LOPJ. Por lo demás, en Derecho Constitucional, las recomendaciones en esta materia son órdenes debido a que los derechos fundamentales, como principios, envuelven mandatos de optimización: cfr. ALEXY, cit. Siempre, por ello, habrá que acoger aquellas fórmulas normativas e interpretativas que garanticen, en mayor grado, la aplicación extensiva de los derechos fundamentales. Sobre la «fuerza expansiva de los principios», DE CASTRO, *Derecho Civil de España I* (1984), pág. 428 y sigs. No puede, por ello, aceptarse que, después de afirmar que parece del todo

17. *La cuestión constitucional.* Por lo demás, cuando de un proceso judicial se trata, la personación de los terceros afectados viene exigida por la garantía de tutela efectiva en su versión más fuerte: en efecto viene respaldada por el **principio de audiencia**.

«En todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria (de los interesados concediéndoles), la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita para más que en caso de incomparacencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable» (SSTC 112/1987 y 251/1987, entre otras).

Presta amparo, por ello, el Alto Tribunal a la consorte si puede resultar perjudicada por una sentencia de desahucio (por sumario que sea el proceso) aunque arrendatario sea sólo el marido. Afirma, también, con pronunciamientos terminantes, el mismo Tribunal, el derecho del subarrendatario a ser parte en el juicio de desahucio (sumario, por tanto) seguido contra el arrendatario subarrendador. Por último, ratifica el mismo criterio el Tribunal Constitucional en el sumario hipotecario cuando, sin darle oportunidad de defenderse, se desaloja a una arrendataria de una vivienda subastada (16).

Dice DE LA OLIVA que el principio de audiencia tiene «un perfil claro y netamente distinto de otras exigencias de Justicia, de otros principios y criterios (como el principio de igualdad de las partes)», por cuanto está pensado exclusivamente para «impedir una resolución judicial perjudicial de quien no haya podido (...) intervenir en el proceso correspondiente o para **impedir que se dicten normas jurídicas determinantes o permisivas de semejante resultado**» (17).

«oportuno» el reconocimiento legislativo de los institutos de la intervención provocada o coactiva de terceros a fin de **«garantizar un mejor cumplimiento de la nota de efectividad con la que el constituyente dotó al derecho de acción»** se sostenga, sin más, que «el legislador ordinario no esté obligado a regularlos». Cfr. LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 232.

(16) 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, 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. Cfr. notas 34 y 35.

(17) Cfr. DE LA OLIVA en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO y VEGA, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 52-54.

En consecuencia, por lo que a nosotros nos interesa, procede sentar la siguiente conclusión: **será constitucionalmente correcta la revisión judicial de las calificaciones negativas sólo y en tanto se cuente con los posibles perjudicados por la inscripción cuya práctica se solicita.**

Ahora bien, esta conclusión no viene sola: no es posible, en efecto, aceptar este punto sin pasar también por todas los corolarios que impone.

18. *La ilegalidad «abstracta» o formal y el derecho al asiento.* La antigua regulación del procedimiento registral no admitía en el «recurso gubernativo» otra discusión que la que versase sobre los motivos de ilegalidad alegados por el Registrador en su nota. Esta restricción ya no es posible trasladarla sin más al nuevo recurso judicial, cualquiera que sea el procedimiento ordinario que se elija para sustanciarlo.

Si el Tribunal se limita a anular el acto ilegal; si el Tribunal no reconoce el derecho de la parte a que se practique, de una vez, el asiento solicitado; si se permite, por tanto, a la Administración reproducir su negativa simplemente poniendo nota del mismo contenido (denegatorio) pero amparada ahora en nuevos motivos; el nuevo recurso no prestará tutela efectiva de «los derechos e intereses legítimos» de los particulares, en este caso, a conseguir la inscripción de sus títulos (17 bis).

Es más, resucitará una antigualla que, hace ya casi medio siglo, había sido arrumbada del contencioso-administrativo: un juicio exclusivamente revisor y simple eficacia anulatoria de la calificación ilegal pero incapaz de impedir otra nueva con diferentes fundamentos pero el mismo resultado. Esto es, será incapaz de proporcionar al usuario del servicio lo que realmente pide: la protección de su derecho a inscribir (18).

(17 bis) El tránsito del «proceso al acto», al «proceso al derecho», no es tanto fruto de un cambio de Derecho material como de Derecho procesal. No se trata tanto de que antes no hubiese «verdaderos» derechos contra la Administración sino que, para obtener su reconocimiento, había que obtener tantas sentencias favorables como pronunciamientos contrarios se le hubiera ocurrido hacer: una tarea, ciertamente, de titanes. El tránsito del enjuiciamiento al acto al reconocimiento del derecho más bien tiene que ver con el paso de un sistema de jurisdicción revisora (en que la apreciación de cualquier tipo de nulidad material o formal determina la retroacción de las actuaciones y la remisión del expediente al órgano instructor para que dicte una nueva resolución) a un sistema de Jurisdicción plena en que el Tribunal adopta directamente la que corresponde en Derecho. Cfr., para la evolución de la casación, coincidente en muchos puntos con la del contencioso-administrativo, CALAMANDREI, *La Casación Civil* 2 (1945), pág. 41. Para la historia del proceso contencioso-administrativo en España, FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, (1998).

(18) No se resucita una especie de casación sino una casación en su fase más primitiva de evolución, ya que el Tribunal no haría pronunciamientos sobre el derecho controvertido (*ius litigatoris*), sino que se limitaría a controlar el cumplimiento, por la instancia inferior, de las leyes procesales y materiales (función nomofiláctica). De ahí que, si estima el recurso, la sentencia anule la resolución del inferior y le devuelva

19. *La eficacia excluyente de la sentencia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* En cualquier caso, después de las innovaciones que en materia de litispendencia, acumulación y cosa juzgada ha introducido la nueva LEC, ya no es posible limitar la cognición judicial en los juicios ordinarios civiles (**salvo que, de ser verbal, otra cosa se diga expresamente por Ley**); por tanto, en nuestro caso, tampoco sólo al examen de la legalidad de los motivos alegados por el Registrador.

Son principios inspiradores de nuestra Ley Procesal Civil, «por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos (...) cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueda zanjarse en uno sólo», por lo que establece la nueva Ley «una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos ya conocida en nuestro Derecho (...)» que afecta a todas las posibles *causae petendi* en que pudiera fundamentarse la pretensión de tutela (19).

Esta era ya, en efecto, la regla general en nuestro Derecho contencioso-administrativo: «nuestro Tribunal Supremo —sobre la base del art. 43 de la LJCA de 1956— ha dicho que no se puede recurrir una segunda vez contra

(reenvíe) los autos para que proceda a emitir otra nueva, pero se abstenga de ponerla directamente. Otra nueva que puede, claro está, insistir en la denegación. Vid. CALAMANDREI, cit., págs. 63 y 358. Dice el artículo 127 del Reglamento Hipotecario vigente: «Si (el Registrador no hubiese incluido en la calificación, todos los motivos por los cuales procede la suspensión o denegación del asiento solicitado) y se (...) acordase su inscripción en recurso gubernativo correspondiente, podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior (...)». La STS de 22-5-2000, que anuló algunos artículos del Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, que había reformado el Reglamento Hipotecario, afirma que la posibilidad de alegar nuevos motivos genera indefensión, lo que parece incierto, ya que el solicitante siempre puede interponer nuevo recurso (gubernativo) y, sobre todo, tiene abierto el juicio declarativo. 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 contitucional 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 o ser operativos: la sentencia firme necesariamente los ha «degollado», como consecuencia de la eficacia preclusiva típica de las resoluciones judiciales. Si los defectos o motivos de ilegalidad subsistiesen o fuesen operativos, es obvio que la Administración no sólo no podría si no 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.

(19) Son palabras recogidas del epígrafe VIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

el mismo acto, aunque la nueva demanda se funde en motivos de ilegalidad distintos (...).» En consecuencia, la cosa juzgada material no queda identificada por el concreto motivo de ilegalidad, por lo que existe un impedimento procesal para interponer una segunda acción, con fundamento en unos mismos hechos, sobre la base de un motivo de ilegalidad distinto (20).

20. *La preclusión de hechos y fundamentos jurídicos no alegados.* Los hechos o fundamentos o títulos jurídicos que resultasen conocidos o pudiesen invocarse, no pueden reservarse para un proceso ulterior sencillamente porque se pierden. Por tanto, una vez el Tribunal se ha pronunciado, la función excluyente de la cosa juzgada impide entrar a conocer, en otro proceso, motivos no alegados en el primero.

Esta norma de preclusión, como hemos visto, es especialmente procedente cuando estamos, como es el caso, ante la revisión jurisdiccional, constitucionalmente obligada, de decisiones registrales, esto es, de origen administrativo. La resolución que suspende o deniega la inscripción debe ser conforme no sólo a la Ley sino también a Derecho; y, por tanto, en primer lugar, a los derechos de propiedad de las partes, esto es, a la situación jurídica material, ya que la inscripción en nuestro Derecho Inmobiliario es causal o accesoria y, por ello, su procedencia subordinada forzosamente a la existencia y legalidad de los derechos que la pretenden (así SANZ FERNÁNDEZ a la vista de los arts. 40 y 79 de la Ley Hipotecaria) (21).

(20) Según CORDÓN, *El Proceso*, cit., pág. 40, «no se trata, como alguna vez se ha afirmado, de que a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la pretensión se acota cualitativamente por el *petitum* referido a un acto, pero no por la *causa petendi*, es decir, por los vicios o motivos que se aducen por las partes: la pretensión en el proceso contencioso-administrativo también se acota por la *causa petendi*: lo que ocurre es que los motivos de ilegalidad no forman parte de ella». Es dudoso, en Derecho Administrativo Común, cuando debe considerarse que un acto es distinto de otro, esto es, cuando no reproduce otro anterior y, por tanto, existe la posibilidad de recurrirlo. No entraremos ahora en esa espinosa cuestión. En cualquier caso, la identificación del acto por los motivos (nuevos motivos originan un acto distinto) regía antes de la publicación del LJCA de 1956. 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 (dos autos de 7 de junio de 1890. *Gac.* de 2 de diciembre, pág. 137).

(21) En esta materia representa SANZ, «El Registro y la realidad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 14 (1964), la buena doctrina: quien consciente y voluntariamente renuncia al asiento, renuncia también a la acción de rectificación que es inseparable del derecho material (cfr. art. 40, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, renuncia al derecho mismo; salvo, claro está, prueba de incapacidad, falta de legitimación, poder de disposición y error u otro vicio del consentimiento. Afirmo, en efecto, el citado párrafo del artículo 40 de la LH, que *la acción de rectificación es inseparable del dominio o derecho real de que se derive*. Cfr. NOGUE-ROLES, «Comentario al artículo 97.1 y 2 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO y DÍAZ

Ahora bien, la legalidad y la conformidad plena de la inscripción a los derechos materiales (que la sustentan y justifican) es o no es: por tanto de poco serviría aquí, disponer para comprobar una y otra, juicios o cogniciones parciales o mutiladas. En efecto, los Tribunales están para hacer efectivo el mandato contitucional de un sometimiento pleno, esto es, nunca parcial, de la Administración al Derecho (o sea, a todo el Derecho), lo que, de nuevo, no es compatible con cogniciones provisionales o parciales.

21. *Concurso de procesos: defensa posible en el proceso declarativo ulterior.* Por lo demás, si fuese el mismo Tribunal el que, a instancia de parte o de oficio, prohibiese la alegación de otros motivos y reservase su discusión para otro juicio, conduciría a las partes a un callejón sin salida: en efecto la (parte) que intentase abrir el segundo proceso, asistiría impotente al fracaso de su propósito.

En primer lugar, pendiente el recurso judicial contra la calificación, hay escasas posibilidades de abrir un declarativo para ventilar, entre las partes, fundamentos o razones no alegados en el primero (22). La excepción de

ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 7, 5 (2000), pág. 604-605. La renuncia es, por lo demás, irrevocable: cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* (1985), págs. 478-479. Un inteligente esfuerzo para distinguir la «renuncia a la acción» de la «renuncia al derecho», en DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos* (1980), pág. 87 y sigs. Pero, ateniéndonos a sus mismas palabras, sería «tremenda (la) inseguridad jurídica que provocaría el intento de hacer valer las diferencias entre la renuncia a la acción y la renuncia al derecho subjetivo privado (...); si los demandantes, cuando renuncian, perseveran en no especificar a qué renuncian (...) no parece soportable para la vida jurídica extraprocésal (...). (Es más), **para que la diferencia entre renuncia a la acción y renuncia al derecho fuese efectiva, haría falta (...) que claramente se acogiese por la Ley o, al menos por la jurisprudencia, la posibilidad abstracta de renunciar a un derecho y/o al otro (...).** Y antes aún: si la Ley o la jurisprudencia no acogen la diferencia entre (la renuncia a) la acción y al derecho (...) pocos (...) sabrán hacer esa distinción. (...). (Por último), en estrechísima relación con lo anterior, constituye un importante óbice para la real eficacia de las distinciones apuntadas, la existencia de una corriente doctrinal que niega la acción como derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta (...).». Según CORDÓN, «Comentario al artículo 20», en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil I* (2001), pág. 236. «el efecto de la renuncia a la acción será la extinción de ésta y, en consecuencia, la privación de accionabilidad al derecho subjetivo material que le sirve de fundamento, por lo que el Tribunal se verá abocado, lo mismo que en el caso de renuncia del derecho, a dictar una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Pero no comporta la extinción del derecho, ya que, por ejemplo, el pago de una cantidad debida a cuya acción se ha renunciado no constituye pago de lo indebido». Interesantes desarrollos, aunque no propios de este lugar, admite este paralelo de renuncia defectuosa al asiento con el cobro de lo indebido.

(22) Dice el artículo 400 de la LEC: «I. 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

litispendencia siempre permitirá a la parte, que no interese ampliar la cognición, yugular *in nuce* el proceso que se intenta abrir (23).

En segundo lugar, aunque no se alegue litispendencia, al estar impedida la acumulación por la misma razón, el recurso seguirá libremente su curso con evidente peligro de, que recaída sentencia, si es estimatoria, se dañe irreversiblemente a las personas perjudicadas por la práctica del asiento. En efecto, los motivos o fundamentos, que no se adujeron en la primera revisión jurisdiccional, se vuelven armas inútiles porque la «cosa» o asunto, dictada sentencia, ha sido juzgado y, por tanto, ha quedado definitivamente resuelta (24).

22. *El recurso judicial, la defensa efectiva de los derechos y la fe pública registral*. Ciertamente, si el recurso judicial fuese sumario, ya no podría yugularse el segundo proceso (plenario) con las excepciones de litis-

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 consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste». Ya, sobre la base de la antigua Ley de Enjuiciamiento, se había formulado, con especial acierto, un criterio claro en esta materia: la cosa juzgada debe abarcar todo aquello que alegaron las partes o podía ser atendido por el Juez **sin incurrir en vicio de incongruencia**. Cmpr. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 92 y sigs.

(23) La consecuencia que se desprende es que «no sólo 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 (...); sino también a todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que hubieran podido alegarse aunque fundamenten una pretensión distinta. En este segundo aspecto, 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 (excepción de litispendencia y cosa juzgada, respectivamente) 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*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit. págs. 1332-1334.

(24) 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 reconvencción, no puede promoverse un proceso que comprendiese pretensiones 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». Vid. TAPIA, cit., pág. 1334. Para la distinción entre excepción y reconvencción, por lo demás, debe seguirse a MONTERO, *Derecho Jurisdiccional* 2 (1998), pág. 174: no existe reconvencción cuando lo que el demandado alega y pide en la contestación a la demanda quedaría cubierto por la cosa juzgada.

pendencia y cosa juzgada. Ahora bien, el recurso judicial no puede ser sumario y no puede serlo porque, como veremos, los juicios sumarios no sirven para proporcionar aquello que estamos echando en falta: la tutela judicial efectiva del derecho del demandante a exigir el asiento y, por tanto, del derecho de los perjudicados por su práctica a impedirlo.

Es más el recurso judicial no puede ser sumario porque un juicio sumario no garantiza la efectiva legalidad de la inscripción y, por tanto, no permite suprimir los graves riesgos que, debido a la fuerza irrefrenable de los asientos, soportan los derechos perjudicados por una inscripción improcedente (25).

Siempre que sea estimatoria la (primera) sentencia, y se autorice la inscripción solicitada, los derechos de los que, oponiéndose a su práctica, sólo hayan podido ejercer una defensa parcial de sus derechos, corren serio peligro. Si, como suele suceder, el asiento autorizado por la primera sentencia habilita la extensión inmediata de otro posterior que hace surgir un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, un tercero protegido por la fe pública, morirán las defensas (que no se han podido hacer servir) y, con ellas, los derechos.

Así pasará, por ejemplo, en el caso de que presentadas, al mismo tiempo, sendas escrituras de compra e hipoteca, se discuta la procedencia de la inscripción de la primera. Una vez inscrita la venta y después la hipoteca, habrá pasado definitivamente al acreedor el valor de la finca y, por tanto se habrá definitivamente perdido para los perjudicados por el asiento; y se habrá perdido por muchos y buenos que sean los medios de defensa de que dispusiesen.

Ni siquiera podría evitar tan deplorable resultado la anotación en el Registro de la demanda del segundo proceso, y no sólo porque, por hipótesis, sería siempre posterior al asiento de presentación de los títulos cuya calificación se recurrió. La anotación deberá ser forzosamente cancelada cuando, recaída sentencia estimatoria en el primero (proceso), se ordene junto con la

(25) «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. Si no se estimase así, no podrían acumularse los ordinarios al verbal por expresa prohibición de la ley (art. 438.2 de la misma Ley), pero sí, en cualquier caso, a la inversa. En cualquier caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC: *«cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil (!) (en nuestro caso el «viejo» recurso judicial), si no fuere posible la acumulación (!) de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto 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»*.

inscripción de los títulos, la retroacción de la eficacia de los asientos a la fecha de su presentación y la cancelación de las notas de prórroga. Porque, con las notas de prórroga, caerán también forzosamente todos los asientos de presentación practicados durante su vigencia en cuanto amparen títulos contradictorios con el asiento cuya práctica se autoriza: por tanto, también el asiento de presentación del mandamiento que ordenaba la anotación de demanda (26).

En conclusión, normalmente, el segundo proceso llegará siempre tarde y por tanto la defensa que pueda proporcionar será, en la mayor parte de los casos, completamente inútil (27).

23. *La materialización de la indefensión.* Es cierto, en fin, que nuestro Derecho Hipotecario conoce casos en que un proceso sumario puede producir la transmisión definitiva de derechos, por tanto, la pérdida irrevocable de la finca, sin que puedan los terceros perjudicados exigir que se suspenda o paralice el procedimiento, a fin de que se diluciden como, en Derecho correspondía, los motivos de oposición que pudiesen alegar: así, por ejemplo, en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria.

En efecto, el viejo artículo 132 de la Ley Hipotecaria que, apenas maquillado, ha pasado a la nueva LEC, así lo autorizaba. En este caso, sin embargo, los interesados no perdían definitivamente sus defensas y derechos porque podían hacerlos valer para cobrarse sobre el precio de subasta obtenido que, convenientemente consignado, quedaba a la espera de la resolución recaída (en el ordinario) para proceder a su definitiva entrega bien al acreedor ejecutante bien a los interesados que se probasen perjudicados por una ejecución en sí misma irregular, o realizada sobre derechos inexistentes, inválidos o ineficaces.

(26) El recurso suspende hasta la resolución definitiva la vigencia del asiento de presentación del documento calificado (art. 436 del RH). Los asientos posteriores contradictorios o conexos, anteriores posteriores, serán prorrogados (art. 11 1 del RH). Una vez devenida firme la resolución estimatoria, recaída en el gubernativo, se practicará la inscripción solicitada y, por tanto, se volverán ininscribibles los títulos contradictorios de posteriores asientos de presentación (art. 20 de la LH). Cfr. GARCÍA GARCÍA, cit., pág. 562.

(27) En efecto, extendido el asiento, ya no se puede, por hipótesis, impedir su práctica y procede sólo la acción de rectificación: cfr. artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás sería también un remedio inútil por impracticable: la anotación del artículo 66 *in fine* está pensada para tutelar al demandante del asiento; no serviría, desde luego, para proteger a los titulares de derechos que ya los tienen inscritos a su favor y menos para el hipotético caso de que pueden resultar perjudicados por una inscripción cuya práctica se ha denegado. A no ser que se permita, en el colmo del absurdo, que los titulares registrales, que se opongan a la extensión del nuevo asiento solicitado, puedan pedir *ad cautelam* una anotación de demanda de (re)inscripción de sus derechos, aunque esos derechos ya consten inscritos a su favor: una especie, pues, de anotación de demanda de un derecho sobre el propio derecho (?).

Esta retención del precio, todo lo criticable que se quiera, garantizaba sin duda, al menos, por medio de una especie de subrogación real, la satisfacción o resarcimiento de los perjudicados sobre el valor de la finca ejecutada. Por desgracia, esta posibilidad no procede en nuestro caso, ya que no se arbitra precaución alguna y, por tanto, las partes o terceros, maniatadas sus defensas, perderán con ellas definitivamente sus derechos: una pérdida, por lo demás, producida con ocasión de un proceso pensado para procurar tutela efectiva a todos los interesados pero que, en la práctica, no demuestra servir para otra cosa que para impedirla.

V. CONSIDERACIÓN DE OTRAS PROPUESTAS

24. *Contenido de otras propuestas.* Lo curioso es que las propuestas de introducción de la revisión judicial de las notas firmes de calificación, hechas hasta la fecha, siguen ancladas en el obsoleto modelo **dual** del artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1869, dictado en un momento en que, como sabemos, porque no se admitía otra legitimación procesal en juicio, también en el contencioso-administrativo (1845), que la que se fundamentaba en lesión de derechos materiales, y no se concedían recursos judiciales contra la Administración en defensa de la abstracta legalidad.

Se insiste, por tanto, en separar el pronunciamiento sobre la legalidad de la resolución administrativa que deniega la inscripción y el pronunciamiento sobre la existencia del derecho a inscribir, y, para adoptarlos, se persiste en mantener dos procedimientos judiciales distintos e independientes.

Así VALLS, siguiendo un planteamiento, desde hace muchos años, totalmente superado en los contenciosos-administrativos, defiende la necesidad de dos juicios **distintos**, ambos civiles a la vista del artículo 22.1 y 9.1 de la LOPJ, que, por tanto, deben discurrir por cauces totalmente separados: uno sería plenario, y en él se discutiría la «validez de los títulos» (art. 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria), esto es, la existencia de derechos; y otro, sumario, también civil, que, para rellenar el «hueco» que dejaba la legislación tradicional, se limitaría exclusivamente a revisar la (abstracta) legalidad de la resolución denegatoria del asiento solicitado (28).

25. *La dualidad de procesos.* Según este autor, para remover la calificación negativa del Registrador y conseguir la práctica del asiento, tiene el solicitante dos caminos que nunca se cruzan:

(28) La propuesta, que se comenta y critica en el texto puede encontrarse en VALLS, «La impugnación judicial contra la resolución definitiva del recurso gubernativo (el denominado recurso ante la jurisdicción civil contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *BCERC*, 82 (1999), pág. 254 y sigs.

- i) Podría, en primer lugar, entablar un **plenario** para que los Tribunales reconozcan la existencia de los derechos cuya inscripción se solicita: en este declarativo ordinario (*inter privados*) correspondería la calidad de partes únicamente a los titulares de los derechos, inscritos o no, que obstaculizan la práctica del asiento que se deniega (art. 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria).
- ii) Pero también podría, en segundo lugar, plantear un recurso (nuevo) ante la Jurisdicción ordinaria, que se limitase a revisar la conformidad a Derecho (la legalidad) de la negativa de la Dirección General a practicar el asiento solicitado: la base de la cognición del Tribunal, en este caso, sería la misma que la de la instancia registral cuya negativa se impugna; y parte demandada, únicamente la Administración (sin oír, por tanto, a los posibles perjudicados que la nota de calificación señala): un procedimiento, pues, especial y sumario; en su opinión, con eficacia limitada de cosa juzgada.

En cualquier caso, y ahí está lo verdaderamente importante, el trasvase o confusión de ambos procedimientos, que se mantienen como absolutamente impermeables, estaría impedida, además, porque, en el recurso contra la negativa a inscribir, la legitimación pasiva se atribuye exclusivamente al Abogado del Estado y la cognición judicial sería limitada; debe circunscribirse a las pruebas que tuvo a la vista, en su día, el Registrador antes de poner su nota de calificación.

26. *Crítica de la propuesta.* Ahora bien, es obvio que la cognición sumaria y la ausencia de los titulares de los derechos que el Registrador señala como presuntamente perjudicados por la inscripción que se pretende, frustran la posibilidad de que el remedio procesal, que se propone, pueda proporcionar la tutela efectiva a que se aspira; **tutela judicial, por cierto, que se echaba en falta en el viejo sistema y que precisamente justificaba su reforma.**

No basta, para que haya verdadera tutela efectiva, con que la revisión se haga por jueces. Es preciso que la hagan, precisamente, mediante un juicio en que **todos los posibles afectados por la sentencia tengan oportunidad de defenderse:** en efecto, sólo en este caso se habrá respetado el principio de audiencia.

Es más, la pretensión de inscribir que el recurrente ejercita no puede recibir tutela efectiva en un juicio sumario. En el momento actual, dice la Exposición de Motivos de la LJCA, debe entender superada «la tradicional y restringida concepción del (control jurisdiccional) como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto» y abiertas definitivamente «las puertas para obtener justicia» de modo que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial, puede pretenderse

«el reconocimiento de una situación jurídica individualizada» (en este caso del derecho a inscribir) lo que, por tanto, siempre que exista base en los autos, permite que (los Tribunales) sustituyan a la Administración en sus pronunciamientos (SSTS de 11-6-1991 y 15-12-1986) (29).

Ahora bien, si esto es lo que se piensa en general de los actos administrativos, no se entiende por qué podría pensarse y disponerse otra cosa para las notas de calificación, que, a fin de cuentas, son también actos de la Administración.

27. *El control judicial pleno de la legalidad de los actos de la Administración no puede conseguirse sin proporcionar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de todos los implicados.* Sobre la vinculación de ambos principios ha tenido ocasión de pronunciarse ya nuestra doctrina. Se ha dicho, por ejemplo, que, aunque podría «sostenerse que es concretamente el artículo 106 CE —no el art. 24.1 CE— el que obliga a establecer el acceso a la jurisdicción y que, además, el control de legalidad de las actuaciones administrativas puede estructurarse sin genuino derecho a la tutela judicial, se trataría de una interpretación sistemática del texto constitucional que vendría a entrañar, como bases hermeúticas, dos que no parecen acertadas: la primera que, frente a la integración que se hace, por ejemplo, del artículo 24.1 con el 120.3, en lo tocante a la motivación, en cambio no procede integrar el artículo 24.1 CE, en cuanto a la fuerza vinculante para el legislador con ningún otro precepto constitucional que revele la necesidad de tutela jurisdiccional; la segunda, que el texto constitucional se concibió en una clave rupturista con el sistema jurídico español, de modo que, por ejemplo, se piensa en el control de legalidad de las actuaciones administrativas **sin relación con la defensa de derechos e intereses legítimos tal vez lesionados por una actuación ilegal [20]**. (Esa) (...) clave rupturista no existe (...): (semejante) **interpretación daría la espalda al hecho de que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela judicial en razón de los derechos e intereses legítimos (30)**.

(29) Vid. CORDÓN, *El proceso*, cit., pág. 288 y sigs. Cfr. nota 5.

(30) En cualquier caso, el Tribunal Constitucional se atiene a la necesidad de poner en conexión el artículo 106 de la CE con el 24 de la CE: la **«doctrina de las exigencias legislativas del artículo 24.1 CE en consonancia con el 106 CE se ha construido en relación con la tutela judicial de las personas privadas»** (cmpr. STC 197/1988). «Está claro, para el Tribunal Constitucional, que el legislador no puede prohibir o, más exactamente, que debe establecer la tutela jurisdiccional inherente al control de la legalidad de la actuación administrativa, incluido su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106 CE); la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) **enlaza con esa concreción de la virtualidad legislativa del artículo 24.1 CE que la STC 197/1988 pone de manifiesto**». Vid. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGA, cit. pág. 445.

Dicho de otro modo: «un proceso impugnatorio de actos administrativos» que «agote toda su funcionalidad en el examen de su legalidad con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria», (...) un «proceso al acto», concluye en lo que, entre nosotros, se llamó el carácter revisor; carácter que excluía cualquier otra función del proceso que no fuese controlar la legalidad «objetiva» del acto recurrido. (...) (Esta especie de) casación, en la que no se admitía «la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en las instancias inferiores» ha sido definitivamente desmontada por «el artículo 24 de la CE que configura la actuación judicial (...), como una técnica de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos» (31).

28. *La regulación legislativa del recurso judicial no puede ser arbitraria: los casos sustancialmente idénticos deben recibir el mismo trato procesal.* En efecto, aunque la tutela efectiva es un derecho de configuración legal, eso no quiere decir que quede ésta al arbitrio del legislador: **serán constitucionalmente válidos sólo aquellos límites que, respetando su contenido esencial, están enderezados (los límites) a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida** (SSTC 206/1987, 60/1988 y 147/1989) (32).

Precisamente porque esto es así, esto es, porque el legislador carece de un derecho absoluto y discrecional para regular el acceso a la Jurisdicción como mejor le parezca, no puede aceptarse que, en unos casos, esto es, cuando de actos ordinarios de la Administración se trata, se articulen fórmulas que, con la finalidad de ofrecer una defensa procesal completa y, por tanto, con el propósito de conseguir pronunciamientos rápidos y definitivos sobre las cuestiones debatidas, imputen a Administración y

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo 2* (2001), pág. 621. Sobre el origen del «carácter revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa (carácter que exigía controlar exclusivamente la legalidad «objetiva» del acto recurrido, sin tomar en consideración otra situación que aquella en la que el acto fue producido originariamente por la Administración). Cfr. FERNÁNDEZ TORRES, cit. pág. 359 y sigs.

(32) El control de la legalidad, que la CE dispone, no admite distinciones por razón de la naturaleza de los actos que la Administración realice. Todos los actos de todas las Administraciones deben ser sometidos a control judicial, cualquiera que sea su naturaleza; por supuesto los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo (a saber, los llamados actos administrativos), pero también cualesquiera otros (esto es, también los actos de la Administración sujetos a un Derecho que no sea administrativo): por tanto, los sometidos a leyes como la Ley Hipotecaria. Es más, dado que la CE no distingue, no parece que el legislador, sin más ni más, pueda articular un régimen de control diferente para unos y otros actos. Dicho de otro modo: **reconocida por todos la bondad del plenario para el modelo contencioso-administrativo, no será fácil justificar por qué debe prescindirse de él cuando de actos de la Administración, no sujetos al Derecho Administrativo, se trata.** Cfr. nota 6.

Jurisdicción la carga de integrar la relación jurídico-procesal (provocando la comparecencia de todos los posibles perjudicados); y que, en cambio, en otros casos, esto es, cuando estamos ante actos registrales, se obligue a los particulares, empeñados en la defensa de su derecho a inscribir, a elegir entre un sumario (que no les garantiza nada definitivo), o un declarativo en el que, al no poder constituir en parte a la Administración, tendrán que asumir la carga de identificar a todos los posibles perjudicados por la inscripción que solicita (32 bis). Por lo demás, sin garantía alguna de que, al final, la susodicha Administración eche en falta algunos y de que, por tanto, se encuentren en la penosa obligación de iniciar un nuevo pleito, que ya más bien que pleito parecería una forma de sofisticada tortura (33).

29. *Contenido de la «tutela judicial efectiva».* **En resumen, una cosa es que, porque siempre está abierto el plenario posterior, los procesos sumarios no conculquen la tutela efectiva y otra que la proporcionen (34).**

(32 bis) No es el reclamante quien cree que la inscripción, que pide, perjudica a terceros, sino la Administración. En realidad, en el contencioso-administrativo se prevé una intervención *iussu iudicis*, hasta cierto punto, semejante al del 107 del CPC italiano; sólo que, al contrario que allí, en el caso de no hacer los llamamientos la parte, los hará el Tribunal y continuará el procedimiento. Cfr. artículos 60 y 64 de la LJCA y nota 37.

(33) En el caso de los actos de la Administración Registral, a nadie parece preocuparle que la regulación vigente y las alternativas que se proponen (persistiendo en el enfoque tradicional), insistan en ensayar soluciones «originales» totalmente alejadas del paradigma del contencioso-administrativo; pensadas, a lo que parece, no para dar sino para retrasar todo lo posible la tutela efectiva del derecho a inscribir de los interesados. No deja de ser sorprendente que, para impugnar la nota de calificación, cuya cercanía a los actos administrativos típicos parece evidente, se articulen fórmulas procesales desechadas desde hace siglos en el contencioso-administrativo; y que, en cambio, cuando de impugnar una inscripción se trata, cuya eficacia civil no ofrece duda, se remita a los perjudicados al plenario siguiendo ahora la regla tradicional del contencioso-administrativo. Si el sumario es bueno allí, ¿por qué no lo es aquí?; y si el plenario es bueno aquí, ¿por qué no lo es allí? Nos gustaría que, al menos, se nos ofreciese una razón que permita dar razón de tan diferente trato. Y no se diga que calificación y asiento son cosas distintas porque el asiento da entrada a un derecho y por tanto innova la situación anterior, y que, en cambio, la calificación negativa veda su acceso, por lo que deja todo como estaba. Como resulta claramente del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en uno y otro caso, se trata de rectificar un asiento ya extendido, y precisamente en razón de los peligros que envuelve (exactamente los mismos en uno y otro caso): la posibilidad de privar de su derecho al impugnante por el juego de la fe pública. La única diferencia está en que, en el segundo caso, el asiento antiguo que se impugna se rectifica en virtud de una cancelación y, en el primero, mediante una inscripción de transferencia (precisamente los dos modos de extinción de asientos que enumera el art. 76 de la Ley Hipotecaria). **La tutela judicial efectiva es un principio constitucional y los principios son mandatos de optimización y por tanto nada impide sino que todo obliga, salvo que otro principio constitucional lo impida, a que lo que se puede hacer en una jurisdicción debe hacerse en las demás en cuanto se demuestra que sirve para garantizar una mejor y más efectiva tutela judicial.** Vid. nota 6.

(34) Precisamente porque «queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado

Sirva de apoyo, aquí, la cita de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el sumario hipotecario: repiten las nueve sentencias recaídas hasta hoy, «que, si hay tutela efectiva, no es porque la conceda el ejecutivo hipotecario sino precisamente porque las partes pueden siempre acudir al juicio declarativo ordinario».

Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a tutela judicial efectiva comprende, por lo que ahora interesa:

- i) La exigencia de proceder al emplazamiento de todos los **posibles** afectados por la sentencia: **«todos los titulares de derechos e intereses legítimos** tienen que ser llamados directamente al proceso judicial (...) para que puedan ser parte procesal y ejercitar el derecho a defenderse contradictoriamente si les conviene, con la dialéctica jurídica y justificaciones oportunas (...): *audiatur et altera pars*» (STC de 20-10-1983); «la omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplido por una actividad espontánea de las partes, a la que en modo alguno están obligadas, vicia las actuaciones judiciales (...)» (STC de 8-6-1988; hay otras muchas).
- ii) La obtención de un pronunciamiento irrevocable sobre el fondo: «Una de las proyecciones del derecho de tutela judicial efectiva (...) consiste en el derecho a que las resoluciones alcancen la eficacia otorgada por el Ordenamiento, lo que no sólo significa el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, y respeten la firmeza e intangibilidad de las situaciones en ellas declaradas (ATC 232/1998, de 28 de octubre)»; sino que también exige que el recurrente **«sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiese lugar a ello, por el daño sufrido»** (STC de 7-6-1982). La tutela efectiva no consiente ni limitación de excepciones ni, en consecuencia, cogniciones parciales ni, por tanto, resoluciones de eficacia limitada o provisional (cfr., por ejemplo, para el sumario hipotecario, la doctrina de la STC de 18-12-1981) (35).

que la ausencia de controversia (...), no vulnera el derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución»: STC 41/198, de 18 de diciembre. «El TC ha acogido el esquema clásico (...) al poner de relieve la privación de cosa juzgada como mecanismo de justificación y compensación de la sumariedad (...). Y lo que no hemos hallado en la jurisprudencia del TC es ningún reconocimiento de efectos de cosa juzgada, ni siquiera limitados, para las sentencias dictadas en procesos sumarios»: DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y DIEZ-PICAZO, *Derecho Procesal. El proceso de declaración* (2001), pág. 499-500. Noticia exhaustiva sobre la jurisprudencia constitucional y los desarrollos doctrinales pertinentes puede hallarse en GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (2001).

(35) Conculcan el derecho a la tutela efectiva «aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto

30. *La Jurisdicción y los jueces.* No se dispensa tutela efectiva al derecho a inscribir que tienen los ciudadanos frente a la Administración, revisando **sumariamente** sus actos, aunque sea por un Juez, y menos si no se da **oportunidad de defenderse a los posibles perjudicados y con todos los medios, por supuesto también los de prueba, a su disposición:** por ello, la Jurisdicción contencioso-administrativa cumple con el mandato constitucional de control de la Administración y defensa de la legalidad y, al contrario, no lo hace el proceso que VALLS reclama. Los procesos, que buscan proporcionar una tutela y control efectivo, no se montan porque los jueces tengan, por así decirlo, un derecho propio a decir siempre la última palabra; al contrario, sólo tienen los jueces la última palabra cuando deciden imparcialmente, esto es, cuando resuelven con cognición plena en juicio contradictorio: por ello no sirven a este fin, ya que no definen derechos firmes, las cogniciones parciales y provisionales.

Los jueces no ocupan en el organigrama del Estado de Derecho una especie de posición cuasisacerdotal. Su superior criterio no deriva de una especie de contacto carismático con la Justicia que, reproduciendo un modelo de rancio abolengo eclesiástico, transforme en justa, por hipótesis, cualquier decisión que adopten.

En realidad, más bien, sucede lo contrario: existe verdadera tutela efectiva, en el sentido que el constituyente la entiende, sólo cuando los jueces ejercen de jueces y, a esa condición, es inherente la dirección y resolución sólo de aquellos procesos en que concurren un conjunto de garantías básicas o mínimas: fundamentalmente, presencia de los posibles perjudicados por la sentencia, posibilidad de contradicción y prueba libre.

31. *Los límites constitucionales.* Es asimismo evidente que la reserva exclusiva de la legitimación pasiva al Abogado del Estado, en la revisión judicial de las resoluciones firmes denegatorias de la inscripción, choca directamente con principios constitucionales tan importantes como son los sentados en el artículo 24 (nadie, y menos que nadie el Estado, puede asumir la defensa de derechos privados sin consentimiento de sus titulares) y artículo 33 de la CE (**sólo si media expropiación, podrá tener el Estado la disposición, y por tanto la gestión procesal, de derechos ajenos**).

La Abogacía del Estado no puede arrogarse la representación forzosa en el proceso de intereses privados, o incluso públicos, cuya gestión no le corresponde.

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). Cfr. nota 42 pero también la 34 y 16.

Así sucederá siempre que el Registrador funde su negativa a inscribir en que el derecho, cuya inscripción se pretende, vulnera una servidumbre de paso, desconoce el derecho de unos fideicomisarios, prescinde de la licencia municipal o de la autorización de la Junta de Propietarios, invade el demanio de titularidad autonómica o en que el derecho se constituyó sin intervención (consentimiento) de su titular, esto es, sin poder o con insuficiente poder:

«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 CE y la doctrina establecida por este TC (...), a ser emplazada personalmente en el proceso contencioso porque, en este caso, su derecho es a ser oída al margen de que sus alegaciones coincidan o no, entera o parcialmente, con las de cualquiera de las partes que hayan comparecido en el proceso» (STC de 31-5-1983).

32. *El Estado de Derecho y el Registro de la Propiedad.* El Estado de Derecho se funda en la distinción entre sociedad y Estado, entre Derecho Público y Derecho Privado, y esa distinción desaparecería totalmente si, so capa del planteamiento del Registro de la Propiedad (la representación del) Estado se arrogase la **gestión y representación forzosa de (la defensa de) todos y cada uno de los derechos (privados) inscritos y por inscribir.**

La gestión forzosa por la Administración Pública de derechos privados no es posible en un Estado de Derecho sino que es la característica típica de un Estado dictatorial o totalitario. De ahí que el Ministerio Fiscal como representante de ciertos intereses privados cualificados no se incardine en el Gobierno y la Administración (al contrario que la Abogacía del Estado); y de ahí la imposibilidad política de suprimir ese *tertium genus* que es la Jurisdicción voluntaria.

En fin, para terminar este punto, **un recurso judicial en el que los posibles perjudicados por una resolución administrativa no puedan constituirse en parte** ni usar todos los medios de prueba para defenderse ni obtener una resolución con eficacia de cosa juzgada, **no sirve ni para procurar a los ciudadanos tutela judicial efectiva ni para garantizar que la negativa** a practicar un asiento, que sólo procede legítimamente si no perjudica derechos e intereses de terceros, **es ajustada a Ley y está sometida de modo «pleno» al «Derecho».**

33. *Los asientos registrales en Derecho español perjudican a terceros.*

No es posible admitir fórmulas judiciales de revisión de la actividad registral que no se ajusten a las particularidades operativas del Registro español y, por tanto, a las implicaciones de los asientos que en él se extienden.

Pues bien, un principio esencial del sistema español (como del alemán, el austríaco, australiano, inglés, danés o suizo) obliga a suspender o denegar la inscripción solicitada, en los siguientes casos:

- i) Cuando el asiento pretendido perjudique derechos inscritos y falte el consentimiento de sus titulares.
- ii) Cuando perjudique derechos implícitamente inscritos (derechos con los que hay que contar aunque no estén explícitamente inscritos), como ocurre con muchos derechos o intereses de naturaleza pública.
- iii) O cuando pueda perjudicar, sin razón legal que lo justifique, derechos susceptibles de inscripción en el futuro (36).

(36) Basta analizar cualquier recopilación de jurisprudencia registra] para comprobar que **son dos las causas principales de denegación de asientos en Derecho español**: i) En primer lugar, se deniega el asiento si se entiende que su práctica puede perjudicar a un derecho previamente inscrito y no consta la transmisión o renuncia autorizada por su titular; ii) en segundo lugar, si se estima que el derecho cuya inscripción se solicita, infringe las reglas estrictas, de orden público (contractual, real e hipotecario), que protegen los intereses públicos o privados prevalentes, en especial los de futuros y posibles adquirentes de derechos en la cosa. Esta segunda causa de suspensión tiene su razón de ser en que, si ingresasen derechos irregulares, podrían sanarse negocios nulos por el juego de la fe pública y, desde luego, se impediría el acceso futuro de otros regulares (embargos de los acreedores del causante o segundas transmisiones o gravámenes, estos sí, legítimos): cfr. nota 11. Los vicios de capacidad o causas de anulabilidad (u otras semejantes) se traducen en la necesidad de la intervención de terceros (titulares directos o representantes legítimos de los intereses implicados) y las de nulidad, que deben apreciarse de oficio en la autorización de los órganos públicos encargados de su custodia. Así, para el caso paralelo del allanamiento, ordena el legislador que si «*se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dicte auto rechazándolo y siga el proceso adelante*»: artículo 21 de la LEC. El sistema hipotecario somete a riguroso control la constitución de los derechos reales: el derecho real es un arma mucho más poderosa que el de crédito, por ello impide el ordenamiento civil que las partes creen derechos reales al *tun tun* o a la «buena de Dios»: vid. Díez-PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 513 (1976). **Los derechos reales, como por hipótesis, perjudican a terceros** (no sólo a las partes que los negocian), **exigen causa suficiente y sólo hay causa suficiente cuando se cumplen las reglas de juego que el sistema exige para su reconocimiento porque, si no se cumplen, no surge un derecho real sino un simple derecho de crédito** (una acción de responsabilidad por nulidad, fraude o evicción contra el transmitente, o una obligación de posterior transmisión efectiva del derecho prometido y no adquirido). Ahora bien, sólo ingresan en el Registro derechos reales; los derechos de crédito, como todo el mundo sabe, no tienen acceso registral.

34. *La defensa judicial de los posibles perjudicados.* La necesidad de implicar en el proceso judicial a los titulares de derechos, cuya protección registral la calificación del Registrador había estimado incompatible con la extensión del asiento que se solicita, hoy es obligada tanto si se analiza el caso desde el punto de vista de la depurada técnica del contencioso-administrativo como desde el nuevo juicio ordinario, armado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, si fuese cierto eso, sólo en cuanto los posibles perjudicados por el asiento se personen y coadyuven al recurrente, deberá accederse al asiento.

Bastará, en cambio, que uno cualquiera de esos terceros no comparezca o se oponga a la pretensión del actor, para que se vuelva imposible decidir sobre la procedencia del asiento y, por tanto, sobre la legitimidad de su pretensión, sin pronunciarse sobre la existencia material de los derechos que entran en colisión.

No hay que olvidar que el Registrador denegó el asiento porque estimó que existían terceros perjudicados que no habían autorizado el título que se trata de inscribir y que sus derechos eran prevalentes al del solicitante; en consecuencia, la identidad de «posibles perjudicados» resulta del expediente; por lo tanto, el Tribunal tendrá que llamarles necesariamente.

35. *El paradigma del contencioso-administrativo.* Puesto que, en el caso que nos viene ocupando aquí (el control judicial de la Administración Registral), estamos ante actos de una Administración, lo lógico sería que no se perdiese de vista, a la hora de articular la revisión por Tribunales Civiles de las resoluciones registrales, la regulación vigente del contencioso-administrativo.

Pues bien, la revisión judicial de los actos administrativos es, siempre por supuesto, de plena jurisdicción. El contencioso-administrativo es un juicio plenario (cfr. arts. 74.3 y 4 y art. 75 de la LJCA) y se considerarán parte demandada todas aquellas «personas (...) que ostenten una situación jurídica que será directamente afectada por la sentencia que se pronuncie» (cmpr. art. 29.1.b de la LJCA).

Se puede discutir ante el Tribunal, por tanto, haciendo uso de cualesquiera medios de prueba, no sólo la abstracta legalidad del acto recurrido sino la existencia, y posible perjuicio, de derechos individuales: la vigilancia de una correcta integración de la relación jurídica procesal es incluso un deber del juez puesto que a él corresponde velar por que se emplace, a la vista del expediente administrativo, a todos cuantos parezcan interesados o afectados por la futura sentencia que dicte (art. 64 y 60 de la LJCA).

En consecuencia la sentencia producirá efectos entre las partes pero también «respecto de terceros afectados por el acto anulado» (art. 86.2 de la LJCA) y, entre esos efectos, está la anulación del acto pero tam-

bien, nada lo impide, el reconocimiento de derechos: en este caso el derecho firme del particular frente a la Administración a exigir la práctica del asiento que solicita («situaciones jurídicas individualizadas» del art. 84.2 de la misma ley).

Porque concurren todos estos llamamientos, y es plenario el juicio, el contencioso-administrativo procura tutela efectiva a todos los posibles afectados por el asiento que se solicita y garantiza la vinculación de la Administración al Derecho (37).

(37) «¿De qué modo se evita, en el proceso administrativo, que no se vean perjudicados quienes no han tenido la oportunidad de ser oídos y vencidos en juicio? (...) ¿Cómo se hace efectivo en dicho proceso el principio de audiencia (nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio)?», se preguntaba antes de la última reforma DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 131 y sigs. Y contesta: «Hemos visto la razonable explicación del fenómeno consistente en que la anulación de un acto (...) se proyecte con fuerza de cosa juzgada sobre todos los destinatarios (...) aunque no hayan litigado («en el art. 86.2 LJCA se encuentra el mismo o similar sustrato fundamental que en el art. 1.252 del Código Civil, por lo que respecta a las sentencias sobre validez o nulidad de disposiciones testamentarias: el testamento no puede, por ejemplo, ser nulo para uno de los herederos forzosos que interpuso la demanda de nulidad, y a la vez válido y eficaz para los herederos forzosos que no litigaron»). (Pero este argumento no justifica) **sin más** una extensión a terceros, *ope legis*, de la cosa juzgada (...). La extensión de la cosa juzgada a sujetos no litigantes debe establecerse del siguiente modo: *a)* teniendo en cuenta que pueden darse casos de destinatarios y afectados por el acto o la disposición judicialmente impugnados que no desean la anulación o que, al contrario, la desean y tienen interés legítimo en impugnar una y otro y aportarían hechos y fundamentos jurídicos diferentes y quizá más relevantes y eficaces que los aportados por el recurrente; *b)* disponiendo los mecanismos jurídicos adecuados para abrir las puertas del proceso administrativo a estos interesados, de modo que, por una parte, se dé satisfacción a su derecho a la tutela efectiva y, por otra, no se lesione, con indefensión, el principio de audiencia (...). Y así se hace. **El caso de quienes deseen sostener la juridicidad y permanencia (...) del acto, se prevé con la posible coadyuvación con la Administración (...) y también con la posibilidad de constituirse en demandados (...) quienes estén legitimados para ello (...).** Para que los sujetos a los que se acaba de hacer referencia conozcan la pendencia del proceso y puedan intervenir en él (...), se ha de publicar la iniciación del proceso en el Boletín Oficial correspondiente al ámbito de Tribunal (art. 60 LJCA), y esa publicación sirve de emplazamiento a los legitimados como demandados y coadyuvantes (art. 64 LJCA), aunque una reiterada jurisprudencia del TC ha rectificado esa norma, imponiendo al tribunal para la efectividad del derecho fundamental a obtener tutela efectiva, la citación personal de los sujetos aparentemente legitimados (los interesados) **que puedan ser identificados con los datos obrantes en el expediente** relativos al acto (...) objeto del proceso. De este modo se desea hacer efectivo el principio de audiencia y, así, el tribunal contencioso-administrativo no ha de plantear de oficio, ni ante él está previsto plantear, como en el proceso civil, una posible constitución irregular de la litis o falta del debido litisconsorcio necesario».

VI. CONCLUSIONES PROCESALES

36. *La doble cara del asiento: círculo de afectados por su práctica.* El sometimiento de las resoluciones registrales al control de la Jurisdicción está para **proporcionar tutela efectiva** y no para perder tiempo y dinero en «circuitos inútiles» o sesiones de «fuegos artificiales».

Sabemos que, en el Registro de la Propiedad español, entra un derecho porque sale otro. Los asientos siempre benefician y perjudican al mismo tiempo a personas con intereses distintos y generalmente contradictorios: se declara el derecho del (acreedor) hipotecario sobre el pleno dominio porque no sólo se grava el del hipotecante nudo propietario, sino también el del tercero usufructuario; se afirma la propiedad del comprador de una VPO no sólo porque se niega la del vendedor sino también la vigencia de la prohibición de disponer constituida en defensa de intereses públicos, etc.

Dicho de otro modo: no es posible, materialmente, proporcionar protección al derecho de uno sin, al mismo tiempo, negársela a los derechos (incompatibles) de otro u otros. Y como es así, están indisolublemente ligados el derecho de entrada de uno y el deber de salida de otro y, por tanto, no es posible reconocer el derecho (de entrada) de uno sin, al mismo tiempo, imponer el correspondiente deber (de salida) al otro; estamos ante un pronunciamiento indivisible que como JANO tiene dos caras completamente inseparables (38).

37. *Comunidad en la causa.* Por tanto, afectados directamente por la sentencia están no sólo el solicitante del asiento que pide el ingreso sino también todos los que tengan derechos que lo impidan u obstaculizen; y, por tanto, también a éstos, si se quiere que no se «produzca en ningún caso

(38) La particularidad de este caso consiste en que se trata de extender a los terceros, además de a las partes, los antecedentes lógicos, no sólo la parte dispositiva de la sentencia; y se trata de hacerlo porque, en otro caso, el Tribunal sólo podría hacer sobre la pretensión de condena que ejercita el solicitante, declaraciones provisionales. **Hay que pronunciarse sobre las relaciones civiles subyacentes no por razones de utilidad (no en vista al ejercicio posterior, v.g., de una acción de garantía o de una pretensión de responsabilidad) sino por razones de la más estricta necesidad.** Al contrario que el típico «garante» o «garantizado», interesado en decidir en el pleito principal los elementos básicos de la relación subordinada de garantía que le une con un tercero, porque pretende prevenir no un perjuicio directo sino indirecto (por repercusión de la relación que es objeto del pleito en otra conexas de garantía o posible responsabilidad que podría ser definida de modo independiente en pleito posterior); la cancelación o postergación de los derechos de terceros es presupuesto de la inscripción del propio y por tanto la sentencia que decida ésta tiene inevitable efecto prejudicial sobre aquéllos. Sobre extensión objetiva de la cosa juzgada y lo «implícito e inescindible afirmado», cfr. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 510 y sigs.

indefensión», habrá necesariamente que oírles (39). Es más, precisamente porque no es posible beneficiar a uno (el solicitante) sin perjudicar a otro u otros (los afectados por el nuevo asiento), para dar tutela judicial efectiva a los intereses de unos es preciso proporcionársela a los de los otros (40).

Una cosa, sin embargo, es la identidad de la causa y otra su comunidad. Nos encontramos ante terceros «que habrían podido ser litisconsortes del demandado, pero que el actor no quiere ni puede ser obligado a demandar» (41). En efecto, el recurrente dirige su pretensión de condena contra la

(39) Los pronunciamientos de la sentencia podrán perjudicar, de «modo directo e insoslayable», a terceros aunque no versen sobre la relación central debatida sino sobre las que constituyen su antecedente lógico o necesario. Es precisamente esto lo que sucede en este caso: una sentencia única tiene que hacer pronunciamientos diferentes pero indisolublemente vinculados sobre relaciones jurídicas distintas pero interdependientes. Por una parte y con carácter previo, sobre las sustantivas o civiles que implican a uno o incluso a varios derechos civiles concurrentes sobre un mismo inmueble; por otra y como lógica consecuencia, sobre la (relación jurídica) registral que, aunque subordinada a aquéllas, pues constituyen su antecedente lógico, concede o no el asiento, esto es, la pretensión ejercitada. 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 cancelados o postergados 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): notas 11 y 36. Por tanto, la presencia de los titulares de derechos, en peligro de cancelación o postergación de practicarse el asiento solicitado, al contrario de la de sus acreedores o causahabientes, 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. Vid. cfr. TROCKER, cit., pág. 233 y sigs., y notas 42 y 43.

(40) Pronunciamiento previo, es cierto, pero, además, parcial o limitado porque se ocupa sólo de algunos aspectos de los derechos civiles subyacentes: precisamente de aquellos de los que depende la procedencia del asiento solicitado. Así, v.g., para denegar el asiento de una escritura de obra nueva, otorgada exclusivamente por el propietario, será suficiente con pronunciarse sobre si existe una carga real impeditiva del *ius edificandi*, y poco importa de qué naturaleza sea (derecho de superficie, servidumbre de paso o de luces y vistas). Por la misma razón, para impedir la cancelación de la hipoteca, poco importa su cuantía o plazo, sino que basta con que no se haya abonado al vendedor el precio retenido o descontado, etc. Estamos, por tanto, ante pronunciamientos previos que sólo en los concretos aspectos enjuiciados tienen efecto prejudicial sobre pleito posterior. «Es sabido que (la función positiva o prejudicial) no entra en juego cuando se da la identidad total de objeto (que es precisa para apreciar la función negativa o excluyente), pero se requiere siempre la existencia de **conexión** o conexidad entre el objeto de un (posterior) proceso y el objeto de la cosa juzgada derivada de la sentencia firme que puso fin a un proceso anterior. (...) Lo decidido en el primer proceso debe ser idéntico a parte de lo que habría de decidirse en el segundo (...). Entre la *res iudicanda* y la *res iudicata* hay una identidad parcial». DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., págs. 104-105.

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

Administración registral conminándola a que consienta en realizar un asiento, que en su opinión procede con arreglo a Ley. Nada, en efecto, sin contradecirse, podría pretender de los terceros; y no podría hacerlo porque precisamente entiende el actor, contra el parecer del Registrador, que el

necesaria y subsiguiente de una nueva causa conexa con la originaria» como, por ejemplo, quería CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile* 4 (1926), pág. 956. 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 procede apreciar la excepción de litisconsorcio: CHIOVENDA, cit., pág. 715-716. 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, de modo que no se pueda ya desconocer en el futuro los efectos de dicha declaración de certeza (...)». CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2 (1962), pág. 341. En nuestro caso, la pretensión de condena a la Administración, que ejercita el actor, presupone el reconocimiento previo de su derecho a inscribir, pero esa declaración implica, como su antecedente lógico necesario, otra de naturaleza alternativa sobre derechos de terceros (con conexión objetiva con el derecho que pretende inscribir el actor). Conexión objetiva necesaria porque todos los derechos enjuiciados tienen que recaer o, al menos afectar de alguna manera, a la finca sobre la que el recurrente exige inscribir el suyo y además alternativa porque el reconocimiento del derecho del demandante es incompatible con el de los de los terceros que se oponen al asiento. 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. Eso sucederá sólo si los llamados efectivamente comparecen y se oponen; lo que no tiene por qué suceder siempre: cfr. nota 47 y el texto que pretende aclarar. Por ello, el llamado que no comparece, no se transforma en rebelde; y la causa que constituía el objeto del proceso seguirá 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 partes iniciales 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 las que afirma el actor como de las que le oponen los terceros) cuya apreciación es presupuesto de la condena o absolución de la Administración demandada. En efecto, las relaciones entre la parte actora del proceso pendiente y los terceros, presuntos perjudicados por el asiento que aquélla reclama, se encuentran en una conexión eventual y excluyente porque «los presupuestos constitutivos (del derecho a inscribir) resultan ser al mismo tiempo presupuestos negativos (impeditivos, extintivos) del derecho (a seguir estando inscritos o protegidos por el Registro) de los que se oponen» («conexión en tijera»). Existe conexión alternativa negativa siempre que dos sujetos ejercen pretensiones contradictorias frente a la misma persona (en este caso la Administración Registral), siendo así que el derecho sólo puede reconocerse en uno. Cmpr. LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 132 y sigs. 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, 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 TROKCEK, pág. 233 y sigs. cuando razona de la misma manera: no se trata tanto de garantizar sentencias «lógica o teóricamente compatibles» sino de evitar «sen-

derecho, que afirma como propio, no perjudica a nadie y, por ello, le es debido el asiento que pide. Tan es esto así, que cabe perfectamente que los terceros llamados no sólo no se opongan a su pretensión sino que la refrenden y hagan causa común contra la Administración.

Y sin embargo es necesario llamarles. En efecto, la Administración resiste la petición porque estima que la inscripción que se le pide perjudica derechos de terceros; por lo que, si la practicase, infringiría su deber constitucional de cumplimiento de la legalidad (art. 103 de la CE en relación con los arts. 18 y 20 de la Ley Hipotecaria).

38. *La inutilidad de la sentencia y la tutela judicial efectiva de la pretensión del recurrente.* En otro caso, siendo el «pronunciamiento jurisdiccional inescindible» frente a todos los legitimados pasivamente, la sentencia podría volverse inútil e ineficaz, no ya «respecto a los no demandados sino incluso respecto de los que litigaron» (empezando, claro está, por el propio demandante).

En efecto, en estos casos, «más que un riesgo de injusta extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron y no pudieron defenderse, el riesgo sería el contrario: el de que la sentencia fuese imposible o inútil porque no afectaría a quienes debería afectar, si ha de servir para algo». Esto es, en nuestro caso, el riesgo estaría en no poder prestar verdadera tutela efectiva al solicitante del asiento (42).

En consecuencia, habrá que llamar a todos los perjudicados por la inscripción solicitada, empezando por todos aquellos a quienes la nota de calificación haya identificado como tales.

tencias 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**. Cfr. nota 42. Para poder conseguirlo, parece imprescindible que la fuerza prejudicial de la sentencia no se limite 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 debe bastar, 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).

(42) 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**». Cfr. el excelente comentario de I. Díez-PICAZO, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 182. Ya CALAVROS, cit., pág. 26 y sigs., 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 ejercitada. Cfr. nota 35.

39. *Llamamiento al proceso a los afectados por la sentencia.* Ciertamente, por expresa previsión legal, no se precisa demandar siempre a todos los legitimados pasivamente (por ejemplo, a los deudores solidarios), ni, desde luego, deben serlo, en el proceso civil, todos cuantos tengan un interés legítimo y directo en el pleito (art. 13.1 de la LEC *a contrario*).

Por tanto, so pena de incurrir en cierta contradicción, no se refiere a unos y otros el artículo 150 de la LEC cuando dispone que, por mandato del Tribunal, «se notifique la pendencia del proceso a todas las personas que, según los mismos autos, pudieran verse afectadas por la sentencia». En efecto, carecería de sentido «la previsión individualizada (de la intervención y el litisconsorcio **voluntario** en los arts. 13 y 12.2 de la LEC) si aquellos terceros **tuviesen siempre** la consideración de afectados por la sentencia» y, por tanto, necesariamente debiesen ser llamados por el Tribunal (43).

Ahora bien, también es cierto que, cuando «la protección jurisdiccional (aquí el reconocimiento del derecho a inscribir del solicitante) sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente», y no proceda el litisconsorcio necesario pero se pretenda no sólo que el proceso sea válido sino además efectivo; a falta de expresa exclusión legal, será procedente dar entrada al artículo 150 de la LEC y, en consecuencia, habrá que llamar por el Tribunal a los directamente implicados en el proceso que se sigue y por tanto directamente afectados por la sentencia que se dicte (44).

(43) Parece sensato exigir la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierte 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 oportunidad 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. Cfr. nota 16.

(44) «Así como, por representación, una persona puede ejercitar derechos ajenos y, en este caso, el representado es parte en el litigio; en Derecho procesal, por sustitución, se puede actuar en juicio por un derecho ajeno, siendo parte el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido»: STS de 5-2-1990. En nuestro caso se ejercitarían derechos privados por el Estado en nombre propio pero no sólo interés ajeno: la Administración tiene interés propio en el cumplimiento de la legalidad. Estamos lejos por tanto de la legitimación «representativa»: cfr. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 131 y sigs. En cualquier caso, imposible porque el Estado, sin romper la Constitución, no puede (auto)atribuirse, genérica y unilateralmente, la gestión procesal de la defensa de los derechos (privados) de todos los propietarios y titulares de derechos reales de la nación.

40. *La legitimación pasiva del 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). 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) (45).

Perjudicados por una inscripción improcedente, nunca normalmente serán ni el Registrador ni el Estado porque los posibles asientos o derechos conculcados, si se practica la inscripción solicitada, habitualmente ni pertenecen ni están inscritos a favor del Registrador o 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 (operativos sin necesidad de estar 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 Municipios, Autonomías u otras entidades públicas.

(45) Si los terceros perjudicados por el asiento conservasen la defensa íntegra contra la sentencia que concede el derecho de inscripción, la resolución judicial nunca podría alcanzar o tener fuerza de definitiva. En efecto, por regla general, los terceros litisconsortes sólo pierden sus defensas cuando son demandados o llamados o si, a pesar de no haberse hecho ni una cosa ni otra, se les extiende, por especial disposición de ley, la eficacia de la sentencia. Posibilidad, esta última, reconocida tradicionalmente por el legislador por diferentes razones y en distintos casos, pero vista siempre con disfavor por el Tribunal Supremo y que, después de la promulgación de la CE, aunque haya vuelto a acogerse expresamente en el artículo 12.2 de la nueva LEC, ciertamente no parece fácil de admitir. En efecto, procede el recurso de amparo siempre que se infrinja el derecho que, según la Constitución, tienen todas las personas para la defensa de sus derechos e intereses y pocas dudas caben sobre el hecho de que el respeto del principio de audiencia es la más básica de las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (vid. las incisivas críticas de DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGAS, *Introducción*, cit., pág. 441 a cierta Jurisprudencia del TC que subordina la concesión del amparo por infracción del art. 24 de la CE no a la prueba de la falta de audiencia, sino a la de que, si mediase, se habrían evitado los perjuicios). En definitiva, deben ser parte formal todos los directamente perjudicados por la sentencia; bien como demandados si la integración del contradictorio se exige *ab initio*, bien, caso de apreciarse comunidad en causa, como llamados o litisdenunciados *a posteriori* por la contraparte o, incluso, directamente por el Tribunal. Conviene insistir en que las leyes ordinarias deben interpretarse conforme a la Constitución y **la sustracción de la facultad de gestión procesal al titular del derecho** supone siempre una traslación forzosa de derechos, prohibida en principio por el artículo 33.2 de la CE, tal como viene siendo interpretado desde la decisiva intervención de WOLFF, «Reichsverfassung und Eigentum», en *Festgabe für W. Kahl 4* (1923), págs. 1-30. En consecuencia, sólo en muy contados casos podrá el legislador dispensar de demandar o llamar a la causa a los directamente perjudicados por la sentencia y, por consiguiente, admitir una sustitución en el ejercicio de la defensa procesal. «Razones de peso» exige DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y DIEZ-PICAZO, cit., pág. 509.

41. *Sustitución procesal.* Ahora bien, de ser esto así, como 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 o cancelación sea, como normalmente lo es, presupuesto necesario para la práctica de la inscripción denegada); tampoco podrá arrogarse su gestión procesal, a falta del oportuno poder de sus titulares (arts. 24 y 33 de la Constitución).

Evidentemente tendrá legitimación el Abogado del Estado cuando los asientos a cancelar estén a nombre del Estado, o los derechos perjudicados pertenezcan al Estado. En los demás casos, **de imponer semejante «representación» una Ley** (¿constitucional?), estaríamos ante una especie de sustitución procesal: el Estado a través del Abogado del Estado «ejercitaría en nombre propio derechos e intereses ajenos, esto es, sin representación de sus titulares».

En los casos de sustitución procesal, la legitimación corresponde siempre *prima facie* a persona «distinta del titular del derecho sustancial». Pero hay algo todavía más importante: en estos casos, «los efectos de la sentencia que recaigan en el proceso se extienden a la relación jurídica existente entre el sustituido y la parte contraria» (46).

42. *Llamamiento judicial y fraude procesal.* Por tanto, en este caso, porque, por hipótesis, no cabe apreciar litisconsorcio pasivo necesario, si no se quiere que la gestión procesal de los derechos de los propietarios por el Abogado del Estado sea forzosa, a modo de la representación legal del incapaz por un tutor, al menos, será preciso aceptar, con SERRA, que:

«Esta facultad (de representación del sustituto) no puede ser concedida en forma tan absoluta que permita al titular (pasivo en este caso) de la acción directa abusar, en perjuicio del titular, del derecho que se encuentra en litigio».

(46) SERRA, «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios de Derecho Procesal* (1969), pág. 208 y sigs. Los terceros sustituidos (partes materiales) no conservan sus defensas, a menos que consigan demostrar la existencia de fraude procesal, por lo que no podrán impugnar la sentencia de gravamen que haya sido dictada contra el sustituto. No está claro en quiénes piensa el legislador cuando manda que «*por disposición del tribunal se notifique la pendencia del proceso a todas las personas que según los autos puedan verse afectadas por la sentencia*» (art. 150.2 de la LEC). Si fuese en los perjudicados de hecho por la sentencia, estarían comprendidos también los terceros sustituidos, como titulares de los derechos subjetivos e intereses materiales que se ventilan en el proceso. Más difícil de entender es que se insista en no reconocerles, aunque se personen, la posibilidad de ejercer una defensa autónoma y por tanto, v.g., que los propietarios, por causa del efecto prejudicial de la sentencia, deban pasar, en un segundo proceso, por la (defensa) que de sus propios (!) derechos de dominio hayan hecho, por ejemplo, los acreedores pignoratícios.

«Para impedirlo, es indispensable que se reconozca al titular del derecho debatido la posibilidad de intervenir en el proceso, intervención que forzosamente debe ser calificada de litisconsorcial».

Ahora bien, donde hay riesgo de fraude procesal, hay que cumplir, sin lugar a dudas, el mandato del artículo 150.2 de la nueva LEC de cuya sombra, a lo que se ve, es imposible desprenderse (47).

Por disposición del Tribunal, también se notificarán la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare.

43. *El verdadero papel de la representación del Estado.* Sirve, en cambio, para justificar la demanda contra el Estado, el interés que el recurrente tiene en facilitar la ejecución de la sentencia (estimatoria) que pueda llegar a dictarse ordenando la práctica del asiento.

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 basta la presencia de los perjudicados por su práctica): en consecuencia, la personación de la representación del Estado es necesaria y no sólo para evitar que aparezcan sorpresas (obstáculos o resistencias) de última hora de naturaleza puramente registral.

Y no sólo eso: un juicio declarativo 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.

(47) La posición procesal de las partes originarias y los intervinientes puede cambiar en el curso del proceso. En efecto, así como el tercero llamado como coadyuvante de la Administración, puede girar su propia posición procesal hasta convertirse en coadyuvante del demandante; así también si el demandado (la Administración del Estado) renuncia o no ejerce la defensa o se allana, la posición del tercero que se opone al actor girará hacia la propia de un interviniente principal. Así pasa en el caso paralelo del embargado que decide no defenderse y deja el curso del proceso en manos del tercerista (litigio entre pretendientes), cfr. el artículo 600 de la LEC y el comentario de VEGAS, en DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGAS, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales 3* (2002), pág. 154. Existe litigio entre pretendientes cuando, «entablado proceso entre dos personas en reclamación de un derecho (...), el demandado (...) lo atribuye a un tercero (...) llamándola para que acuda al proceso en su defensa y separándose de la dirección del proceso»: SERRA, cit., pág. 216 y sigs. En efecto, aunque la parte original renuncie a su defensa no la pierde por ello el interviniente: no hay solidaridad en la defensa sino que cada uno conserva la suya.

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 (48).

44. *El cauce procedimental adecuado.* Este recurso de plena jurisdicción debe ventilarse en el juicio declarativo ordinario. Así parece exigirlo el artículo 249 de la nueva LEC. Deben decidirse en juicio ordinario, cualquiera sea su cuantía, las demandas «que pretendan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental», y derecho fundamental es el de propiedad, amenazado por un acto de la Administración que le impide gozar de la protección registral a la que tiene derecho.

Por lo demás, debe plantearse como puramente facultativo. La falta de impugnación en plazo no puede perjudicar derechos materiales a los que el Código Civil otorga una vida más larga durante la cual es perfectamente posible y legítimo todo intento de hacerlos valer. Dentro del plazo de prescripción de los derechos (civiles) que se quieren inscribir, puede intentarse la reclamación judicial sin obstáculo alguno, tantas veces como sea necesario, siempre que los anteriores resultasen frustrados por un defectuoso planteamiento procesal (49).

Y esto es así porque, en primer lugar, lo dice la Ley Hipotecaria (en su art. 40) y, en segundo lugar, porque de otro modo, por el simple transcurso de días o meses, negocios cuyo plazo de impugnación se cuenta por años, quedarían sanados o convalidados; y derechos de larga duración como son los derechos reales, extinguidos.

45. *Medios de prueba.* Como se quiere proporcionar tutela efectiva, el proceso tiene que ser plenario; no puede ser de cognición limitada: caben, por tanto, todos los medios de prueba (50).

(48) 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 a cumplir determinada obligación, pueda ser declarada responsable (por mala gestión procesal) frente a un tercero por los daños que (la sentencia) pudiera irrogarle a éste: «sería el caso de una parte que actuara en un proceso gestionando un derecho ajeno»: LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 134. Cfr. nota 38.

(49) Si se dispone un plazo, no debería ser de interposición del recurso sino de vigencia del asiento de presentación (del documento que haya sido calificado como defectuoso). Transcurrido el cual, no queda impedido el recurso sino, como mucho, únicamente el despacho del título; y sólo si se diese el caso de que entretanto se hayan practicado asientos de derechos contradictorios o incompatibles a favor de terceros, y no corresponda o pueda conseguirse su cancelación. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., págs. 534-536.

(50) La implantación de un nuevo recurso judicial directo de plena jurisdicción, contra las calificaciones de los Registradores, no priva de toda utilidad a la segunda vía que la legislación vigente previene para conseguir de los jueces la inscripción que le reclama y la Administración niega: el juicio (llamado también recurso) ante los Tribu-

46. *Cosa juzgada*. Se implanta la revisión judicial de la negativa a inscribir para proporcionar tutela judicial efectiva a los intereses que se ventilan del procedimiento registral, que, en el caso español, como sabemos, no son sólo los del solicitante del asiento; y sólo existe efectiva tutela si se hace un «pronunciamiento irreversible» sobre la procedencia del asiento solicitado, esto es, una resolución con eficacia de cosa juzgada.

Por lo demás, ni siquiera los juicios verbales carecen de eficacia de cosa juzgada si no les «niega **expresamente** la ley esos efectos» (art. 447.4 de la nueva LEC).

CELESTINO PARDO NÚÑEZ

nales que regula el artículo 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria. Como es sabido en éste no se impugna directamente la decisión de la Administración Registral sino que la condición de partes se reserva exclusivamente a los interesados cuando «ventilan entre sí» la nulidad o validez de los títulos exclusivamente. Procederá, por tanto, el nuevo recurso judicial, que se propone, cuando el solicitante insista en que su pretensión no afecta o perjudica a terceros por lo que su derecho, y el título que la fundamenta, cumplen con todos los requisitos legales y, por tanto, la negativa de la Administración carece de fundamento. Servirá el «viejo» recurso judicial, el juicio civil del artículo 66 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.). En definitiva, seguirá sirviendo el viejo recurso cuando hay contención declarada entre las partes porque el concurso de una de ellas es necesario para proceder al asiento (suspendido o denegado) del título defectuoso. En conclusión, **en un caso, porque se discrepa de la calificación, la pretensión de condena se dirige contra la Administración; en otro, porque se acepta (la calificación), (la pretensión de condena) se dirige contra la (contra) parte.**