

La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador

SUMARIO: 1. EL SISTEMA IMPUGNATORIO DE LAS NOTAS DE CALIFICACIÓN.—2. HISTORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO.—3. LA TUTELA JUDICIAL EN EL RECURSO GUBERNATIVO: A) Su OBLIGADA ADMISIÓN. B) COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. C) OTROS SILENCIOS LEGALES: COMPETENCIA FUNCIONAL, PROCESO ADECUADO Y LEGITIMACIÓN.—4. LA DECISIÓN GUBERNATIVA DEL PRESIDENTE DEL TSJ (CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD, DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD JURÍDICA): A) PLANTEAMIENTO: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 7.^a LOPJ. B) LA REFORMA DEL RH EN 1998. C) ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, JURÍDICO-MATERIAL. D) POSIBLES SOLUCIONES (DE «LEGE FERENDA»). E) SUBSIDIARIO AUTO DECLINATORIO DE JURISDICCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TSJ.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

— **JOSÉ MATEO DÍAZ.**—«La desjudicialización de la contratación privada y el recurso gubernativo». Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Registro y Seguridad Jurídica, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CRPME) los días 9 y 10 de mayo de 1994 y publicada en el libro *La calificación registral*, CRPME, edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego, Editorial Civitas, 1996, págs. 1829-37, tomo II.

— **JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.**—«El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad». *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editora Nacional, Madrid 1979, págs. 584- 641. Publicado también en *La calificación registral*, cit., págs. 1837-1889, tomo II.

— **RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.**—«Recurso gubernativo contra la calificación registral», en *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, segunda y última parte ICNRPE, Madrid 1949, págs. 173-201, y publicado también en *La calificación registral*, cit., págs. 1889-1909, tomo II.

— **JOAN VERGER GARAU.**—«En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles», artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho inmobiliario (RCDI)*, enero-febrero 1993, núm. 614, págs. 56-82, y recogido también en *La calificación registral*, cit, págs. 1909-1933, tomo III.

— **FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO.**—«Procedimiento registral y modo de llevar el Registro (calificación, recurso gubernativo, libros)», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre*, publicado por el Centro de Estudios Registrales del CRPME, Madrid 1998, págs. 147-178.

— **ELADIO BALLESTER GINER.**—«La unificación de los recursos gubernativos contra la calificación del Registrador», artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)* número 534, año 1979, pág. 1073.

— **JESÚS MARINA MARTINEZ-PARDO.**—«Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, pág. 506. EDERSA.

— **JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.**—«La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario». Artículo que recoge el texto de dos conferencias pronunciadas, una en Madrid, en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y otra en Barcelona, en la Delegación de los Registradores en Cataluña, en el mes de mayo de 1994, y que fue publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 625, noviembre-diciembre de 1994, conmemorativa de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, págs. 2239-2309, así como en el repetido libro *La calificación registral*, págs. 330-396.

— **RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE y LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL.**—*Derecho hipotecario. Dinámica registral*. Tomo IV, capítulo XXI, págs. 85-107. 8.^a edición, enero 1997, Bosch Casa Editorial, SA. Barcelona.

— **AÍDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCL**—(Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina): *Calificación registral de documentos que tienen su origen en decisiones judiciales*. Centro de Estudios Registrales del CRPME, 1996.

— **BIENVENIDO GONZÁLEZ POVEDA.**—«Relaciones entre la Jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial. Tomo XVI, 1996: «Jurisdicción voluntaria».

— **«LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA. FUENTES Y EVOLUCIÓN».**—Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid 1989/1990/1991. (En especial Tomos I y II, en sus volúmenes también I y II).

1. EL SISTEMA IMPUGNATORIO DE LAS NOTAS DE CALIFICACIÓN.

La Ley traza demasiado escuetamente las líneas iniciales de lo que constituye un verdadero sistema impugnatorio, cuya originalidad reside en un denominado recurso gubernativo, que no encuentra equivalente en ningún sector del ordenamiento. Sus peculiaridades no resultan de un artificio normativo, sino que han de existir, porque se corresponden con las que son propias del Derecho inmobiliario y con la función registral. Esta es la referencia básica para entender la historia y afrontar la muy necesaria actualización de la legalidad rectora del recurso gubernativo.

Como características más sobresalientes del aludido sistema impugnatorio se estudiarán y pueden anticiparse ahora las siguientes, en síntesis:

1.^a La coexistencia independiente y el posible ejercicio alternativo, o hasta simultáneo, del recurso específico contra la calificación del Registrador y de la acción sobre validez o nulidad del título pretendidamente inscribible, previa la opción de subsanar las faltas determinantes de la suspensión de la inscripción solicitada, en su caso. Estas tres actuaciones alternativas integran el sistema impugnatorio de la calificación registral. Su elección se ofrece legalmente libre, pero será razonable seleccionar de entre ellas la que resulte más rápida y/o más idónea en cada supuesto concreto (1), lo que dependerá generalmente de cuáles hayan sido las causas de la denegación o la suspensión del asiento solicitado.

2.^a Las diversidades de toda índole existentes entre dichos recurso gubernativo y acción sobre validez del título, en cuanto a los sujetos, al objeto, al contenido y a la respectiva significación de uno y otra (2), lo que determina la obviedad de su referida coexistencia.

(1) Hace notar ROCA SASTRE (obra citada en bibliografía, XXI, pág.105): «Se ha dicho que, si bien los interesados pueden optar entre el recurso gubernativo y el judicial o interponerlos a la vez, a buen seguro que preferirán el gubernativo por ser más sencillo, y no acudirán al judicial sino cuando se haya perdido aquél y se hubiere declarado insubsanable la falta, pues si fuere subsanable es mejor subsanar los defectos que litigar ante los Tribunales».

En idéntico sentido, DE LA RICA Y ARENAL (obra citada en bibliografía, pág. 1904).

(2) Las diversidades de naturaleza y de significación entre el recurso gubernativo y el litigio sobre la validez o nulidad de los títulos sujetos a inscripción son puestas de relieve con detenido razonamiento por VEROER GARAÚ (obra citada en bibliografía, págs. 1930 y 1931)

En la síntesis de ROCA SASTRE (cit. págs. 85-86), aunque se afirma que existen dos tipos de recurso contra la calificación registral, el gubernativo y el judicial, este último es denominado tal recurso de manera impropia, ya que en el mismo no se impugna la calificación. Como dice DE LA RICA Y ARENAL (cit), no se trata sino de un proceso civil ordinario entre partes sobre el título registrable.

3.^a La dificultosa naturalización genérica del recurso gubernativo, principalmente a los efectos de seleccionar los criterios interpretativos e integradores como Derecho supletorio.

4.^a Su escasa regulación legal, con preterición de materias tan importantes como la indicación de pautas generales de procedimiento, plazo para interponerlo, órganos competentes para su conocimiento (aunque es lo cierto que esta competencia se asigna a la DGRN en el artículo 260.3 LH, lo que suele olvidarse por influencia de la que viene atribuida reglamentariamente al Presidente del TSJ) y tutela judicial que proceda frente a la decisión gubernativa.

5.^a La correlativamente extensa y extralegal normativa reglamentaria en las indicadas materias. La invasión del RH en ámbitos reservados a ley es notoria en cuantos preceptos hacen referencia a funciones de órganos judiciales, sin que la LH haya establecido nada al respecto: artículos 112 y sig. RH. con especial relevancia de los recientemente modificados 124 y 131, donde no sólo se mantiene la intervención decisoria del Presidente del TSJ en el recurso gubernativo, de origen reglamentario, sino que además se asigna a los Magistrados del orden civil la misión de formar parte de la comisión asesora del Presidente para el cumplimiento de dicho cometido y se indica la competencia de la jurisdicción civil para el ejercicio de la acción impugnatoria frente a la resolución de la DGRN.

6.^a Pero esta competencia objetiva del orden jurisdiccional civil no proviene del artículo 131 RH, ya que, como se viene diciendo, las funciones judiciales han de ser establecidas por ley, sino que tiene origen jurisprudencial, concretamente en la STS (Sala 1.^a) de 20-12-94, que luego será destinataria de análisis. La doctrina ha requerido la previa afirmación de la necesaria tutela judicial frente a las resoluciones de la DGRN, distinta de la acción sobre la validez o nulidad del título presentado a inscripción, a la que alude el artículo 66 LH. La referida competencia de los tribunales del orden civil es una de las características más definitorias de la naturaleza del recurso gubernativo. Se trata de una competencia excepcional, en cuanto sustrae del ámbito jurisdiccional contencioso administrativo el recurso frente a una resolución administrativa, y constituye un notable avance jurídico, en cuanto se funda en la prevalente naturaleza civil de la materia, como lo es la registral inmobiliaria, y no en el secundario carácter administrativo del órgano previamente decisorio y del procedimiento que hubiera seguido (la DGRN y el recurso «gubernativo»).

7.^a La jurisprudencia ha venido así a responder a una exigencia constitucional hasta entonces desconocida en la institución que se examina; pero esta tarea sustitutoria de la imprevisión legal es insuficiente, porque el ámbito acotado y el carácter asistemático inherente a las elaboraciones jurisprudenciales determinan el planteamiento de interrogantes y la respuesta insatisfactoria sobre cuestiones tales como la selección del proceso adecuado para este

tipo de acciones, el órgano judicial civil funcionalmente competente, la legitimación (especialmente en representación del órgano administrativo), e incluso la existencia misma de la acción contra la decisión del Presidente del TSJ en cuestiones registrales de Derecho foral.

La doctrina que se ha ocupado de estos temas (notas bibliográficas del presente comentario) es fuente pródiga de reflexiones y debe ser aprovechada para la indispensable y urgente reforma del recurso gubernativo, cuya regulación está afrontando serios riesgos de inconstitucionalidad y de incoherencia, según se razonará.

2. HISTORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO

La primera Ley Hipotecaria española, de 8-2-1861, admitió muy restrictivamente el recurso gubernativo, y además sin darle este nombre, atribuyéndolo la competencia sobre el mismo exclusivamente a órganos judiciales. Según sus artículos 18, 19 y 100, la calificación denegatoria del Registrador por falta de formas extrínsecas de las escrituras o de capacidad de los otorgantes, tanto si se hubiera solicitado inscripción como cancelación, remitía a los interesados a los tribunales, sin más especificaciones. Así pues, al juicio ordinario correspondiente. Sólo en el caso de tratarse de una cancelación judicial, y por dudar el Registrador de la competencia del Juez que la hubiera ordenado, «daría cuenta» aquél al Regente de la Audiencia (parece que de oficio) para que resolviese lo procedente (art.101), siendo la decisión de éste recurrible tanto por el Juez (!) como por los interesados ante la Audiencia, pudiendo interponerse contra el fallo de la misma recurso de casación (art. 103).

Un sistema de ámbito reducido, pero de trámite complicado, al que el RH aprobado por R.D. de 21-6-1861 guardó fidelidad, salvo en aquel aparente planteamiento de oficio, que el artículo 86 del RH configuró como potestativo para el interesado. El artículo 88 puntualizó la competencia de la Sala de Gobierno de la Audiencia para resolver el recurso contra la decisión del Regente. Por lo demás, la calificación en todos estos casos (tanto la hecha sólo por los Registradores como la resultante del recurso, atinente a la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, a la capacidad de los otorgantes o a la competencia de los Jueces que hubieran ordenado las cancelaciones), «se entenderá limitada para el efecto de negar o admitir la inscripción, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los Tribunales sobre la nulidad de la misma escritura o la competencia del mismo Juez, a menos que llegue a dictarse sentencia de casación» (art. 36 RH.1861). He aquí ya la neta diferencia entre el contenido y consiguiente tratamiento jurídico de la calificación registral y el litigio sobre la validez o nulidad de los títulos a que se refiere el actual artículo 66 LH.

Es curioso que la LH de 1861 crea la «Dirección General del Registro de la Propiedad», y dice de ella en su E. de M. que «formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley...», pero no le asigna competencia para la resolución de los recursos.

El origen de esa competencia, persistente hasta hoy, se encuentra en una norma de tan modesto rango como la Real Orden de 17-3-1864. En ella se amplía el ámbito objetivo de la reclamación gubernativa, ya con esta denominación («podrán los interesados reclamar gubernativamente»), a los supuestos de denegación o suspensión de las inscripciones o cancelaciones por apreciar el Registrador defectos en las formas extrínsecas de las escrituras o de capacidad de los otorgantes, cuando la LH de 1861 limitaba el recurso, como vimos, a la suspensión de cancelaciones ordenadas por un Juez de cuya competencia dudase el Registrador. Para aquellos supuestos, y no para éste, se establecen por la Real Orden tres grados sucesivos de alzada: ante el Juez de Primera Instancia, ante el Regente de la Audiencia y ante la Dirección General del Registro de la Propiedad (3). Los trámites se dicen «los acostumbrados en la vía gubernativa», independientemente de la cual podrían litigar entre sí los interesados «acerca de la validez y consiguiente inscripción de las escrituras, así como de la nulidad o validez de la obligación en ellos contenida.» De nuevo aquí, más claramente expresada que en la normativa actual, la distinción entre esta controversia y la atinente a la función calificadora registral.

El antecedente directo del artículo 66 LH, con su casi idéntica literalidad y con su mismo número, data la ley de 21-12-1869, modificativa de la primitiva LH de 1861. Además, su artículo 267.3 asigna a la Dirección General, todavía llamada del Registro de la Propiedad, la competencia para resolver los recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores. Del articulado de la Ley modificada, especialmente de sus artículos 19 y 65, es deducible ya la posibilidad de recurrir gubernativamente en todos los casos en que el Registrador suspenda o deniegue inscripciones o anotaciones, cualquiera que fuese la causa. Así lo especifica directamente el artículo 57 del RH aprobado por Decreto de 29-10-1879. Pero lo que no establecía la Ley, y sí el mismo artículo del citado RH, es la competencia judicial en la materia: recursos sucesivos ante el Presidente del Tribunal del Partido (órgano creado por la LOPJ de 1870, que no llegó a implantarse, en sustitución de los Juzgados de Primera Instancia), el Presidente de la Audiencia (ya no Regente en la nueva legalidad, en este aspecto aplicada) y la Dirección General.

Ha nacido en 1869-70 el sistema actual, por lo tanto, salvo la entonces añadida intervención del Juez de primera instancia, suprimida definitivamente

(3) La ilegalidad de esta última competencia era bien evidente. Ello dio lugar a que CELESTINO PARDO, citado al respecto por GARCÍA GARCÍA (obra cit. en nota bibliográfica, pág. 2251), asignase a dicha Real Orden el calificativo de «golpe de mano».

por RD de 3-1-1876. Un sistema en que se legaliza la competencia de la Dirección General, que podía haber conservado válidamente su origen reglamentario, y se deslegaliza la de los órganos judiciales, para la que, en cambio y paradójicamente, carece de rango suficiente la norma reglamentaria.

Y así seguimos actualmente, puesto que iguales preceptos legales y reglamentarios contienen la LH de 16-12-1909, el RH de 6-8-1915 y las normas hipotecarias de uno y otro rango, hasta hoy, de modo que la decisión del recurso gubernativo por el Presidente del TSJ resulta ser históricamente ilegal.

3. LA TUTELA JUDICIAL EN EL RECURSO GUBERNATIVO

A) Su OBLIGADA ADMISIÓN

La resolución que dicte la DGRN no es susceptible de impugnación en vía judicial contencioso-administrativa, sino ante el orden jurisdiccional civil, puesto que tal es la naturaleza de la materia. Más exactamente, de la función registral. Esta es la jurisprudencia cuya consolidación debe sostenerse, por cuanto responde al criterio doctrinal correcto, a partir de la sentencia de la Sala I^a del TS n^o 1161/94, de 22-12-94, seguida por otras de la misma Sala y, más recientemente, por auto de 21-7-97. Ya antes la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid había indicado dicha vía civil en su sentencia de 23-12-93, y no sólo negando la utilización del denominado recurso contencioso administrativo, cuya negación constituye inveterada doctrina, tanto científica como gubernativa y jurisprudencial. En igual sentido cabe citar, como reciente, la sentencia de la Sala del mismo orden del TSJ de Andalucía de 26-5-97. Esta jurisprudencia ha dado lugar a que la reforma del RH de 1998 haya establecido en el artículo 131 que «la resolución de la Dirección General será recurrible ante la jurisdicción civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación».

La premisa del análisis que se efectúa tiene que ser la obligada existencia de acción para impugnar la decisión que se adopte definitivamente en vía gubernativa sobre la calificación registral. Nada importa a tal efecto que el recurso gubernativo sea resuelto inicialmente por el Presidente del TSJ ni que pretenda naturalizarse el procedimiento como jurisdicción voluntaria, porque en el mismo no se otorga al solicitante de la inscripción la tutela judicial a que tiene derecho para la defensa de su específico interés registral, conforme al artículo 24.1 CE. Al mismo resultado conduce el artículo 106.1.CE, que somete la legalidad de la actuación administrativa al control de los Tribunales, y cuyo texto es reproducido por el artículo 8 LOPJ. Obviamente, no es posible excluir de la aplicación de tales preceptos cons-

tucionales y orgánicos las resoluciones dictadas por la DGRN en la materia que nos ocupa (4). La citada STS de 22-12-94 considera que ello «está fuera de toda duda», debiendo determinarse únicamente al respecto cuál sea el orden jurisdiccional que deba conocer «de» la cuestión. Tampoco dudaron el Juzgado ni la Audiencia Provincial, previamente intervinientes en el mismo asunto, no sólo de la existencia de tal acción, sino de su ejercicio ante los Tribunales del orden civil.

Pero antes de razonar esta competencia objetiva, hemos de observar que la tutela judicial frente a la calificación adversa del Registrador, o la resolución que la confirme, no se satisface mediante el litigio entre los posibles interesados sobre la validez o nulidad de los títulos pretendidamente inscribibles a que alude el artículo 66 LH como vía alternativa del recurso gubernativo, ya que esa controversia es sólo una de las causas posibles de aquella calificación, sobre la que, además, pueden no concurrir siquiera intereses contrapuestos (5). Se trata de planteamientos distintos, y ésta es la lectura que debe hacerse del artículo 66 LH, donde basta para ello tener en cuenta la claridad con que el recurso gubernativo no se contempla como una vía administrativa previa a dicho proceso entre los interesados. Anotemos ahora, y posiblemente hayamos de repetir, que ese proceso acerca de la validez o nulidad de los títulos presentados en el Registro no siempre será de carácter civil, sino frecuentemente contencioso-administrativo, o incluso a veces laboral (6), de modo que, aún dejando aparte los asientos provinientes de resoluciones dictadas en procesos penales,

(4) Así lo explica razonadamente VERGER GARAU (ob. cit., págs. 1924 y sigs), con apoyo en la inexorable aplicación de los citados artículos 24.1 y 106.1 CE.

En igual sentido, MARINA MARTÍNEZ-PARDO (ob. cit. bibl., pág. 505), que, con referencia a la situación anterior a la reforma del RH de 1998, exponía que la LH y el RH revelan el propósito de sustraer de todo control judicial a la actividad calificadora en sí misma; sólo se admite que se revisen los títulos que fueron su objeto. Esta posición es insostenible a la luz de los nuevos preceptos constitucionales y concretamente del artículo 24.1. CE. (MARINA MARTÍNEZ-PARDO es el Magistrado ponente de la STS de 22-12-94)

(5) A veces no hay posibilidad de contienda porque se produzca conflicto entre dos o más interesados, sino únicamente un titular que pretende obtener la inscripción de su título (GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pág. 2254).

«Si el Registrador y posteriormente la Dirección, deniegan o suspenden el asiento solicitado por exigencias de la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario y mercantil, en beneficio de personas indeterminables o de terceros futuros inidentificables..., no se da siempre en estos casos la necesaria legitimación pasiva y, por lo tanto, el proceso judicial entre las hipotéticas partes no resulta posible» (VERGER GARAU, ob. cit., pág. 1930).

(6) Hace notar GONZÁLEZ PÉREZ (ob. cit., pág. 1842) que «son cada día más los actos sujetos al Derecho administrativo que producen efectos en las relaciones jurídico-privadas y, por tanto, con acceso al Registro. Es indudable que cuando así ocurre las facultades calificadoras del Registrador aparecen limitadas, a veces considerablemente; pero la función calificadora subsiste y ya no versará sobre cuestiones civiles, sino sobre Derecho administrativo. Las normas entonces invocadas en el recurso y las aplicadas en la resolución serán de Derecho administrativo.»

lo que tiene carácter civil en todo caso no es la cuestión de fondo controvertible, sino la función registral inmobiliaria.

B) COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

El riesgo de un improcedente tratamiento jurídico administrativo de la función registral se acentúa en el recurso gubernativo, dado el carácter del órgano que lo resuelve y, coherentemente, de la resolución que dicta y del procedimiento que ha de seguirse. La consecuencia de dicho erróneo tratamiento jurídico sería, en el punto que ahora nos ocupa, el otorgamiento de acción contencioso-administrativa contra la referida resolución. La elusión de aquel riesgo y de esta consecuencia se ha intentado históricamente a través tanto de la naturalización del recurso en la jurisdicción voluntaria, sin Derecho procedimental supletorio, como de la anómala intervención en el mismo de un órgano judicial (hoy el Presidente del TSJ) que luego se estudiará. Parecería que los hipotecaristas desconfiasen de la verdadera razón que les asiste al sostener la naturaleza civil del Derecho inmobiliario y, formando parte del mismo, de la función registral. Pero ha sido precisamente esta razón, no siempre bien expresada, la que ha determinado finalmente la competencia del orden jurisdiccional civil para dispensar la tutela judicial frente a la decisión del recurso por la DGRN.

Incluso en época y/o con criterio preconstitucional ha sido desconocida esta tutela, pero lo que nunca se ha admitido es el acceso de esta materia al proceso o recurso contencioso-administrativo, y precisamente por razón de la materia, civil y no administrativa. Se trata de un criterio delimitador del ámbito de dicho orden jurisdiccional susceptible de merecida generalización y que fue ya aplicado por la Sala de conflictos del TS en su auto de 28-1-90 al deslinde con la jurisdicción social, estableciendo que «el criterio directriz para esta distribución no reside en el carácter del órgano ni tampoco en el carácter del acto, sino que resulta decisiva el área jurídica en que éste incide» (7).

La repetida STS de 22-12-94 razona que «tratándose de una cuestión que afecta al derecho de las sociedades mercantiles, para acordar en junta las retribuciones de administradores, y a la publicidad que ha de darse al acuerdo para que produzca los efectos civiles previstos en la ley, es evidente que se

(7) La cuestión suscitada era la impugnación de resultados totales de las elecciones, mal denominadas «sindicales», a miembros de comités de empresa y delegados de personal, proclamados por las antiguas comisiones de elecciones, con trascendencia a la representatividad sindical conforme a la LOLS. Cuestión laboral por razón de la materia y administrativa por el órgano decisorio y el procedimiento, que se resolvió mediante la prevalente atención a aquel criterio objetivo, frente a estos dos últimos elementos, respectivamente subjetivo y formal.

trata de una cuestión eminentemente civil y que, por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 LOPJ, debe conocer este orden» (8). Puesto que el razonamiento alude a la naturaleza civil tanto del título inscribible (el acuerdo social) como de su inscripción misma (la publicidad del acuerdo), pudiera creerse dudosa la competencia de la jurisdicción civil para impugnar una resolución denegatoria de la inscripción o anotación de un título administrativo, cuya validez o nulidad sería controvertible en un proceso contencioso-administrativo. Ante ello parece oportuno repetir que lo importante a estos efectos jurisdiccionales es únicamente la naturaleza civil que tiene en todo caso la actuación registral (nos remitimos a la relectura del último párrafo del apartado anterior y a la nota 6). Así lo tiene por supuesto el artículo 149. 1-8.º CE, al incluir en la «legislación civil» sobre la que asigna competencia exclusiva al Estado «las reglas relativas a ...la ordenación de los registros e instrumentos públicos». Igualmente, el artículo 22.1º LOPJ, referente a la extensión y límites de la jurisdicción nacional, declara competentes a los Tribunales españoles del orden civil «en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español» (9).

Resta en este punto poner de relieve la intrascendencia de esta misma asignación jurisdiccional en el recién modificado artículo 131 RH, en cuanto materia reservada a ley. No obstante, puede considerarse cometido reglamentario válido, supletorio del silencio legal, fijar el plazo de tres meses para el ejercicio de la acción, en cuanto se entiende como plazo de caducidad del procedimiento, y no de prescripción de la acción.

C) OTROS SILENCIOS LEGALES: COMPETENCIA FUNCIONAL, PROCESO ADECUADO Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

La LOPJ, la LH y la LECiv se han desentendido de esos asuntos, en los que la ineludible aplicación de las reglas comunes produce resultados escasamente satisfactorios. Esta situación conduce a que haya de seguirse el proceso civil ordinario que corresponda a la cuantía, en su caso, ante el Juzgado de

(8) En efecto, el recurso gubernativo en que se dictó la resolución impugnada en el proceso resuelto por esa STS versaba sobre una calificación del Registro Mercantil; pero la decisión competencial de que se trata hubiera sido la misma si la calificación controvertida hubiese provenido del Registro de la Propiedad. Se trataba de una impugnación de la resolución dictada por la DGRN, no de una acción extrarregistral sobre la validez del título.

(9) La significación de dichos preceptos, constitucional y orgánico, es analizada por GARCÍA GARCÍA (ob. cit., págs 2247 y sigs) no sólo a los efectos de excluir el proceso contencioso administrativo y propugnar el civil contra la resolución del recurso gubernativo, sino también a los de censurar el mantenimiento de la intervención decisoria en éste del Presidente del TSJ, lo que será objeto del presente estudio a continuación.

primera instancia del partido en que radique el Registro, dirigiéndose la demanda frente al Abogado del Estado, como declaró la repetida STS de 29-2-94.

La *competencia funcional* común ofrece una disparidad excesiva, tal vez hasta discriminatoria, respecto del proceso contencioso-administrativo, donde las resoluciones de la Dirección General serían impugnables en vía judicial ante los Juzgados Centrales o las Salas de lo contencioso de los TSJ, según las materias (arts. 9 y 10 de la LJCA 29/98). Pero lo que debe resultar inadmisibles es que el Juez de primera instancia (o aunque fuese una Sala del TSJ), y además precisamente del mismo territorio, pueda revisar la decisión del Presidente del TSJ. Y no ya en el litigio que pudieran promover los interesados para contender entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos relacionados con la nota de calificación, sino en el proceso impugnatorio de la resolución adoptada sobre la calificación misma. Este despropósito es aún más patente (si hiciera falta que lo fuese) cuando se trata de aplicar el Derecho foral de la correspondiente Comunidad Autónoma, donde el Presidente adopta la resolución definitiva en vía gubernativa, con arreglo a la disposición adicional 7.^a de la LOPJ. Ello viene a proporcionar una razón añadida a las que se dirán para que se excluya por ley la intervención del presidente del TSJ en el recurso gubernativo (10). Pero además pone de relieve la necesidad y la urgencia de que se regule, también por ley, la acción ejercitable contra la resolución de la DGRN. Probablemente la competencia funcional debiera corresponder a las Salas de lo Civil (y Penal) de los TSJ, mejor a la Sala 1.^a del TS (y, desde luego, mejor también que al Juzgado de Primera Instancia), por dos razones: una de orden práctico, ya que se trata de órganos judiciales infrautilizados; y otra de carácter teórico, porque tal solución es acorde con la culminación de la organización judicial en el TSJ de cada Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS, según el artículo 152.1 de la Constitución.

Por lo que respecta al *procedimiento* o trámite procesal, harían falta cuando menos, algunas reglas específicas, por ejemplo sobre la remisión del expediente administrativo, como las que contienen el artículo 48 LJCA o los artículos 142 al 144 LPL para la modalidad procesal de Seguridad Social (11).

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI (ob. cit. en bibl., pág. 367): «Nadie puede negar la irrazonabilidad de un sistema según el cual, después de haber pasado por órganos especializados de ambos órdenes, la cuestión debe recomenzar ante un juez de primera instancia. Si esto es absurdo frente a títulos de origen notarial o administrativo, cuánto más resulta para instrumentos que tienen su origen en sede judicial».

(11) MARINA MARTÍNEZ-PARDO (ob. cit. bibl., pág. 506): Hay que establecer legalmente un procedimiento específico. «Cualquiera que sea el grado de aversión que los estudiosos del proceso manifiesten hacia la proliferación de procesos especiales, habrá que instaurar un proceso singular para materia tan singular.»

En cuanto a la *legitimación*, la activa habrá de reconocerse no sólo al interesado que recurrió gubernativamente, sino también al Fiscal y al Notario, en los supuestos que contempla el artículo 112 RH, negándose lógicamente el Abogado del Estado, porque su interés es el de la Administración (DGRN) a la que representa legalmente. Suya será, y es jurisprudencialmente, la legitimación pasiva; pero cabe que el interesado accionante que tenga interés contrario al que sostenga el Ministerio Fiscal haya de dirigir la demanda también contra éste. La intervención del Registrador se entiende excluida, no obstante su facultad de recurrir gubernativamente ante la DGRN contra el auto del Presidente del TSJ, pero no por aplicación del artículo 132 RH, que se refiere al litigio entre interesados sobre validez o nulidad de títulos, y además inútilmente porque es materia propia de ley, sino porque, tras un recurso gubernativo que se resuelve con arreglo a un criterio formal jerárquico, el Registrador no puede sostener procesalmente una posición contraria a la del órgano directivo decisorio. La intervención procesal de la DGRN es la única relevante, por lo tanto, mediante la representación legal del Abogado del Estado.

El eventual interés genérico de terceros no intervinientes en el proceso ni en el recurso gubernativo no autoriza la legitimación pasiva del Ministerio Fiscal. Menos cabe sostener la de aquellos posibles terceros ni la de quienes conocidamente fuesen titulares de derechos que pudieran resultar afectados por el asiento sobre el que verse la nota de calificación objeto de controversia (12), ya que ese asiento pudo practicarse sin audiencia de dichas personas, tanto por entenderlo así el Registrador como por haberse acordado en el recurso gubernativo. En suma, se trata de un proceso cuyos limitados ámbitos subjetivo y objetivo son los mismos que los de este recurso del que proviene directamente, esto es, los mismos también que los de la propia calificación registral. Por ello, la sentencia que se dicte no produce eficacia de cosa juzgada en el proceso sobre la validez o nulidad del título, cuyo planteamiento es claro que permanece abierto.

A los efectos de la suspensión de plazos registrales, con arreglo al último párrafo del artículo 66 LH y al artículo 114 RH, parece razonable que por «resolución definitiva» del recurso se entienda la sentencia, y no la resolución de la DGRN si ésta es impugnada; aunque técnicamente no sea así, en sentido literal (véase la nota 12), vale la pena el esfuerzo interpretativo para que lo sea. En último término, podrá intentarse la anotación de la demanda. Nuevamente resulta, en todo caso, necesaria una moderna regulación legal.

(12) Debe constatarse la opinión opuesta de GÓMEZ GÁLLIGO (obra citada en bibliografía, págs. 180-181) esto es, la procedencia de demandar a cuantos puedan verse afectados por la decisión registral, ya que considera que la prórroga del asiento de presentación a que conduce el artículo 66 LH deja de producir sus efectos una vez que dicta resolución la DGRN. Esta última observación es literalmente cierta, como seguidamente habrá de notarse.

4. LA DECISIÓN GUBERNATIVA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

(Cuestiones de constitucionalidad, de legalidad y de oportunidad jurídica)

A) PLANTEAMIENTO: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 7.^a LOPJ.

El artículo 66 LH se abstiene de indicar el órgano decisorio del recurso gubernativo, pero el artículo 260.3 de la propia Ley atribuye tal cometido expresa y únicamente a la DGRN. Pese a esta clara legalidad, sin alusión alguna al Presidente del TSJ (de la Audiencia Territorial antes de hacerse efectiva, en 23-5-89, la demarcación instaurada por la LOPJ), el RH (arts. 112 y sigs.) asigna a dicho Presidente competencia intermedia entre el Registrador y la Dirección General, estableciendo dos sucesivas alzas contra la nota de calificación. Esta obsoleta normativa, cuyos antecedentes históricos fueron relatados, tiene que ser urgentemente modificada porque es inconstitucional por causas añadidas a su ilegalidad misma, además de disociada de los criterios rectores del ordenamiento jurídico actual.

Pero ocurre que tan necesaria modificación se ha visto complicada desde 1985, a causa de la disposición adicional 7.^a de la LOPJ, en relación con determinados Estatutos de Comunidades Autónomas.

La primera observación debe ser la insuficiencia de la norma reglamentaria para establecer funciones a cargo de órganos judiciales. Así resulta de los apartados 1 y 4 del artículo 117 CE, reproducidos por el artículo 2 LOPJ, al someter a los Jueces y Tribunales únicamente «al imperio de la ley» y al limitar sus funciones al ejercicio de la potestad jurisdiccional y a las establecidas «por ley» en garantía de cualquier derecho. Se trata de preceptos aplicables con criterio riguroso porque expresan uno de los más esenciales principios del Estado de Derecho, que es la independencia del poder judicial respecto del gobierno y la administración. Nadie puede dudar, por tanto, de la inaplicabilidad del RH, en cuanto, al margen de las previsiones de la LH, ha venido asignando a los Presidentes de Audiencias Territoriales y asigna a los de Tribunales Superiores de Justicia la competencia para resolver los recursos gubernativos. La consideración del carácter sólo reglamentario de tal competencia, sin embargo, depende hoy de la interpretación que haya de darse a la citada disposición adicional 7.^a de la LOPJ.

La lectura de este precepto descubre fácilmente su específica finalidad, que es la de conferir al Presidente del TSJ la competencia para resolver el recurso gubernativo, sin ulterior alzada ante la DGRN, cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan tal cometido a órganos judiciales y la calificación registral se funde en el Derecho foral o especial de la Comunidad Autóno-

ma (13). El problema surge porque la norma orgánica termina diciendo que «en otro caso su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». La finalidad de esta norma no ha podido ser la de una consciente subsanación de la ilegalidad de que se trata, porque ni sería para ello adecuada una disposición adicional ni tendría sentido la remisión a la LH, que nada establece sobre el trámite del recurso gubernativo. La única interpretación lógica es que se está en presencia de un error, explicable por pura inercia de inveterada tradición histórica, consistente en tener por supuesta la regulación del trámite del recurso en la LH, incluida la competencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, o antes de la Audiencia Territorial (14).

B) LA REFORMA DEL RH EN 1998.

El Pleno del CGPJ aprobó en 10-3-98 el informe sobre el proyecto de modificación del RH, que poco después sería el R.D. 1.867/1998, de 4 de septiembre. En dicho informe se analizan tanto el artículo 66 LH como la disposición adic. 7.^a LOPJ, en relación con los Estatutos de Autonomía a los que hace referencia. La conclusión a la que llega el Consejo es que la modificación reglamentaria debiera limitar dicha competencia judicial a los supuestos en que viniera prevista en aquellos Estatutos.

La opinión expuesta no fue atendida al reformar el RH, ni en este importante aspecto ni en el accesorio contemplado en el artículo 124, que autoriza a los Presidentes de los TSJ para nombrar una comisión que les asista en esta tarea, previniendo que puedan formar parte de ella Magistrados del orden jurisdiccional civil. Ciertamente que la repetida disp. adic. 7.^a LOPJ puede ser interpretada en sentido extensivo a los Presidentes de los Tribunales Superiores de todas las Comunidades Autónomas cuando la calificación registral y el recurso gubernativo apliquen Derecho común, aunque, como se dijo, parezca una interpretación literalista y disconforme con la finalidad específica del precepto. Ciertamente también que los redactores de la modificación reglamentaria

(13) Las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, sobre el cual tienen competencia exclusiva (art. 149.1.8º CE), son: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco. Los Estatutos de Autonomía de todas ellas, excepto Navarra, atribuyen a los órganos judiciales en dichas Comunidades la competencia para resolver los recursos contra la calificación registral de documentos referentes a sus Derechos privados.

(14) Tal viene a ser la opinión de VERGER GARAU, al decir que la disposición adicional 7.^a de la LOPJ «parece que da por supuesta la preexistencia de una regulación básica por ley del recurso gubernativo», añadiendo después que «lo cierto es que la expresada disposición ni siquiera intenta abordar las principales cuestiones constitucionales ni todas las estatutarias que se han de resolver respecto de dicho recurso» (obra citada, págs. 1917 y 1921).

han podido sentirse razonablemente vinculados por esa incidental literalidad de la repetida norma legal orgánica (15). Pero no puede dejar de notarse que en otros asuntos tratados por el RH, como el citado del artículo 124, parece haberse redactado la reforma reglamentaria desde la persistente convicción de la potestad administrativa para regular funciones judiciales, lo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 117 CE y 2 y 6 LOPJ, puede dar lugar a que los Magistrados llamados por el Presidente del TSJ para integrar la comisión asesora prevista en la norma reglamentaria para el recurso gubernativo se nieguen válidamente a cumplir el mandato presidencial, caso de llegar éste a producirse. Precisamente, como hacía notar el CGPJ en su informe, la naturaleza de la función judicial, decisoria bajo el principio «iura novit curia», admite con dificultad (o más precisamente, no admite) actividades de emisión y recepción de asesoramientos, mayor aún si se dan con respecto a otros Jueces y Magistrados. Pero en todo caso la función tiene que venir establecida por ley.

C) ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, JURÍDICO-MATERIAL

Conviene precisar que la atribución de la decisión del recurso gubernativo al Presidente del TSJ excede ampliamente de una consideración de legalidad formal. La opinión aparentemente asumida al modificarse el RH en 1998 es que la problemática suscitada ha quedado resuelta porque la competencia en cuestión ha obtenido el necesario refrendo legal por la LOPJ. Lo que ocurre es que, sea o no formalmente certera esa opinión, el problema no es atinente sólo al rango de la norma, sino, antes, a la constitucionalidad y/o posibilidad jurídica misma de tal competencia judicial en el actual Estado de Derecho.

En síntesis del lúcido razonamiento utilizado por VERGER GARAU (16), «o bien el Presidente, al dictar auto judicial, actúa dentro de su jurisdicción

(15) Así lo entiende GÓMEZ GÁLLIGO (obra cit. en bibl., págs 171 y 172), explicando que una reforma reglamentaria no puede afrontar una distinción entre recursos gubernativos en una u otra clase de Comunidades Autónomas.

De hecho, ésta vino a ser también la opinión anteriormente emitida por el CGPJ, al contestar en 24-1-90 consulta formulada por el Presidente del TSJ de Madrid, razonando que la interpretación de la disp. adic. 7.ª LOPJ no puede conducir al distinto tratamiento del recurso gubernativo en unas y otras Comunidades Autónomas cuando no se aplique Derecho civil foral o privativo de las mismas.

Ya antes, a poco de comenzar su andadura los TSJ, el Presidente del de Castilla-La Mancha obtuvo en 20-6-89 respuesta a su consulta formulada ante la DGRN, elusiva de la verdadera cuestión planteada al entender, en síntesis, que la reforma judicial no había alterado la tramitación del recurso gubernativo, salvo en el concreto supuesto contemplado por la repetida disp. adic. 7.ª LOPJ.

(16) ob. cit., págs. 1916-17.

porque sus actos son judiciales y no pueden dejar de serlo, o, al contrario, actúa dentro o en relación a otra jurisdicción, ya que el procedimiento en que se dicta el auto no tiene carácter judicial». En este último caso se hace incurrir a la LOPJ en irremediable contradicción, porque se quebranta su artículo 389.1, que, al cumplir el mandato constitucional de establecer las incompatibilidades judiciales (art. 127.2 CE), declara la existente entre el cargo de Juez o Magistrado y «el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial». Concretamente aquí, una jurisdicción voluntaria gubernativa, ajena al ámbito del poder judicial. En cualquiera de ambas posiciones, y sobre todo en la primera, es indiscutible que el auto judicial apelado se supedita a otro órgano público, de carácter administrativo, que es la DGRN. De este modo se invierten las posiciones de control establecidas en el artículo 106.1 CE, ya que un órgano de la Administración pública revisa lo que resuelve un órgano judicial. La tacha de inconstitucionalidad aparece, de nuevo y más acentuadamente, como ineludible, no obstante el complejo y contradictorio nominalismo del carácter gubernativo de la jurisdicción voluntaria con que resolvería el Presidente.

En otras palabras, las alternativas son éstas: o bien el Presidente resuelve como órgano judicial, y entonces su decisión no puede ser recurrible ante la DGRN, o bien resuelve como órgano gubernativo, y entonces es ineludible el derecho a la tutela judicial contra la decisión del recurso sobre la nota de calificación.

La procedente apertura jurisprudencial al ejercicio de la acción contra la decisión gubernativa de la DGRN ante el orden jurisdiccional civil, que antes fue examinada, referida a la propia nota de calificación, hace desaparecer cualquier posible razón invocable para la intervención del Presidente del TSJ, puesto que no evita la existencia de tal acción, y que se temía pudiera ser de improcedente carácter contencioso-administrativo.

Una última observación crítica previa al intento de aportar soluciones (que es para lo que ha de servir, cuanto ha sido expuesto) debe consistir en la obsolescencia de la doble alzada gubernativa, desconocida ya en el ámbito del procedimiento administrativo y causante de retraso en la solución definitiva de la cuestión. Sin contrapartida útil alguna, además, porque de hecho casi siempre los autos dictados por los Presidentes de los TSJ son recurridos ante la DGRN, y donde la figura del propio Registrador recurrente, en su caso, opera en disfavor de la imagen de imparcialidad que éste debe ofrecer.

D) POSIBLES SOLUCIONES (DE «LEGE FERENDA»)

Cualquier solución eficaz requiere modificación normativa; pero tiene que venir presidida por la idea del mayor conservadurismo posible, siempre de-

seable en las reformas jurídicas, y más en este caso, ya que parece casi utópico pretender que se modifiquen los Estatutos de Autonomía que atribuyen a los órganos judiciales el conocimiento de los recursos contra la calificación registral cuando se aplique el ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma, y además es obvia la conveniencia de no introducir reformas radicales en una institución dotada de larga historia y depurada doctrina.

La reforma tiene que afectar, ante todo, al artículo 73 y a la disposición adicional 7.^a de la LOPJ. No indispensablemente, pero sí deseablemente, a la LH para dedicar al recurso gubernativo la atención legal que merece. Y, desde luego, al RH en su mayor medida.

En opinión de GARCÍA GARCÍA, debiera fomentarse la modificación legislativa «en el sentido de excluir del conocimiento de los recursos gubernativos a la DGRN, a pesar de reconocer sus centenarios servicios en este tema, e inclinarse decididamente por el conocimiento del recurso por los órganos judiciales, cabiendo a su vez varias alternativas, o bien el conocimiento en única instancia por los TSJ de cada Comunidad Autónoma, lo que tiene el inconveniente de la falta de uniformidad de doctrina, o bien que conozcan en primera instancia dichos Tribunales y haya una apelación ante una Sección especial de la Sala 1.^a del TS.» (17). Con esta solución se conseguiría unificar las vías judicial y gubernativa del recurso contra la calificación. Frente a esta ventaja, la pérdida de la unidad doctrinal es un serio obstáculo, no seguramente superable por el recurso ante el TS, que tendría que ser de casación para la unificación de doctrina. Además, se trataría de una reforma normativa que puede ser considerada como una ruptura excesiva con nuestro sistema tradicional.

Según VERGER GARAU, la vía judicial es adoptada en diversos países, como Francia y Alemania, pero su implantación en España requeriría una modificación legislativa profunda, dando lugar a un sistema más complicado y menos ágil, y además se perdería la aludida unidad doctrinal especializada que tanto prestigio ha alcanzado. Por ello propugna el establecimiento de un recurso gubernativo con una sola instancia ante la DGRN, previa reposición ante el Registrador, tal como tiene lugar en las calificaciones de los Registradores Mercantiles. A favor de este sencillo y moderno sistema se pronuncia la mayor parte de la doctrina científica, por razones genéricamente concordantes con las que aquí han sido expuestas y por entender que lo más interesante en vía gubernativa es conocer la resolución de la Dirección General sobre el

(17) GARCÍA GARCÍA (ob. cit. págs. 2257-58). Este autor señala como inconvenientes de que continúe resolviendo el recurso la Dirección General los siguientes, resumidamente: 1.º Que se trata de un órgano integrado en la jerarquía administrativa. 2.º Que participa, además, del carácter político del Ministerio. 3.º Que entre las materias objeto de calificación se encuentran las judiciales del artículo 100 RH.

asunto discutido, sin que encuentre hoy en día justificación alguna la atribución de competencia en la materia al Presidente del TSJ (18).

Quedaría el recurso exclusivamente judicial en las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos lo hubieran establecido, puesto que, como se dijo, no parece lógico esperar la modificación de todos tales Estatutos. Pero además, lo razonable sería precisamente que el Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, sea interpretado con valor doctrinal por la Sala Civil y Penal del TSJ, y no (sólo) por su Presidente, ya que las plazas de dichas Salas han de ser cubiertas por Magistrados que tengan especiales conocimientos en el mencionado ordenamiento, según el artículo 330.3 LOPJ. En estos casos no cabría ejercitar recurso ante la DGRN ni tampoco ninguna acción en vía judicial contra la decisión de la Sala, en la circumscribida materia de la calificación registral naturalmente, sin perjuicio del eventual litigio entre partes interesadas sobre la validez o nulidad del título, al que hace alusión el artículo 66 LH.

Los preceptos legales que inicialmente habría que modificar serían el artículo 73.1 y la disposición adic. 7.^a LOPJ y el artículo 260.3° LH. El primero de ellos para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, como Salas de lo civil, la competencia sobre las acciones impugnatorias de las resoluciones dictadas por la DGRN en los recursos gubernativos, que habrían sido interpuestos directamente contra las calificaciones de los Registradores, tanto de la Propiedad como Mercantiles. Cabe vaticinar que la especialización y la calidad propias de la doctrina del Centro Directivo determinarían un moderado ejercicio de tales acciones y, por supuesto, una muy elevada proporción de sentencias confirmatorias de las resoluciones impugnadas. Ello permitiría el mantenimiento de aquella doctrina, cuya unidad habría de obtener salvaguardia mediante un específico recurso de casación ante la Sala 1.^a del TS.

El citado artículo 73.1 LOPJ añadiría la siguiente salvedad: «Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad, tal atribución se entenderá circumscribida al supuesto de que se trate de la aplicación del Derecho civil, foral o especial, privativo de la Comunidad Autónoma, y corresponderá resolver el recurso a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como

(18) VERGER GARAU (ob. cit., pág. 1915), con cita de OGAYAR (se refiere a Tomás OGAYAR AYIXÓN, en su estudio «Impugnación de la calificación registral»): Sería una reforma plausible, pedida por todos, la supresión del trámite ante el Presidente del Tribunal, cuya posición resulta desairada además, debiendo interponerse el recurso directamente ante la Dirección General, con ahorro de trámites y de tiempo, ya que lo que trata de obtenerse es la doctrina de ese Centro Directivo, «hasta el punto de que es muy raro el caso que el recurrente o Registrador se aquieten al auto y no lo apelen».

Sala de lo Civil, sin que su decisión sea susceptible, a su vez, de recurso alguno, salvo únicamente el litigio que pudiera promoverse entre los interesados sobre la validez o nulidad de los títulos a los que haga referencia la calificación registral controvertida, en su caso». La disp. adic. 7.^a LOPJ sería suprimida, una vez modificado en la forma dicha el artículo 73 de la misma Ley. El artículo 260.3 LH tendría que excluir de la competencia de la DGRN la resolución de dichos recursos en materia de Derecho foral.

El procedimiento ante las Salas de lo Civil y Penal y el del recurso de casación para la unificación de la doctrina debieran ser objeto de regulación por la LE Civ, ya que se trata de un proceso judicial civil. Pudieran considerarse modelos adecuados el del moderno proceso contencioso administrativo, abreviado o no, o el de la modalidad procesal de Seguridad Social en la LPL, así como el recurso de unificación de doctrina que esta misma Ley regula.

El RH tendría que ser modificado para establecer un recurso gubernativo común análogo al que previene el Reglamento del Registro Mercantil. Debe insistirse en la idea varias veces apuntada, cual es la conveniencia de que la LH contenga algunas pautas generales sobre el recurso gubernativo, en lugar de la tan escueta, casi nula y hasta defectuosa, regulación que contiene el artículo 66 LH.

Queda sólo sugerir la procedencia de que este artículo 66 LH, o el que correspondiere en la reforma de que está necesitada, contenga la mención técnicamente correcta de la diferencia y de las interrelaciones existentes entre esta acción y la del proceso que puede surgir entre los interesados sobre «la validez o nulidad» de los títulos u otras cuestiones influyentes pero no decidibles en la calificación del Registrador y en la impugnación específica de su nota denegatoria o suspensiva del asiento pretendido.

E) SUBSIDIARIO AUTO DECLINATORIO DE JURISDICCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TSJ.

En el infortunado supuesto de que no se promoviese la reforma legal propugnada, debiera acudir por los Presidentes de los TSJ a negar su jurisdicción para resolver el recurso gubernativo, con apertura de posible conflicto jurisdiccional negativo frente a la DGRN, salvo cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan tal competencia a los órganos judiciales y la calificación se funde, además, en el Derecho civil foral o especial privativo de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En efecto, la disposición adicional 7.^a LOPJ se remite a dichos Estatutos de Autonomía, que son, como dejé anotado, los de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia y País Vasco, esto es, las regiones donde existe Derecho foral, excepto Navarra. En todos ellos la competencia judicial en el recurso gubernativo se limita a los supuestos en que la calificación registral se funde en su

Derecho foral o privativo. Así pues, cuando la calificación se funde en Derecho común, tanto en dichas Comunidades Autónomas como en todas las demás, la competencia del Presidente del TSJ en esta materia carece del necesario soporte legal, según cuanto ha quedado expuesto en el presente estudio y de cuyo razonamiento haré enseguida una complementaria síntesis.

La resolución del Presidente sería un auto, en cuanto referente al presupuesto procesal de su propia jurisdicción, conforme al artículo 245.1-b) LOPJ. Previamente debe darse oportunidad de audiencia al interesado recurrente, al Ministerio Fiscal e incluso al Registrador de la Propiedad, por analogía con lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ y en los artículos 9.1 y 10.4 de la LO 2/1987, de 18 de mayo, sobre conflictos jurisdiccionales, cuando tienen signo positivo.

El fundamento del auto consistiría inicialmente en la interpretación literal de la disposición adicional 7ª LOPJ, en cuanto tiene las únicas finalidades que muestran sus referencias a los Estatutos de Autonomía y al Derecho foral o especial privativo de las Comunidades Autónomas, sin que sea operante la remisión a la LH a efectos de la «apelación» contra la resolución del Presidente del TSJ en otros supuestos distintos de los de la calificación fundada en dicho Derecho foral o privativo, ya que esta Ley no sólo no establece tal «apelación» ni intervención alguna del Presidente del TSJ o de ningún otro órgano judicial en la resolución del recurso gubernativo, sino que, al contrario, su artículo 260.3º asigna competencia directa para ello a la DGRN, y sin que la LOPJ se remita al RH, ni hubiera podido hacerlo, porque las funciones judiciales sólo pueden ser establecidas por ley, tal como he venido sosteniendo.

Ya dije antes también que la única interpretación lógica de esta remisión de la LOPJ a la LH es que proviene de la inducción histórica a un error que debe ser subsanado, en vez de mantenido, aunque posiblemente la reforma del RH de 1998 no fuese la vía adecuada para esa subsanación. En cualquier caso, de lo que se trata en estas nuevas líneas es tan sólo de exponer resumidamente el razonamiento básico de este auto judicial, hasta aquí ciertamente cuestionable.

Pero lo que resulta incontrovertible, a mi modo de ver, es la inconstitucionalidad de la «apelación» ante la DGRN contra la decisión del Presidente del TSJ, en cuanto invierte las posiciones previstas para sus respectivas actuaciones en el artículo 106.1 CE. Frente a esta realidad, tan ineludible como lo es también el carácter judicial del Presidente del TSJ y el administrativo de la DGRN, carece de fuerza suficiente el nominalismo jurídico de la naturalización de tales actuaciones como jurisdicción voluntaria gubernativa, cuyo desempeño, además, está vedado al Presidente del TSJ, como a todos los Jueces y Magistrados, por el artículo 389.1º de la propia LOPJ, al ser una jurisdicción ajena a la del Poder Judicial.

Por último, el auto indicaría al recurrente gubernativo la procedencia de reproducir directamente su interés registral ante la DGRN, pero sin asignarle recurso contra el auto mismo declinatorio de jurisdicción, puesto que precisamente se está negando la relación jerárquica en que tal recurso pudiera ampararse. Dicho de otro modo, la resolución del Presidente abocaría, si la DGRN no aceptase el recurso gubernativo directo contra la calificación del Registrador, a un conflicto negativo de jurisdicción entre una autoridad judicial y otra administrativa, previsto en el artículo 13 de la LO 2/1987, de 18 de mayo, antes citada, en relación con el artículo 38 LOPJ.

No pueden ocultarse las dificultades que encontraría la DGRN para aceptar la competencia directa así propuesta, entre las que son ostensibles las de índole procedimental. Pero debe recordarse que la verdadera solución del problema estudiado no se encuentra en la promoción del conflicto jurisdiccional, sino en la reforma legislativa, de la que ese conflicto sería tan sólo remedio subsidiario y, tal vez y sobre todo, un eficiente estímulo.

F. JAVIER SÁNCHEZ-PEGO
Presidente del Tribunal Superior
de Justicia de Cantabria