

En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles

SUMARIO: 1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.—2. LA CUESTION CONSTITUCIONAL: 2.1. NATURALEZA DEL RECURSO GUBERNATIVO: 2.1.1. *Naturaleza jurisdiccional del recurso gubernativo*; 2.1.2. *Naturaleza administrativa del recurso*; 2.1.3. *El recurso constituye un acto de jurisdicción voluntaria no judicial*; 2.1.4. *El recurso es un procedimiento especial*; 2.1.5. *Naturaleza de la intervención del Presidente en el recurso*.—2.2. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y EL ARTÍCULO 127.2 DE LA CONSTITUCIÓN; 2.3. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE Y EL ARTÍCULO 117.1, 3 Y 4 DE LA CONSTITUCIÓN; 2.4. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. EL RECURSO JURISDICCIONAL CONTRA LA CALIFICACIÓN; 2.5. EL RECURSO GUBERNATIVO EN UNA SOLA INSTANCIA: 2.5.1. *El necesario control constitucional de la actuación administrativa por el Poder Judicial, según el artículo 106.1 de la Constitución*; 2.5.2. *El derecho constitucional a la jurisdicción no admite excepciones. El artículo 24.1 de la Constitución y el posible recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General*; 2.5.3. *Algunas características procesales del posible recurso*: 2.5.3.1. La jurisdicción del orden civil es la competente, en todo caso, para conocer el recurso; 2.5.3.2. *Organos jurisdiccionales ante los que debería residenciarse el recurso*; 2.5.3.3. La legitimación activa y pasiva en este proceso; 2.5.3.4. Los trámites del procedimiento; 2.5.3.5. Efectos de las sentencias; 2.5.3.6. Las costas del proceso.—2.6. CONCLUSIONES.—3. LA CUESTION ESTATUTARIA: 3.1. ESTRUCTURA ESTATUTARIA DEL RECURSO; 3.2. ¿COMPETENCIA ESTATAL Y/O COMUNITARIA?; 3.3. EL CITADO RECURSO ESTATUTARIO DEBERÍA COMPRENDER NO SÓLO MATERIAS DE DERECHO CIVIL PROPIO, SINO TAMBIÉN, EN SU CASO, LAS MATERIAS REFERENTES AL DERECHO ADMINISTRATIVO PROPIO; 3.4. DEBERÍAN SER TAMBIÉN COMPETENTES PARA CONOCER EL RECURSO LOS ÓRGANOS PERTINENTES CUANDO LOS DOCUMENTOS CALIFICADOS SE REFIERAN A MATERIAS MIXTAS: DE DERECHO CIVIL PROPIO Y DE DERECHO CIVIL COMÚN; 3.5. CONCLUSIONES.

1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

El recurso gubernativo contra la calificación del título hecha por el Registrador (arts. 19, 66 y 260-3.^º de la Ley Hipotecaria y 112 a 135 de su Reglamento) presenta actualmente varios problemas básicos que son objeto de este trabajo.

La disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985 no resulta, en mi opinión, jurídica ni técnicamente precisa, ni puede resolver debidamente algunas cuestiones esenciales en relación al citado recurso. Opino también que la citada LOPJ no es propiamente el lugar más adecuado para referirse al recurso gubernativo. Se han de examinar, respecto a estos recursos contra la calificación del Registrador, dos cuestiones fundamentales, unas de carácter constitucional y otras de carácter estatutario, pues, a mi entender, tanto la Constitución de 1978 como los Estatutos de Autonomía impelen a dar una nueva estructura a estos recursos.

2. LA CUESTION CONSTITUCIONAL

2.1. NATURALEZA DEL RECURSO GUBERNATIVO

Los artículos 19 y 66 de la Ley Hipotecaria no regulan los trámites del recurso gubernativo. El artículo 260-3.^º de la misma Ley, en relación al recurso, sólo establece que corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado resolver los recursos gubernativos que se interpongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los Registradores. Es el artículo 113 de su Reglamento el que dispone que el recurso se promoverá por medio de escrito dirigido al Presidente de la Audiencia Territorial respectiva, hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia (disposición transitoria segunda y art. 72.2 de la LOPJ), añadiendo el 118 del mismo Reglamento que la resolución del Presidente se dictará en forma de auto y el artículo 121 dice que los Registradores y los recurrentes podrán apelar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de los autos que en los recursos gubernativos dicten los citados Presidentes.

Ha sido, como es sabido, muy controvertida la naturaleza del recurso gubernativo. Algunos juristas entienden que tiene naturaleza judicial, otros administrativa, otros que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, por último, afirman otros que realmente constituye un procedimiento especial. Voy seguidamente a referirme a estas distintas posiciones.

2.1.1. *Naturaleza jurisdiccional del recurso gubernativo*

Resulta difícil seguir manteniendo hoy, en mi opinión, la naturaleza judicial del recurso gubernativo, al menos en toda su extensión, por esto quizá algunos, como OGAYAR, afirman que el recurso es híbrido, mezcla de judicial en su primera instancia y de gubernativo en su segunda.

La equiparación, base de esta teoría, del Registrador con la figura del Juez territorial, fue defendida por muchos autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ, GALLARDO RUEDA, VENTURA TRAVESET, etc.). Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 4 de julio de 1919 y 29 de mayo de 1925 se refieren también a dicha similitud. Dice la primera que el Registrador, como Juez territorial, debe apreciar el alcance de los respectivos asientos, el destino hipotecario de los derechos asegurados y la fuerza cancelatoria de los pronunciamientos inscribibles. Y la segunda Resolución declara que el Registrador ocupa el plano de un verdadero Juez territorial, a los efectos de realizar, suspender o denegar la inscripción de los documentos expedidos por los funcionarios del orden administrativo, judicial o notarial.

La calificación de los documentos presentados al Registro que realiza el Registrador, y respecto a la cual el recurso gubernativo se ha de considerar una posible consecuencia, determina, con arreglo al Derecho objetivo, si se debe practicar o no el asiento solicitado. En caso de practicarse, el asiento constituye una constatación de la verdad legal oficial, la cual está bajo la salvaguardia de los Tribunales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). El Registrador al practicar el asiento crea, en virtud de su función legitimadora, una situación legal preferente a favor de personas determinadas con trascendencia *erga omnes*, que si bien no reviste el carácter indefectible de una sentencia firme, ni de cosa juzgada, produce desde un principio normalmente plenos efectos jurídicos.

No obstante, en caso de denegarse o suspenderse el asiento solicitado e impugnarse la calificación, no resulta posible equiparar realmente el recurso gubernativo a un proceso judicial civil. No se dan en el recurso pretensiones de una parte frente a la otra parte, determinadas por los títulos presentados o por el asiento a practicar, no hay, por tanto, contienda *inter partes*, ni tampoco en la fase de apelación se ejercitan acciones ante un órgano jurisdiccional. Resulta, sin embargo, indudable que en el recurso se produce una discusión en torno a la calificación, aduciéndose alegaciones en favor y en contra de la calificación denegatoria o suspensiva para que decida el órgano determinado por la norma si son o no inscribibles los documentos calificados.

2.1.2. *Naturaleza administrativa del recurso*

Diversos autores (GASCÓN Y MARÍN, ROYO VILANOVA, GONZÁLEZ PÉREZ, Díez-Picazo, entre otros) han afirmado que el recurso tiene carácter administrativo.

Si el procedimiento registral es sustancialmente un procedimiento administrativo, dice Díez-Picazo, el llamado recurso gubernativo es también un recurso en vía administrativa. Se trata de una pretensión de reforma de la decisión del Registrador sostenida por el particular ante los superiores del mismo de acuerdo con la jerarquía administrativa.

Como base de estas teorías administrativas se habla del Registro como servicio público administrativo y del Registrador como funcionario administrativo.

Una Resolución de 7 de abril de 1938 declaró que la nota y el acuerdo del Registrador son una sentencia administrativa, y el Decreto de 10 de octubre de 1958 dice que se consideran procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, entre otros, los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios y Notarial.

En contra de esta posición se ha argumentado, de manera convincente en mi opinión, por LACRUZ, CHICO y CAMY, entre otros.

La calificación que hace el Registrador, y por ende el recurso gubernativo en contra de la misma, se resuelve aplicando única o principalmente a los hechos y relaciones jurídicas contenidas en los títulos y normas de Derecho privado; por consiguiente, tanto los asientos registrales como el recurso gubernativo no son actos administrativos (cfr. art. 1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y art. 9.4 de la LOPJ).

Una de las consecuencias directas de ello es que los asientos del Registro de la Propiedad y del Mercantil no están sujetos al régimen general de revisión de los actos administrativos y, por tanto, en ningún caso pueden ser anulados o modificados por la Administración Pública (cfr. art. 1.º, p. 3, y art. 40 de la Ley Hipotecaria) a diferencia de los actos administrativos (cfr. arts. 47 a 52 y 109 a 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Muchos otros preceptos de esta Ley resultan también de imposible aplicación a los asientos y procedimientos registrales tanto los que establecen principios generales como los que determinan efectos más concretos (cfr. arts. 7, 8, 9, 22, 44, 45, etc., de dicha Ley). La Resolución de 23 de marzo de 1961 hace referencia al expresado Decreto de 10 de octubre de 1958 y dice que los procedimientos administrativos especiales de carácter registral son, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria y 563 y 618 de su Reglamento, pero no comprende los que por su

naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto, por lo que excluye implícitamente otros procedimientos esenciales registrales regulados por dicha Ley y su Reglamento.

No se puede dejar de señalar, en esta línea, desde una perspectiva tan importante y decisiva como la constitucional y en contra de la afirmación de que la Ley Hipotecaria es una ley administrativa, que hacen algunos autores, que el artículo 149.1.8 de la Constitución la considera una ley básicamente de carácter civil, ya que establece que es competencia de la legislación civil estatal, entre otras materias, la relativa a la «ordenación de los registros», con cuyas palabras se hace referencia, según la mayoría de la doctrina, al conjunto del sistema registral, siendo de carácter necesario (*ius cogens*) buena parte de las normas civiles que lo regulan.

Por otra parte, los actos administrativos, como se sabe, son los realizados por la Administración de conformidad con las normas del Derecho público administrativo y pueden ser objeto del recurso contencioso-administrativo (cfr. arts. 1, 3 y 5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y art. 9.4 de la LOPJ), a diferencia, como se ha dicho, de las notas de calificación registral y de las resoluciones que deciden los recursos gubernativos que no pueden ser objeto de dicho recurso contencioso-administrativo [cfr. art. 2.a) de la citada LRCA y Real Orden de 20 de enero de 1878, Sentencias del TS de 2 de octubre de 1906, 6 de noviembre de 1954 y Resoluciones de 23 de mayo de 1961 y 23 de febrero de 1968].

Por otro lado, las calificaciones del Registrador se producen con independencia subjetiva y funcional y bajo su responsabilidad (cfr. arts. 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria), a diferencia del funcionario administrativo vinculado totalmente a la estructura jerárquica administrativa, el cual no puede ser, por consiguiente, independiente en su función y resulta obligado legalmente a obedecer a sus superiores sin facultad de decisión propia, recibiendo y aceptando sus órdenes e indicaciones en el desempeño de todas sus actividades administrativas (cfr. Leyes de 26 de julio de 1957 y 16 de agosto de 1983). La independencia e imparcialidad del Registrador es una exigencia de su esencial función calificadora, ya que debe ser neutral, incluso cuando la Administración Pública solicita la inscripción de sus títulos, a lo que se ha de poder negar, siempre que haya razones legales que lo impidan, de lo contrario no podría cumplir el Registro su finalidad primordial de protección de la seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución) y de ser garante de la legalidad del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil.

Cuando el recurso gubernativo revoca o modifica la calificación del Registrador, éste ha de inscribir los documentos conforme se ordena en el auto o la resolución (arts. 118, 126, p. 3, y 127 del Reglamento Hipotecario),

pero ello no afecta a su libertad e independencia funcional, ya que éstas continuarán igual a pesar del auto o resolución expresados, únicamente afectará a su responsabilidad directa y personal, pues quedará libre de ella, respecto al asiento concreto que ha tenido que practicar necesariamente.

2.1.3. *El recurso constituye un acto de jurisdicción voluntaria no judicial*

Esta es la posición sustentada por MORELL Y TERRY, CASSO, ROCA SASTRE Y SANZ, entre otros autores. El recurso tiene, dice ROCA SASTRE, la misma naturaleza que la calificación registral de la cual es una simple incidencia. No tiene naturaleza judicial contenciosa porque no hay contienda *inter partes*. Tampoco se trata de ningún supuesto en que se niegue ningún derecho de índole administrativa, ni puede hablarse de apurar la vía gubernativa, ya que se puede acudir a lo judicial sin necesidad de utilizar este recurso. La Dirección General, como órgano administrativo de jurisdicción voluntaria, resuelve, sobre materias principalmente de Derecho civil e hipotecario, un problema de derecho de juego constitutivo y de trascendencia *erga omnes* limitada al sólo efecto de inscribir, denegar o suspender el asiento solicitado.

SANZ entiende que en el recurso no hay demanda, ni contestación, ni partes en sentido propio. Los informes del Registrador, Notario o funcionario no pueden asimilarse a una contestación de demanda, son dictámenes de carácter técnico con el fin de asesorar y ayudar al que debe emitir el juicio definitivo.

La citada Resolución de 23 de marzo de 1961 declara que la moderna técnica hipotecaria estima que el recurso gubernativo constituye uno de los supuestos de la llamada jurisdicción voluntaria. Se pueden anotar en este mismo sentido otras Resoluciones, como la de 31 de marzo de 1950 y 23 de febrero de 1968.

No obstante, hay que reconocer que la llamada jurisdicción voluntaria es un concepto, como se sabe, muy difícil de precisar. No hay acuerdo sobre su verdadera naturaleza y contenido. Sin embargo, conforme a parte de la doctrina, se puede afirmar que el objeto de la jurisdicción voluntaria está constituido básicamente por relaciones de Derecho público, al contrario del objeto de la Administración que está constituido por relaciones de Derecho público. La jurisdicción voluntaria es una verdadera jurisdicción, en el sentido que implica poder para aplicar las leyes, y es realizada por diversos órganos judiciales y no judiciales para la tutela del ordenamiento jurídico y poder cooperar en la constitución y desenvolvimiento de estados, titularidades y situaciones jurídicas, y especialmente, en lo que ahora nos inte-

resa, en la defensa y garantía de la seguridad jurídica privada y del tráfico inmobiliario y mercantil, lo que se traduce en la realización de los asientos registrales o, al contrario, en la denegación o suspensión de los mismos, conforme en todo caso al Derecho objetivo mediante su interpretación ajustada y aplicada a los documentos presentados al Registro y al contenido de éste, pudiéndose, en el supuesto de denegación o suspensión de los asientos, ejercitarse los recursos pertinentes.

En el recurso gubernativo, si bien no hay propiamente contienda entre las partes, se da no obstante, como se ha indicado, necesariamente discrepancias y discusión, manteniéndose pretensiones y argumentos legales opuestos. En la jurisdicción voluntaria judicial normalmente no se produce dicha discusión o controversia (cfr. art. 1.811 de la LEC), pero también existen o pueden existir controversias en algunos supuestos muy especiales, sin que se convierta necesariamente en contencioso el expediente, en el sentido del artículo 1.817 de la citada Ley. En los expedientes de jurisdicción voluntaria hay a veces una finalidad concreta, dice RAMOS MÉNDEZ, que no se frustra por la existencia de oposición (cfr. arts. 1.861 a 1.863, 2.137, 2.163 a 2.165 de la LEC). Por tanto, es posible afirmar, según dice PRIETO-CASTRO, que existen negocios de jurisdicción voluntaria no contenciosos y contenciosos.

No obstante, hay que reconocer, a mi entender, que en los supuestos a que se refieren dichos artículos y algunos otros de la LEC, sólo se pueden dar determinadas discrepancias entre las diversas personas que intervienen en ellos, pero no se produce ciertamente, en ningún caso, ninguna oposición propiamente tal por alguna de ellas, la que haría necesariamente contencioso el expediente, conforme al citado artículo 1.817 de la misma Ley.

La afirmación de que el recurso es un acto de jurisdicción voluntaria no judicial en relación a los diversos trámites procedimentales que constituyen lógicamente la estructura esencial del recurso, en el que se producen posiciones necesariamente contrapuestas, no es suficiente para señalar, en mi opinión, lo que es más característico del mismo.

2.1.4. *El recurso es un procedimiento especial*

Esta es la postura expuesta por LACRUZ y defendida por CHICO y otros. LACRUZ BERDEJO decía que nos hallamos ante un procedimiento *sui generis* que participa de la naturaleza registral legitimadora, con notas afines al procedimiento administrativo y judicial. Como vemos, dice CHICO, se acerca a unos y se aleja de otros procedimientos. La función registral, entiende este autor, tiene algo de los aspectos señalados; de una parte, se asemeja a la actuación judicial, de otra, tiene rasgos administrativos y, por último, guar-

da semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene rasgos de todos ellos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos, o por lo menos que resulta difícil encuadrarlo en ninguno de ellos. Es una función diferente la registral, con caracteres propios y algunos asimilados. La Resolución de 6 de junio de 1991, haciendo referencia a la de 26 de junio de 1986, declaró que la naturaleza de la función registral tiene carácter especial y no encaja en la judicial ni mucho menos en la administrativa al versar sobre cuestiones civiles.

2.1.5. *La naturaleza de la intervención del Presidente en el recurso*

Se refieren a esta intervención del Presidente de la Audiencia en el recurso gubernativo los artículos 113 a 116, 118 a 125 y 131 del Reglamento Hipotecario. La disposición adicional séptima de la LOPJ se refiere al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a quien corresponderá la resolución del recurso en vía gubernativa, si bien, en sentido literal, únicamente hace referencia a los citados Presidentes del Tribunal Superior de las Comunidades Autónomas con Derecho civil especial privativo.

Dicha intervención se valora por los autores, ya sea partiendo concretamente de las normas que lo regulan, ya sea de una manera más global y general, y a favor o en contra de la misma.

Desde la primera perspectiva, según GONZÁLEZ PÉREZ, el Presidente actúa, en la primera instancia del recurso, no como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo. El Presidente, sin embargo, no es superior jerárquico del Registrador, sino únicamente inspector permanente de los Registros (arts. 267 y 269 de la Ley Hipotecaria) y no es necesario insistir para dejar demostrado que son funciones sustancialmente distintas las de superior jerárquico (la Dirección General de Registros, arts. 259 y 260 de la LH) e inspector. Por tanto, la primera anormalidad que se produce, dice el nombrado autor, en el procedimiento administrativo de impugnación de los actos registrales consiste en que el recurso no se resuelve, en primera instancia, por el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acuerdo impugnado, sino por un órgano distinto del inspector de los Registros, el Presidente de la Audiencia Territorial.

En sentido diverso, entiende OGAYAR, que el Presidente, al no ser funcionario administrativo y sí autoridad judicial, al resolver el recurso en primera instancia pone en evidencia que no es exacta la calificación de gubernativo asignado a este recurso, dado que el funcionario encargado de resolverlo no aplica ni puede aplicar ningún procedimiento administrativo y lo resuelve por medio de auto, que es una de las formas que adoptan los procedimientos judiciales. Contra su decisión se admite una única alzada

ante la Dirección General de los Registros, que sí que es órgano administrativo, por lo que en realidad este recurso, a pesar de su desafortunada denominación, es híbrido, mezcla de judicial en su primera instancia y de gubernativo en su segunda. El Presidente, opina LACRUZ, al intervenir en la tramitación y resolución del recurso no ejerce una función estrictamente jurisdiccional, si bien, en realidad, al no pertenecer al orden administrativo no puede actuar sino como Juez, pero lo hace fuera de su jurisdicción.

Desde la segunda perspectiva indicada, la opinión del autor nombrado OGAYAR es que la intervención del Presidente suele ser muy eficaz, dado que los informes presidenciales pesan mucho en las decisiones de la Dirección y con mucha frecuencia ésta se basa en aquéllos para fundamentar sus resoluciones, pero la labor de los Presidentes es desconocida para el público, dado que sólo se consigna en aquéllas que el auto presidencial confirma o revoca la nota del Registrador, sin exponer los argumentos de dicho auto ni aceptar sus considerandos. Es una pena que sea desconocida la labor presidencial y cómo esta situación es desagradable y depresiva para los Presidentes; sería una reforma plausible, pedida por todos, la supresión del trámite de primera instancia actual, debiendo interponerse el recurso directamente ante la Dirección General, con lo que se conseguiría, entre otros extremos, ahorro de trámites y de tiempo, dado que cuando se interpone este recurso lo que se trata de obtener, por los interesados o por el Notario autorizante del título, es la doctrina de la Dirección General, hasta el punto que es muy raro el caso de que el recurrente o el Registrador se aquieten con el auto y no lo apelen,

De distinta manera opina CHICO, para quien la intervención del Presidente dignifica y da prestancia y rango jurídico al recurso y le concede esa singularidad que le caracteriza: no ser judicial ni administrativo, sino un *tertius genus*. Suprimir el trámite ante el Presidente no adelantaría nada en orden a la tramitación, dejaría el recurso sin un apoyo jurídico importante donde una mente jurídica aporta su conocimiento y juzga con plena objetividad dentro de sus conocimientos.

Hoy dicha intervención se ha de contemplar necesariamente, en mi opinión, desde la perspectiva constitucional y estatutaria.

2.2. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y EL ARTÍCULO 127.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Establece el citado artículo de la Constitución: «2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.»

La consideración que el nombrado Presidente actúa al resolver el recur-

so en el ejercicio de su jurisdicción normal o de sus atribuciones ordinarias parece ser el punto de partida que ha debido inspirar la redacción de la expresada disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Esta Ley fue promulgada precisamente en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 122.1, que establece que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales...; en consecuencia, la Ley citada regula el poder judicial, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la extensión y límites de la jurisdicción, así como la organización, régimen y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales... El artículo 389.1 de la misma dispone, en relación con el transcrito artículo 127.2 de la Constitución, «que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial». La expresada Ley Orgánica, al contener esta norma y la recogida en su disposición adicional séptima, antes citada, da por supuesto que no existe o no puede existir ninguna contradicción entre ambas. Por otra parte, se puede afirmar que esta posición está en consonancia con alguna de las teorías antes indicadas.

No obstante, en mi opinión, todo ello resulta jurídicamente discutible, según lo expuesto, al estudiar la naturaleza de este recurso. En principio, hay que admitir que la cuestión no puede ser pacífica dada la controvertida naturaleza del recurso. En éste, el auto judicial del Presidente se dicta en relación a un procedimiento ni completa ni propiamente judicial, motivado por la calificación del Registrador que ha sido impugnada y termina normalmente mediante una resolución de la Dirección General de los Registros. Se produce, por consiguiente, según entiendo, un acto judicial, el auto, que repercute, dentro del mismo procedimiento, en la esfera de otra jurisdicción no judicial de carácter decisorio, lo que permite que resulte directamente afectado el auto judicial dictado anteriormente. Es precisamente la interferencia que se produce entre el auto judicial recurrido y la resolución de la Dirección General, revocando, modificando o ratificando el auto apelado, lo que pone de relieve que éste queda, de esta forma, sometido a otra jurisdicción distinta, ajena y preferente en este caso a la judicial.

En resumen, según las diversas y contradictorias opiniones que hemos expuesto en relación a la naturaleza jurídica del recurso gubernativo, o bien el Presidente, al dictar auto judicial, actúa dentro de su jurisdicción 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 respecto al cual se dicta el auto no tiene carácter judicial, pero, de todas maneras, lo que no parece ciertamente discutible es que el auto judicial apelado se supedita a otro órgano público de carácter no judicial: la Dirección General expresada.

En dicho recurso gubernativo la citada revisión, fiscalización y control de una actuación judicial corresponde en la apelación a un órgano de la Administración Pública, y no viceversa, como resulta, según entiendo, del artículo 106.1 de la Constitución.

De hecho, sin duda se ha de afirmar, a pesar de dicha interferencia, que no se produce realmente una lesión de la independencia judicial, y ésta se manifiesta cierta y notoriamente de manera objetiva y autónoma; pero de derecho, por la estructura y finalidades generales y de fondo de la misma Constitución, entiendo que resulta difícil continuar admitiendo el control o revisión del auto judicial por las citadas resoluciones; por consiguiente, por causa de dichas exigencias constitucionales, parece conveniente superar debidamente esta situación de origen reglamentario y preconstitucional mediante la normativa correspondiente.

2.3. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE Y EL ARTÍCULO 117.1, 3 Y 4 DE LA CONSTITUCIÓN

La indicada disposición adicional séptima de la LOPJ establece: «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 de la Comunidad corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma», añadiendo que, en otro caso, o sea cuando no se funde en el Derecho civil privativo de la Comunidad, «su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

Se deduce, por consiguiente, de esta disposición adicional: a) se atribuye, según su tenor literal, a los Presidentes indicados de las Comunidades Autónomas con Derecho civil privativo la decisión de los recursos gubernativos definitivamente o, al contrario, con carácter apelable, según se refieran o no al Derecho civil privativo del territorio de la Comunidad; b) parece se da por supuesto la preexistencia de una regulación básica por ley del recurso gubernativo, y c) se remite, en cuanto a la citada apelación, a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En cuanto a las facultades de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia como formando parte del poder judicial se ha de tener en cuenta, desde un principio, lo establecido en la Constitución. El artículo 117.4 de la misma dice: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente

les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.» En este sentido se pronuncia, siguiendo la Constitución, el artículo 2.2 y asimismo el artículo 160.14 de la LOPJ. La exigencia de la ley formal era ya requerida incluso por la LEC como una imposición normal (cfr. art. 53.1).

El número 3 del artículo 117 citado de la Constitución establece: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

La independencia judicial (art. 117.1 CE) constituye, por otra parte, como sabemos, en todo Estado de Derecho requisito *sine que non* para que los Jueces y Magistrados puedan asumir el deber personal e intransferible de aplicar la norma preestablecida, lo que supone impedir que sus superiores jerárquicos puedan inmiscuirse en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, e impide igualmente que las autoridades políticas y administrativas puedan interferir de cualquier manera aunque sea para ratificar su actuación (cfr. arts. 12, 13 y 14 de la LOPJ). El Juez está sometido únicamente al imperio de la ley, por tanto no debe obediencia a nada ni a nadie, salvo a la ley y, por tanto, no ha de estar controlado por nada ni por nadie, salvo los recursos judiciales en contra de sus decisiones, para que resuelva otro Juez o Tribunal, el mismo asunto y dentro del procedimiento judicial, de manera idéntica o en distinto sentido por no coincidir con el anterior en la interpretación de la ley.

Ahora bien, el principio de exclusividad de juzgar y mandar ejecutar lo juzgado, que corresponde a los Juzgados y Tribunales (núm. 3 del art. 117 de la CE), no es absoluto y, por esto, en las modernas Constituciones se reconoce, como hace el transcrito número 4 del mismo artículo 117, que los Juzgados y Tribunales pueden ejercitar otras funciones distintas que «expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Ante el precepto constitucional parece preciso tener en cuenta: a) que dicho número 4 del artículo 117 se produce por vía de excepción a su número 3 y, por tanto, no ha de interpretarse extensivamente lo que no excluye una adecuada flexibilidad; b) que es necesario que se trate de una atribución expresa y por ley (cfr. también art. 2.2 de la LOPJ), y c) que en la atribución de otras funciones a los Jueces y Tribunales, por aplicación del principio general y esencial de separación de funciones entre los distintos poderes del Estado (cfr. art. 66.2, 97 y 117 de la Constitución), se ha de evitar, en todo lo posible, la intromisión e interferencia de un poder en otro poder. Pero, por otra parte, se ha de tener presente también el principio básico de que la decisión final de toda controversia jurídica, cuando no hay acuerdo o laudo y cuando por no ser materias de libre disposición no puede ser objeto de los mismos, corresponde constitucionalmente a los Jueces y

Tribunales (cfr. arts. 24.1, 106.1, 161 y 162.1 de la Constitución y arts. 1, 2.1.6), 11 y 45.4 y 5 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988).

Son supuestos, entre otros, de atribución mediante ley de funciones no completa ni estrictamente jurisdiccionales o de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los relativos a la jurisdicción voluntaria regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil en el libro III, el proceso electoral, los referentes a las limitaciones de derechos fundamentales (intervención judicial en la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia), etc. En todos ellos hay una atribución por ley formal, y esto es precisamente lo que no ocurría antes de la transcrita disposición adicional séptima, respecto a los recursos gubernativos en contra de la calificación de los Registradores de la Propiedad. La Ley Hipotecaria, a la que se remite la repetida disposición adicional séptima, no se refiere a dicha apelación ni tampoco a ninguno de los trámites del recurso, sino sólo lo hace el Reglamento Hipotecario o en los artículos antes expresados.

Por otra parte, hay toda una serie de preceptos en la Ley Hipotecaria, y por consiguiente con rango de ley, que se refieren al Presidente de la Audiencia Territorial (hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia), pero en ninguno de ellos se encuentra indicación alguna con relación al recurso gubernativo y el nombrado Presidente. Aparte de los artículos 267 y 269, a los que antes he hecho referencia y conciernen a dicho Presidente como inspector permanente de los Registros de su territorio, tenemos los artículos 228, 270, 271 y 288. El primero de éstos determina que si el Registrador se negase a expedir alguna certificación podrá el solicitante acudir en queja al Presidente, y contra su decisión podrá recurrirse a la Dirección General. El segundo y el tercero se refieren a las certificaciones que ha de remitirle el Registrador sobre el estado de su Registro y el otro a la comunicación que ha de enviar al Presidente en caso de ausencias y licencias. Por último, los artículos 100 a 102 establecen que en el caso de que el Registrador dudara de la competencia del Juez o Tribunal que ordenase la cancelación decidirá el Presidente, pero si éste declara la incompetencia se podrá recurrir por los interesados a la Audiencia, o sea, a su Sala de Gobierno (cfr. art. 203 del RH), la que determinará lo que estime justo. Todos los citados preceptos legales no ofrecen ciertamente ningún criterio especial orientativo en relación a la solución de las cuestiones que plantea hoy el recurso gubernativo.

Es preciso referirse, otra vez, a la situación preconstitucional, determinada por la regulación reglamentaria del recurso gubernativo en los indicados artículos 112 a 135 del Reglamento Hipotecario de 1947, la cual ha venido consolidándose durante más de un siglo de aplicación, ya que básicamente arranca del año 1864, lo que lleva en sí una notoria inercia de continuidad.

No obstante, después de promulgada la Constitución, se ha puesto en discusión, como se indicó, por si pudiera oponerse a la estructuración y funcionamiento de su sistema de poderes básicos, la apelación de los autos dictados en dicho recurso por el expresado Presidente ante la citada Dirección General y a cuya apelación se refieren los artículos 121 y 122 del Reglamento Hipotecario; por tanto, lo que se debate es si es admisible que los autos judiciales dichos puedan ser revocados o no por un órgano administrativo, o sea, en este caso, el nombrado Centro Directivo.

Frente a la opinión que dicha apelación resulta opuesta a la Constitución, según ya se indicó en el apartado anterior (2.2), se defiende por todos que se trata, o más exactamente se trataba, de una inexistencia de ley formal que regulase dicha apelación y, por consiguiente, bastaba elevar dicha normativa reglamentaria a la categoría de superior de ley formal para que la cuestión constitucional quedase totalmente resuelta.

Precisamente en esta línea de que se trataba solamente de una cuestión de ley formal, se afirma que actualmente la repetida disposición adicional séptima de la LOPJ ya ha cumplido, aunque sea indirectamente, esta exigencia constitucional, al dar cobertura legal mínima pero suficiente a la expresada apelación. La citada disposición fue establecida al parecer con la finalidad básica de determinar el carácter no apelable de los autos dictados por los Presidentes de los Tribunales Superiores en materias de Derecho foral especial de la respectiva Comunidad, por esto confirmó el carácter apelable de los demás autos en relación al recurso en vía gubernativa cuando éste no se fundamente en Derecho civil foral o especial, y terminaba diciendo, en consecuencia, en otro caso «su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Sin embargo, si se interpreta de manera amplia, no sólo literal sino también de forma sistemática, lo establecido en dicha disposición, como hace el informe del Consejo General del Poder Judicial, al que tendré que referirme seguidamente, se llega a la conclusión que la misma abarca no sólo a los autos dictados por los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de los territorios de las Comunidades con Derecho civil propio, sino también a los autos dictados por todos los demás Presidentes de los Tribunales Superiores siempre que el recurso gubernativo se funde en Derecho civil general o común.

Como se ha dicho, si se acepta esta interpretación y además se opina que la cuestión era meramente de carácter formal, el problema se considera resuelto por los que así piensan. Al contrario, quienes entienden que el sometimiento de cualquier auto judicial, y especialmente los dictados por una autoridad superior del poder judicial, a otro órgano de orden administrativo, aunque a éste le corresponda en él una categoría superior, no resulta admisible por oponerse y no encajar en el funcionamiento del sistema de poderes estructurados por la vigente Constitución (cfr. arts. 97, 106.1, 117.1

y 127.2 de la misma) la cuestión debería, por consiguiente, resolverse también mediante una ley formal, pero que solucionase además los problemas de fondo y regulase debidamente dicho recurso de una manera completa.

El citado informe del Consejo General del Poder Judicial del día 24 de enero de 1990, en relación con la consulta formulada por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid sobre la competencia del mismo para conocer de dicho recurso gubernativo, consideró que «la interpretación literal del texto (de la disposición adicional séptima), complementada por la sistemática del mismo, conduce a superar la impresión primera de referirse sólo a Comunidades cuyo Estatuto contenga previsión al respecto». En efecto, el examen conjunto de sus tres apartados permite considerar que el régimen jurídico de esta competencia se ha generalizado en todas las Comunidades Autónomas, y que lo único que modifica el precepto en cuestión es el régimen de impugnación de la resolución que dicte el Presidente del Tribunal Superior de Justicia. Si el recurso se funda en Derecho civil foral, tal resolución se convierte en definitiva y contra ella sólo es admisible la vía jurisdiccional. En otro caso, «esto es cuando el recurso no se base en Derecho foral, sea en Comunidad Autónoma con previsión estatutaria al respecto, sea sin tal previsión, la resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia tiene una segunda instancia administrativa a través del recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado». Añadiendo, al final, dicho informe, que «de existir sólo esta competencia en los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades en cuyo Estatuto está prevista existiría una diferencia de régimen en unas y otras en modo alguno justificada y, además, faltaría el órgano competente para resolver el recurso en su primera instancia administrativa».

Aunque se admite, lo que parece que no resultará siempre muy fácil, la citada interpretación literal y sistemática de la repetida disposición adicional séptima que se hace en el citado informe sobre la base de las competencias de las Comunidades, 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 a dicho recurso, entre otras razones porque la LOPJ no es el lugar más adecuado para ello, lo que, a mi entender, deberá hacerse, como he indicado, en su día, mirando al futuro y superándose al mismo tiempo esta situación de orígenes preconstitucionales mediante una ley formal promulgada a dichos efectos que dé respuesta adecuada a todas estas cuestiones.

2.4. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
EL RECURSO JURISDICCIONAL CONTRA LA CALIFICACIÓN

Por todo lo que ya queda expuesto, me parece conveniente ahora plantear la cuestión de los posibles recursos en contra de la calificación de los Registradores en materias que no sean las correspondientes a los Derechos civiles propios de las respectivas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos se establece la competencia sobre el mismo, y a los que me referiré en la segunda parte de este estudio.

De manera general son posibles, en teoría como mínimo, dos soluciones alternativas, bien establecer, contra la calificación negativa del Registrador, un recurso solamente ante los Jueces y Tribunales o bien admitir el recurso únicamente en una sola instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y sin perjuicio de que, contra las Resoluciones de este Centro Directivo, se haya de admitir, como después veremos, un recurso judicial por exigencias constitucionales basadas en el necesario control jurisdiccional y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos (arts. 106.1 y 24.1 de la Constitución).

Seguir como ahora, con un recurso gubernativo especial de doble instancia o de carácter mixto ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la primera fase y apelación ante la Dirección en su segunda fase, no parece, en mi opinión, lo más positivo, ya que este sistema no resulta hoy el más adecuado legalmente, según se pretende demostrar en este trabajo.

Si se optase por la vía judicial, se debería hacer una reforma en profundidad en la que se regulara el recurso registral en una primera instancia, que podría residenciarse en la Audiencia Provincial respectiva con posible apelación ante un Tribunal superior. En ambas instancias se trataría de la revocación, modificación o ratificación de la nota del Registrador respecto a la suspensión o denegación de la inscripción de los títulos presentados en el Registro, ya sea con nuevos hechos y pruebas o, al contrario, teniendo sólo en cuenta los documentos calificados. Se produciría, en el primer supuesto, un juicio pleno con citación incluso de todos los posibles interesados y perjudicados por el futuro asiento solicitado. Al contrario, en el último supuesto sólo se juzgaría sobre la legalidad en sí de la calificación negativa con la participación del Registrador y del recurrente. La vía judicial es la seguida en diversos países, como Francia y Alemania. En Francia los interesados pueden recurrir la denegación de la inscripción ante la autoridad judicial, con recurso de apelación e incluso de casación (Decreto de 4 de enero de 1955). En Alemania también los recursos contra la calificación registral los deciden los Tribunales. En alzada decide el Tribunal provincial y en segunda instancia el Tribunal Territorial Superior, pudiendo

en algunos casos, a instancia de éste, intervenir el Tribunal Superior Federal (art. 79 de la Ordenanza Inmobiliaria).

2.5. EL RECURSO GUBERNATIVO EN UNA SOLA INSTANCIA

La solución de la vía completamente judicial parece que resultaría más complicada y ordinariamente más duradera y, por tanto, menos ágil.

Por otra parte, probablemente se perdería, si se siguiera en esta vía judicial la orientación marcada por los citados artículos 100 a 102 de la Ley Hipotecaria y especialmente por el artículo 258 de la misma, la unidad doctrinal en materias de aplicación general común, la cual tiene evidentes ventajas y ha sido merecedora de un indudable prestigio jurídico, alcanzado a través de una experiencia de casi un siglo y medio de jurisprudencia registral de carácter especializado y generalmente fecundo. Se ha de tener en cuenta también, como sabemos, que se puede acudir independientemente a la vía judicial para ventilar y contender sobre la nulidad o validez de los títulos en sí presentados al Registro (art. 66 de la LH). Por todo, y por lo que se dijo antes, tal vez resultaría lo más adecuado establecer un recurso gubernativo con una sola instancia ante el Centro Directivo, con reposición previa ante el mismo Registrador calificador. El recurso se formularía ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, como ocurre actualmente en el recurso gubernativo en contra de la decisión de los Registradores Mercantiles (arts. 56 y 60 del derogado Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 y los arts. 66 a 76 del vigente Reglamento Mercantil de 29 de diciembre de 1989; cfr. también el art. 73 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

A favor de establecer una sola instancia ante la Dirección General en contra de la calificación registral se pronunció gran parte de la doctrina generalmente hipotecaria, por entender que lo más interesante es principalmente conocer la resolución definitiva de la Dirección General sobre el supuesto discutido, ahorrándose de esta manera trámites y consiguiéndose más agilidad.

Lo frecuente desde 1864, en la gran mayoría de los casos, es interponer el recurso de alzada ante la Dirección contra los autos judiciales. Se puede recordar aquí que con anterioridad al Reglamento Hipotecario de 1915 había tres instancias, pues antes de llegar el recurso a la Dirección conocía de él el Juez de Primera Instancia correspondiente antes que el Presidente de la Audiencia.

Asimismo es conveniente indicar que en la Ley Hipotecaria de 1861 el recurso contra la calificación del Registrador era de carácter judicial. El artículo 19 de la misma, en caso de no subsanarse los defectos a satis-

facción del Registrador, establecía que éste les devolviese las mismas escrituras para que recurrieren si quisieren a los Tribunales, y su artículo 66 se refería a la demanda para obtener la inscripción. Sin embargo, ello tampoco no podía impedir el juicio ordinario ante los Tribunales sobre los títulos presentados (art. 36 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861).

Mediante Real Decreto de 17 de marzo de 1864 y debido, según se expresa en ella, a que eran muchas las consultas que por los Regentes de las Audiencias se elevaban al Ministerio acerca de la tramitación que debía seguirse cuando los Registradores denegaban las inscripciones se estableció que por los interesados, después de reclamar gubernativamente contra dichas denegaciones ante el Juez de Primera Instancia y el Regente de la Audiencia, podrían hacerlo ante la Dirección General del Registro de la Propiedad. También se disponía en dicha Orden que si a la publicación de la misma se estaba siguiendo algún juicio entre los interesados y los Registradores sobre la inscripción de documentos calificados como defectuosos, los Registradores debían renunciar a su defensa y acudir a los Regentes, llevándose a efecto la resolución que éstos, o la Dirección General en su caso, dictasen.

Posteriormente la Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 se refirió en su artículo 66 al recurso gubernativo en términos muy parecidos al artículo 66 de la Ley Hipotecaria vigente, y el Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870, en su artículo 57, párrafo 2, se refirió a las tres instancias indicadas, pero el citado Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 suprimió el recurso gubernativo ante el Juez de Primera Instancia, según he indicado, conservándose ante el Presidente de la Audiencia con posible apelación ante la Dirección General, regulándose el mismo en sus artículos 120 a 136, los que son semejantes a la normativa de los artículos 112 a 131 del vigente Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, el que hizo algunas modificaciones de detalle, de acuerdo con las «enseñanzas experimentales» según su exposición de motivos.

2.5.1. *El necesario control constitucional de las actuaciones administrativas por el Poder Judicial, según el artículo 106.1 de la Constitución*

Lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución obliga, como ya indiqué, a examinar otra cuestión en relación a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se dicten en los recursos gubernativos.

Dispone el número 1 del citado artículo 106 de la Constitución: «Los

Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

Si la ley, todas las leyes, obligan a todos, incluso por tanto a la Administración, y si los Tribunales pueden y deben de aplicar todas las leyes, resulta coherente que a éstos les corresponden constitucionalmente poder juzgar los actos de la Administración para pronunciarse, en cada caso, si han actuado o no conforme a lo establecido en las leyes (cfr. arts. 9.1, 24.1 y 103.1 de la Constitución y art. 8 de la LOPJ).

La norma transcrita del artículo 106.1 es general, absoluta e inmediata, pues no se remite a la regulación concreta que podría hacer una ley posterior que viniera a determinar el alcance del precepto constitucional, el cual no establece, ni por consiguiente permite, ninguna excepción; por tanto, toda actuación administrativa, cualquiera que sea, ha de ser controlable por los Tribunales por así ordenarlo la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 de la misma). Se infiere de nuestra Constitución, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la universalidad del control judicial sobre cualquier actuación de la Administración y, por ende, de todos y cada uno de sus actos.

Hay que entender, conforme a lo constitucionalmente establecido, que están derogados por la Constitución todos aquellos preceptos que, con anterioridad a ésta, excluían determinados actos, por razón de la materia, del control de los Tribunales y concretamente de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, entre otros, se ha de considerar derogado el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que excluye de la misma los denominados «actos políticos del Gobierno», cuando precisamente, como sucede con frecuencia, son propiamente actos administrativos, y también hay que entender, ya desde la vigencia de la Constitución, derogado el artículo 40, párrafo b), de esta misma Ley, en cuanto excluía del recurso contencioso-administrativo los actos en ejercicio de la función de la policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, e igualmente los párrafos c), d) y f) del mismo artículo 40, que establece dicha exclusión en cuanto a ascensos, recompensas y sanciones gubernativas a militares y los actos dictados, cualquiera que fuera su materia en relación a una ley que expresamente las excluyera de dicha vía contencioso-administrativa (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981).

Según el artículo 9.4 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. Se

pronuncia este precepto en el sentido que ya estableció el artículo 1.º de la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

Para que un acto se pueda considerar sujeto al Derecho administrativo se requiere, por tanto, que las normas de aplicación sean de Derecho público interno, el cual rige la actuación de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los particulares, personas físicas o jurídicas. Las relaciones jurídicas que nacen de dichos actos están regidas formalmente por los trámites del procedimiento administrativo y sustancialmente en cuanto a su materia por normas públicas de carácter administrativo. No son, en consecuencia, actos administrativos los actos jurídicos que excepcionalmente realiza la Administración conforme al Derecho privado, aunque en relación a ciertos negocios jurídicos privados en que interviene la Administración, ciertos actos denominados separables son en ocasiones de carácter administrativo. Así la venta de un inmueble de propios por un Ayuntamiento es un negocio jurídico regido por el Derecho privado, si bien el acuerdo municipal de venta y la desafección del inmueble son claramente actos administrativos.

Volviendo al recurso gubernativo, contra la calificación del Registrador, y concretamente las Resoluciones que en estos recursos dicte la Dirección General, ¿son o no, deben ser o no, controlables por los Tribunales?

Al examinar anteriormente (cfr. 2.1.2) la naturaleza del recurso gubernativo expusimos las razones y las disposiciones legales que no permiten calificar el recurso gubernativo como un recurso de naturaleza administrativa, ya que ni la calificación del Registrador, ni los asientos registrales ni el citado recurso son actos administrativos y, por consiguiente, no pueden ser objeto del recurso contencioso-administrativo.

No obstante, lo único que es realmente esencial, en relación con lo establecido en el citado artículo 106.1 de la Constitución, es que toda actividad administrativa debe ser ineluctablemente controlable por los Tribunales. Las Resoluciones de la Dirección General son evidentemente, en mi opinión, con respecto a los recursos gubernativos, actividades administrativas y, por consiguiente, su fiscalización por el Poder Judicial es ineludible constitucionalmente.

No es, por el contrario, imprescindible que sea precisamente, como es lo normal, que quien ejerza el control sea la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, sino que se puede encomendar dicha función de control a Tribunales de otro orden en los casos que existiesen razones suficientes para esta atribución. Incluso así lo prevé el artículo 2.º de la LJCA, que dice: «No corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones ... que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social o a otras jurisdicciones.» Esto es lo que realmente sucede en algunos casos en ma-

teria de reforma agraria, por ejemplo, los que no se sustancian ante la jurisdicción económica administrativa, sino hoy ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mediante el recurso llamado de revisión (art. 114.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973 y disposición derogatoria de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral).

Según se afirmó, las Resoluciones de la Dirección General resolviendo los recursos gubernativos son claramente actuaciones administrativas aunque no sean técnica ni legalmente actos administrativos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado es un Organismo inequívocamente administrativo al que se refieren los artículos 259 y siguientes de la Ley Hipotecaria y el artículo 438 y siguientes de su Reglamento. Actualmente el Real Decreto 10/1991, de 11 de enero, modificado en parte por el Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo, regulan la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, que es el órgano, según el apartado uno del artículo 1.º del citado Real Decreto 10/1991, de la Administración Central del Estado, encargado de la ordenación, dirección y ejecución de la política del Gobierno en cuanto afecta a las diversas materias y funciones que le competen conforme al mismo artículo. El artículo 7.º, apartado uno, del mismo Real Decreto, establece que la Dirección General de los Registros y del Notariado es el Centro Directivo encargado de estudiar, proponer y aplicar la política del Departamento en relación a las cuestiones referentes a Derecho privado, a la fe pública notarial y a la materia registral que recaiga directamente sobre el Derecho privado, en los términos establecidos en la legislación vigente, disponiendo el número 6 del apartado dos del mismo artículo que le corresponde la tramitación y, en su caso, resolución de los recursos gubernativos en materia notarial y registral. También se determina en el número 2, modificado, del apartado tres del mismo artículo 7.º que la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles tendrá a su cargo las cuestiones relativas a los sistemas notarial y de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y Especiales ... y le corresponderá, asimismo, la propuesta de resolución de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

No hay suficiente margen, en mi opinión, para dudar que dichas Resoluciones de la Dirección General son realmente, en cuanto a su origen, actuaciones de carácter administrativo por emanar de un órgano evidentemente administrativo y, por consiguiente, han de ser controladas constitucionalmente por los Tribunales civiles.

Antes de concluir este apartado voy a referirme a dos posiciones de signo opuesto, pero contrarias ambas a la última afirmación.

Cuando el Registrador, y también, en su caso, las posteriores Resolucio-

nes deniegan o suspenden el asiento solicitado, lo que hacen propiamente, según aseguran algunos autores, es denegar o suspender un derecho subjetivo público de carácter administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ) dirigido a conseguir la inscripción en el Registro y, por consiguiente, la denegación o suspensión de este derecho público administrativo se debería finalmente ventilar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Entiendo, en contra de esta posición, que los Registros, tanto el de la Propiedad como el Mercantil, si bien no se puede desconocer su carácter público, no son de naturaleza administrativa, ya que son instrumentos de seguridad jurídica inmobiliaria o mercantil de finalidad privada para proteger situaciones jurídicas determinadas, dependiendo la extensión de los asientos en los libros registrales de la aplicación de normas básicamente de Derecho privado, el que comprende el civil, el inmobiliario registral y el mercantil y, por consiguiente, en definitiva, la extensión de los asientos depende de estas normas y no de las de carácter público administrativo. Generalmente, además, una vez ya practicados los asientos, están bajo la salvaguardia de los Tribunales civiles (cfr. art. 1.º, p. 3, art. 40 de la LH, art. 51 de la LEC y art. 9.2 de la LOPJ).

Otra posible posición contraria, aunque opuesta a la última, es la que niega que las Resoluciones de la Dirección constituyan propiamente una actuación de carácter administrativo, ya que se trata de actos de jurisdicción voluntaria no judicial y, por consiguiente, no están comprendidas dentro del campo de influencia del artículo 106.1 de la Constitución. Las citadas Resoluciones son consecuencia necesariamente de una calificación negativa del Registrador y ni éste ni el Registro forman parte de la Administración pública propiamente tal. Los Registros no administrativos, como el de la Propiedad y el Mercantil, se rigen, como dijimos, por la legislación civil básicamente, incluso en cuanto a su ordenación (cfr. art. 149.1 de la Constitución); por tanto, son instituciones de carácter esencialmente civil en garantía de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil de los particulares principalmente, de aquí se deduce que todas las actuaciones e incidencias relacionadas con los indicados Registros no pueden producir actuaciones de carácter administrativo. Por su parte, el Registrador, si bien es un funcionario público (art. 274, p. 2, de la Ley Hipotecaria), no tiene carácter administrativo, no está vinculado a la estructura administrativa y realiza su función y especialmente la calificación de manera autónoma e independiente de la jerarquía burocrática administrativa y la efectúa bajo su propia responsabilidad personal individualizada (arts. 18 y 296 de la Ley Hipotecaria). El Registrador es propiamente un jurista especializado, un profesional del Derecho a quien se le ha encomendado una función pública para que mediante la calificación de los documentos presentados al Registro haga realidad el principio constitucional de legalidad a fin de conseguir el

valor, también constitucional, de la seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución) en el campo inmobiliario y mercantil, bases esenciales en todo país moderno y progresivo. Consecuencia de todo ello, según entienden algunos juristas, es que no puedan derivarse actuaciones administrativas en relación a la calificación de los Registradores ni, por ende, de las Resoluciones de la expresada Dirección General, que no son más que una consecuencia de la calificación del Registrador y constituyen actos de jurisdicción voluntaria no judiciales.

Resultan básicamente admisibles, a mi juicio, los argumentos en que se apoya esta opinión, pero es inadmisibile su conclusión en cuanto pueda presuponer la negación de las evidentes conexiones administrativas y judiciales del recurso gubernativo.

Las Resoluciones indicadas de la Dirección General, por proceder inequívocamente de un órgano administrativo (arts. 259 y 260-3 de la Ley Hipotecaria y arts. 1.º y 7.º del Real Decreto de 11 de enero de 1991), son por su origen actuaciones notoriamente administrativas y, por consiguiente, están bajo el control jurisdiccional conforme impone el artículo 106.1 de la Constitución. Por otra parte, como dijimos anteriormente (apart. 2.1.4), el recurso gubernativo es un procedimiento especial con características propias y con algunos rasgos judiciales y administrativos, produciéndose, por consiguiente, ciertos puntos de conexión con dichos rasgos o elementos, entre ellos, con las citadas actuaciones administrativas configuradas principalmente por las Resoluciones de la Dirección General que ponen fin al recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador.

2.5.2. *El derecho constitucional a la jurisdicción no admite excepciones. El artículo 24.1 de la Constitución y el posible recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General*

El artículo 24.1 de la Constitución establece: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

El transcrito precepto constitucionaliza un derecho fundamental: el derecho a la defensa jurídica, ante los Jueces y Tribunales, de todos los derechos e intereses legítimos. Es el que se denomina derecho a la jurisdicción o al proceso judicial. El libre acceso a los Tribunales se constituye como un derecho inviolable (cfr. art. 10 CE) y que no puede ser negado a nadie.

El derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo de poder acudir a los órganos jurisdiccionales para interponer pretensiones u oponerse a ellas,

dentro de un proceso garantizado y decidido por el propio órgano jurisdiccional. El sujeto obligado por la relación jurídica procesal es el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales, de ahí su carácter general que puede invocar cualquier persona en defensa de cualquier derecho e interés legítimo o que considere legítimo. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 1990, entre otras muchas, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la pretensión deducida y conforme a otra Sentencia del mismo Tribunal de 5 de abril de 1990 dicho derecho fundamental supone el derecho a la jurisdicción y a la obtención de una respuesta fundada en Derecho.

Precisamente el artículo 106.1 de la Constitución, objeto del comentario en el apartado anterior, es una consecuencia específica del derecho general a la jurisdicción recogido en el artículo 24.1 de la misma Constitución, al extender el citado derecho de control de la legalidad a todas las actuaciones administrativas.

Cualquier materia, conforme al artículo 24.1 de la Constitución, de carácter litigioso o simplemente controvertido, o sea, toda pretensión jurídica es suceptible de llevarse y ventilarse entre los Jueces y Tribunales. Al Poder Judicial le corresponde constitucionalmente la decisión última del asunto jurídico planteado, ya que le pertenece la exclusividad o el monopolio de la jurisdicción, salvo si las partes, en materias de su libre disposición conforme a derecho, hubiesen convenido que la cuestión litigiosa se decida mediante arbitraje (cfr. arts. 1.^º, 11, 43 y 53 de la citada Ley de Arbitraje). No se pudo admitir, en materias que son de libre disposición, ninguna excepción al control jurisdiccional, pues cualquiera de ellas produciría indefensión judicial. Por consiguiente, las citadas Resoluciones, dictadas por un órgano público no judicial, en cuanto suspenden o deniegan los asientos registrales solicitados están necesariamente sujetas al control o revisión judicial.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental reforzado por estar directamente protegido, junto con los demás de dicha naturaleza, según establece el artículo 53.2 de la Constitución.

Si ante la calificación negativa del Registrador y ante las Resoluciones de la Dirección denegando o suspendiendo la inscripción solicitada los interesados en el asiento pudiesen siempre acudir a los Tribunales podría afirmarse, aunque de forma inexacta, en mi opinión, que no sería necesaria la impugnación judicial que se postula de las citadas Resoluciones, ya que no se daría propiamente indefensión por falta de acceso a la jurisdicción. Resulta, sin embargo, que esto no es así, ya que dicho acceso directo por las partes no siempre es posible y, sin embargo, actualmente dicha impugnación judicial se debe reconocer en todo caso por exigencias constitucionales.

No es suficiente, como establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, que los interesados puedan ventilar y contender entre sí, ante los Tribunales, acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos presentados al Registro. Tampoco es suficiente que los interesados puedan, por ejemplo, contender en juicio sobre quién es el titular cierto del derecho real que se pretende inscribir o sobre quién ostenta la preferencia entre derechos que no se excluyen entre sí. En otros supuestos, el proceso no resultará posible por falta de capacidad y legitimación procesal pasiva. 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, por aplicación de las normas de carácter imperativo referentes a los llamados principios hipotecarios, a los requisitos legales de los asientos o a los procedimientos registrales, todo lo que constituye una de las finalidades básicas del Registro, no se da siempre, en estos casos, la necesaria legitimación pasiva, y por tanto el proceso judicial entre las hipotéticas partes no resulta posible (cfr. arts. 497, 524 y 533, entre otros, de la LEC), sin que puedan ser sustituidas procesalmente ni por sus representantes legales que no existen, ni por el Ministerio Fiscal. A éste no le corresponde representar dichos terceros futuros y desconocidos. Legalmente no es posible (cfr. art. 435.1 y 2 de la LOPJ y arts. 1.^º4.6 y 7, 4.^º6 y 8.^º1 de su Estatuto orgánico de 30 de diciembre de 1981) y prácticamente no parece sería viable. En cambio, el Ministerio Fiscal puede ser demandado o demandante en los procesos relativos al estado civil (cfr. art. 3.^º6 del citado Estatuto y art. 92 de la Ley del Registro Civil).

Como es sabido, cuando no se ha podido determinar los datos para identificar las personas contra las que se quiera proponer la demanda (cfr. arts. 524 y 497 de la LEC) se puede dirigir la misma contra personas desconocidas pero determinables, a las que necesariamente se les ha de llamar y emplazar por medio de edictos (cfr. arts. 528 y 777 de la LEC). Por ejemplo, los ignorados herederos de N. o los derechohabientes desconocidos del anterior propietario de un inmueble. Se trata bien de personas identificadas pero de domicilio desconocido o de personas no identificadas pero identificables *per relationem*. Pero esto no puede ocurrir respecto de terceros hipotecarios cuando son abstractos, indeterminados, no personalizados o terceros futuros e inciertos a los que no resulta posible emplazar en forma (cfr. arts. 271, 525 a 528 de la LEC) y, por tanto, el proceso no resulta así posible. Unicamente si las partes son determinadas o determinables, al presentarse la demanda, puede existir litispendencia entre ellas y saberse a quién puede alcanzar la cosa juzgada (cfr. art. 1.252 del Código Civil), pues tan sólo las partes procesales están vinculadas desde un principio a la sentencia que se dicte.

Resulta, por otra parte, que en las sentencias como las referentes a la validez o nulidad de los títulos (art. 66 de la LH) no se declara, ya que no constituye esto objeto del proceso, si los títulos son o no inscribibles en el Registro. No obstante, esto, en conexión o con independencia de dichas sentencias, es lo que precisamente puede interesar legalmente al titular, especialmente cuando se le deniegue la inscripción por el Registrador y por las Resoluciones de la Dirección General, lo que además puede ocurrir por exigencias legales que no guarden relación alguna con la validez o nulidad de los títulos presentados. Es decir, la denegación de la inscripción puede ser totalmente independiente de la nulidad o validez de los títulos. No se puede presuponer la existencia de una contienda entre las partes por el solo hecho de denegarse la inscripción de los títulos o de los asientos solicitados.

Hoy, en base del repetido artículo 24.1 de la Constitución y en virtud del expresado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que corresponde a toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, éstas pueden actualmente, sin más requisitos, en mi opinión, postular de los Tribunales una respuesta concreta sobre la denegación o suspensión de los asientos. El procedimiento, si como me parece probable no se admitiera por vía directa, sería: primero [cfr. arts. 53.2 y 162.1.b) de la CE, arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, arts. 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y arts. 7.2 y 11.3 de la LOPJ] pedir la declaración de poder solicitar judicialmente la revisión de la denegación del asiento acordada por el Centro Directivo, y segundo, promover el juicio declarativo ordinario, impugnando las citadas Resoluciones negativas y solicitar la inscripción de los títulos. Por todo ello, opino que se impone, sin dilaciones, admitir y regular un adecuado procedimiento judicial que sea el cauce normal para verificar de manera apropiada dicha impugnación (cfr. arts. 6 y 11 de la Ley 62/1978 y art. 44 de la Ley 2/1979, antes citadas).

El posible procedimiento judicial de impugnación de dichas Resoluciones constituiría, en mi opinión en sentido sustantivo, un verdadero recurso judicial. Esta denominación ha sido utilizada de manera impropia y así lo asevera la doctrina actualmente, con referencia al proceso ordinario, al que se refiere el artículo 66 de la LH cuando en él se ventila y promueve contienda entre las partes ante los Tribunales acerca de la nulidad o validez del título calificado, pues en dicho proceso no se discute ni sobre la calificación registral ni por consiguiente sobre la Resolución correspondiente y, por tanto, ni la Dirección ni tampoco el Registrador son ni pueden ser parte en dicho juicio declarativo ordinario, por lo que los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento en el caso, como dice el artículo 132 del Reglamento Hipotecario, de que en tales pleitos fuese demandado dicho funcionario. No obstante, hay que admitir lógicamente que la sentencia que

se dicte en dichos procesos puede influir indirectamente sobre la calificación efectuada. Si el Registrador basó ésta en la nulidad del título y la sentencia declara su validez deberá rectificar su calificación y admitir la inscripción del título (cfr. párrafo 2.º del art. 101 del RH) si no existen otros defectos de naturaleza distinta que legalmente lo impidan.

Por otra parte, si el Juez o Tribunal apremiase al Registrador para la práctica de cualquier asiento al conocer aquéllos algún negocio civil o criminal, el Registrador deberá acudir en queja al Presidente de la Audiencia respectiva (cfr. art. 136 del RH). Contra la resolución de éste podrá apelarse ante el Ministro de Justicia, que resolverá a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Parece admisible defender que contra la resolución del Ministro debería poderse interponer por las partes del proceso civil recurso judicial como el que se propugna en relación con las citadas Resoluciones del Centro Directivo.

No obstante todo lo indicado, conviene, por último, señalar que con posterioridad a la vigencia de la Constitución se ha reafirmado, a mi juicio de manera inexacta, que debido a la impenetrabilidad propia de toda jurisdicción, a la que se refiere CAMY, ningún procedimiento judicial puede determinar si procede o no practicar el asiento denegado o suspendido, sino sólo declarar si es válido o no el título en base al cual se ha de extender, en su caso, el asiento. En análoga línea, también se ha asegurado, por LACRUZ, que existe una zona de poder «en garantía de los derechos», zona que no puede implicarse propiamente ni en la Administración ni en la Jurisdicción.

Después de más de diez años de vigencia de la Constitución resulta suficientemente claro, en mi opinión, que no se puede admitir de forma radical ni una impenetrabilidad de jurisdicciones ni tampoco la existencia de zonas exentas que impidan el control judicial de las actuaciones administrativas ni el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los intereses legítimos [arts. 106.1, 24.1 y 162.1.5) de la Constitución], lo que ciertamente compele a un cambio en la estructura de dichos recursos en el sentido expresado.

En definitiva, se propugna un cambio significativo en materia de recursos registrales pero de alcance bien determinado, ya que sólo se trata en el fondo de lo siguiente: si las Resoluciones del Centro Directivo pueden determinar que se proceda por el Registrador a practicar la inscripción denegada suspendida (cfr. párrafo tercero del art. 126 del Reglamento Hipotecario), también puede establecerse legalmente y así se ha de hacer, según he entendido, por exigencias constitucionales, que las sentencias que revocan, en caso de interponerse el posible recurso judicial, dichas Resoluciones puedan ordenar la práctica de los asientos correspondientes.

No puede presuponer todo esto una alteración de la función registral

normal por causa de dicha intervención de los Tribunales, sino simplemente la extensión de los asientos pertinentes en cumplimiento de la sentencia cuando se haya interpuesto recurso judicial contra las citadas Resoluciones y en el supuesto de que éstas no sean confirmadas, sino revocadas o modificadas.

Esto se ha de cumplir, sin perjuicio de que el Registrador no alegue otros defectos no comprendidos en su calificación recurrida, si bien en este caso, como dispone el artículo 127 del vigente Reglamento Hipotecario, deberá ser corregido disciplinariamente según las circunstancias del caso. Las cuales no concurren cuando han aparecido nuevos obstáculos registrales, muy probables, si no se prorrogó el asiento de presentación o no se solicitó pidiendo anotación preventiva o cuando, por ejemplo, sea distinto el Registrador que calificó al que ha de extender los asientos y éste aprecie la existencia de otros defectos que a su juicio impiden practicar el asiento.

Por otra parte, creo que sería aventurado y un ejercicio de profetismo jurídico tratar de adivinar las líneas que marcarán o reforzarán las sentencias resolviendo estos recursos. No me atrevo a hacerlo. Pienso que gozarán de parecido nivel general, que a través del tiempo ha conseguido la doctrina procedente de las Resoluciones del Centro Directivo y reforzarán también el Registro como institución cada vez más necesaria en la sociedad actual para la defensa de la seguridad jurídica inmobiliaria y mercantil.

2.5.3. *Algunas características procesales del posible recurso*

Me refiero a continuación al tratar del posible recurso judicial contra las Resoluciones denegatorias o suspensivas de los asientos, a la jurisdicción o jurisdicciones competentes, a los órganos jurisdiccionales ante los que se podría recurrir, a la legitimación activa y pasiva, a los trámites esenciales del procedimiento y a los efectos y costas de las sentencias que se dicten.

2.5.3.1. La jurisdicción del orden civil es la competente, en todo caso, para conocer el recurso

Tanto el Registrador al calificar como la Dirección General al dictar la Resolución deciden sobre materias de Derecho principalmente de carácter civil, hipotecario o mercantil y, por tanto, aplican el Derecho objetivo privado y determinan si hay que extender, denegar o suspender el asiento solicitado, que se referirá a situaciones mercantiles o al dominio y demás derechos reales inmobiliarios civiles de los particulares normalmente. Por tanto, es lógico que la jurisdicción competente ante la cual se debería

interponer dicho recurso en contra de las citadas Resoluciones fuese normalmente la jurisdicción civil (cfr. art. 51 de la LEC y art. 92 de la LOPJ).

En algunos supuestos, que dentro de una economía de mercado son realmente los menos numerosos sin duda y es de esperar que a pesar de la creciente intervención y planificación pública continúen siéndolo, la materia de la calificación y de las Resoluciones es, por excepción, de carácter público, principalmente de naturaleza administrativa y están regidos en parte por el Derecho administrativo y los asientos solicitados se pueden referir a entidades públicas o a derechos reales inmobiliarios administrativos.

No obstante, incluso en estos supuestos las relaciones jurídicas objeto de la calificación y de las Resoluciones tienen no sólo aspectos de naturaleza pública administrativa, sino de carácter privado civil, hipotecario o mercantil, como en el caso a que me referí de la venta de un inmueble por un Ayuntamiento. Sin embargo, hay que reconocer que otros supuestos, aún más limitados, se rigen exclusivamente por el Derecho administrativo, al menos en cuanto al aspecto controvertido. En estos casos la jurisdicción que se puede considerar la más adecuada es, en principio, la de orden contencioso-administrativa.

A pesar de ello, resultaría coherente, en mi opinión, que interviniese igualmente la jurisdicción civil. Si es únicamente el Registrador, en todo caso, el que ha de hacer la calificación y únicamente la Dirección General que ha de resolver, incluso en los supuestos que el aspecto discutido sea regido exclusivamente por el Derecho administrativo, también parece lógico que sea únicamente la jurisdicción civil la que resuelva todos los supuestos planteados. En esta línea precisamente se cuenta, en cierto sentido, con un precedente histórico constituido por la Ley derogada del Parlamento de Cataluña de 10 de marzo de 1934 relativa al Tribunal de Casación de la Generalidad catalana, que establecía que en la Sala Civil de dicho Tribunal de Casación funcionase una Sección de recursos gubernativos que conocía en última instancia los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que pudiesen motivar inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta Sección de recursos era la única competente para resolver las apelaciones contra las resoluciones del Presidente de la Audiencia del territorio de Cataluña en dichos recursos sobre la calificación de los citados documentos (cfr. arts. 23, 25 y 37 de dicha Ley derogada). Por consiguiente, la citada Sección de recursos gubernativos de la Sala de lo Civil tenía competencia cuando se trataba de documentos referentes al Derecho privativo catalán, el cual comprendía no sólo la materia civil cuando su competencia exclusiva era atribuida a la Generalidad, sino también la materia administrativa en la parte que la competencia exclusiva para legislar era atribuida también a la Generalidad (cfr. arts. 21.2.⁹ y 22.1 de dicha Ley).

No obstante, frente a dicho antecedente meramente histórico se puede objetar fácilmente que las normas vigentes determinan que la competencia en estas materias corresponde solamente a los Tribunales del orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ). Sin embargo, en mi opinión, y sin perjuicio, en su caso, de los efectos que las sentencias firmes de los Tribunales de este orden pueden legalmente producir en el Registro de la Propiedad en cuanto a la inscripción o cancelación de los asientos relativos a los títulos y derechos de carácter administrativo, en los posibles recursos judiciales contra dichas resoluciones, a que ahora exclusivamente me refiero, se discutiría únicamente sobre pretensiones en las cuales la Administración Pública no interviene como tal de una manera directa en defensa de los intereses generales y con los cuales se identifica, sino que aquí las pretensiones, en todo caso, van dirigidas a que se extienda el asiento solicitado por el interesado y recurrente en igualdad de trato con los particulares y desprovisto de *imperium*, y además si no se deniega por el Tribunal, una vez que sea practicado, el asiento estará bajo la salvaguardia directa y general de los Tribunales del orden civil (cfr. arts. 1, p. 3, 40, 79, 82 y 219 de la LH). Por consiguiente, parece que deberían intervenir también en este supuesto los Tribunales del orden civil.

2.5.3.2. Organos jurisdiccionales ante los que debería residenciarse el recurso

Como la Dirección General de los Registros y del Notariado comprende todo el territorio español en materia de recursos contra la calificación registral, que no corresponda exclusivamente a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma por versar sobre materias de Derecho civil propio, y considerando además que es muy conveniente conservar la citada unidad doctrinal en materias de Derecho civil general hipotecario y mercantil, parece adecuado que el órgano competente fuese el Tribunal Supremo, a pesar de ser éste un órgano básicamente de casación o, en su defecto, la Audiencia Nacional, a pesar de no ser ésta competente en materias de Derecho privado (cfr. arts. 56 y 64 de la LOPJ).

En el supuesto que se entendiese, por causas diversas, que el órgano competente no fuese ninguno de los citados con jurisdicción en toda España, entiendo que debería serlo el Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad. Si éste ya lo es, según se puede deducir de los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, y así se establece expresamente en la indicada disposición adicional séptima de la LOPJ, cuando el Presidente del Tribunal Superior de Justicia resuelve

incluso definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funda en Derecho civil privativo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que a ningún otro Tribunal de la Comunidad inferior al dicho se le reconozca tal atribución, lo contrario resultaría discriminatorio y, por consiguiente, inadmisibile. Ciertamente, en ninguno de los Estatutos en que se verifica dicha atribución se reconoce expresamente la misma directamente en favor del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, pues sólo se dispone que la competencia corresponde genéricamente a los órganos jurisdiccionales del territorio de la Comunidad. No obstante, cuando se establece una única instancia resultá lógico que corresponda la misma directamente a los Tribunales Superiores de Justicia, por ser este Tribunal el órgano jurisdiccional en el cual culmina la organización judicial de su respectivo ámbito territorial y ante el que se han de agotar las sucesivas instancias procesales [cfr. art. 20.1 del Estatuto catalán, art. 34 del País Vasco, 48 y 49.1.e) de las Islas Baleares, etc.].

2.5.3.3. La legitimación activa y pasiva en este proceso

Es ciertamente importante determinar quién puede ser parte activa y pasiva como en todo proceso concreto y particular. La legitimación y el interés directo o legítimo, conceptos ambos muy controvertidos, son los elementos instrumentales que permiten intentar una respuesta lo más adecuada posible a esta cuestión. En principio, la legitimación activa viene determinada por razón de la conexión del sujeto con la relación jurídica material o el derecho objeto del proceso o del nexo necesario que se tiene o invoca en él (cfr. arts. 503.2, 504 y 533.2 de la LEC y arts. 28, 41, 42, 43 y 83 de la LRJCA) y a cuyos derechos o relaciones se refiere directa o indirectamente la calificación negativa del Registrador. Lo que se discute, como sabemos, es la posibilidad de practicar inscripción o el derecho a inscribir los títulos en el Registro, los cuales se refieren a los derechos, relaciones o situaciones susceptibles o no de dar lugar a los asientos solicitados en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. Por tanto, en mi opinión, están legitimados activamente los que han interpuesto el recurso gubernativo y también las otras personas que tuvieran intereses legítimos, o sea, con palabras del número 1.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, con referencia al recurso gubernativo, la persona, individual o jurídica (ya sea privada o pública), a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto y por quien ostente la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto y por extensión (n. 2 de dicho artículo) también el Fiscal de la respectiva Audiencia, cuando

se trata de documentos judiciales, pero solamente en los asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes. No estarían legitimados, en mi opinión, ni el Notario autorizante del título ni tampoco el Registrador que ha calificado los títulos presentados, los cuales pueden interponer el recurso gubernativo si se trata del primero o recurrir ambos actualmente al auto judicial del Presidente (cfr. arts. 112.3.º y 121 del Reglamento Hipotecario y asimismo los arts. 70 y 71 del RRM). Su interés de carácter profesional, doctrinal e incluso económico han recibido una respuesta jurídica que debe considerarse suficiente, aunque puedan entender que no es satisfactoria, a través de la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, por otra parte, es su superior jerárquico en sentido disciplinario y organizativo, sin perjuicio de la independencia e imparcialidad de sus funciones (cfr. arts. 259, 260.3.º y 6.º de la Ley Hipotecaria y 307 y 308 del Reglamento Notarial); por consiguiente, no resulta apropiado, a mi juicio, que litiguen estos funcionarios ante los Tribunales cuestiones referentes a la autorización e inscripción de los títulos en contra de lo ya declarado en la Resolución por el Centro Directivo [cfr. arts. 126, 127 y 130 del RH y art. 28.4.a) de la LRJCA por analogía]. Por otro lado, tampoco pueden ser parte legitimada activamente dichos funcionarios al no ser titulares del derecho o de la situación jurídica registrable como es evidente, pues no se da la relación sujeto-objeto en que consiste la legitimación activa.

Entiendo también que es dudoso si el Colegio de Registradores y los Colegios de Notarios o sus respectivas Asociaciones deban estar legitimados como parte activa para promover dicho proceso y velar por sus intereses profesionales o económicos en base del artículo 32 de la LRJCA, pues los Colegios están supeditados a la Dirección General expresada y reglamentados sus Estatutos por la misma, a diferencia de otros Colegios profesionales (cfr. arts. 295 de la LH, 560 a 563 de su Reglamento y arts. 307, 308 y 314 del R. Notarial). No obstante, su legitimación resulta posible en base del citado artículo 32 de la LRJCA. No se puede admitir una barrera insuperable cuando lo que hoy se postula es la libertad de acceso sin trabas al proceso para la tutela de los intereses legítimos (cfr. art. 24.1 de la CE).

Por último, parece admisible este procedimiento judicial a efectos exclusivamente doctrinales cuando se hubiera inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos declarados en la Resolución que se quiera impugnar, como lo acepta respecto al recurso gubernativo el párrafo último del artículo 112 del RH y con limitaciones el artículo 76.2 del RRM. Los Colegios o Asociaciones antes indicados deberían estar expresamente legitimados para ello.

El recurso, a efectos exclusivamente doctrinales del citado artículo 112 del RH, tiene un precedente procesal de evidente analogía en el artículo

1.783, hoy artículo 1.718 de la LEC. El artículo 101 de la LRJCA se refiere igualmente al recurso extraordinario en interés únicamente de la ley.

La legitimación pasiva recaerá en la Administración y concretamente en la Dirección General correspondiente, representada y defendida por el Letrado del Estado elegido adscrito a la misma (cfr. art. 34.1 de la LRJCA). También debería poder actuar como parte demandada, con el carácter de coadyuvante de la Administración, la persona que tuviese interés legítimo en el mantenimiento de la Resolución impugnada (cfr. art. 30.1 de la misma Ley).

2.5.3.4. Los trámites del procedimiento

Se trataría de un verdadero proceso judicial si bien más simplificado que el juicio declarativo ordinario, del que le separa su carácter de proceso impugnatorio resultante de la existencia de una actuación previa representada por las Resoluciones indicadas de la Dirección General de referencia relativas a la denegación o suspensión de unos asientos, lo que constituye el objeto del proceso.

El procedimiento se iniciará por un escrito del recurrente ante el Tribunal competente y concretamente, según lo indicado, ante su Sección de recursos gubernativos, en el que se solicitará que se tenga por interpuesto el recurso (cfr. art. 57.1 de la LRJCA) y se acompañarán los documentos que acrediten la representación del compareciente, así como los que acrediten la legitimación del actor. El plazo para interponer el recurso debería ser breve, uno o dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio (cfr. art. 58 de la Ley citada y, por analogía, art. 69 del Reglamento del Registro Mercantil). En el supuesto que se recurriera en el plazo que se determine y se hubiese recurrido contra la calificación del título hecha por el Registrador durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva en su caso, la prórroga deberá mantenerse hasta la resolución judicial del recurso (cfr. art. 66, párrafo último, y art. 436, párrafo último, de la Ley Hipotecaria y su Reglamento). El Tribunal, admitido el recurso, reclamará el expediente a la Dirección General relativo a la Resolución contra la que se recurre, con lo cual se entenderá aquella emplazada (cfr. arts. 61 y 63 de la LRJCA). La demanda, en vista del expediente, se deducirá en un plazo breve de treinta días a quince días (cfr. arts. 67 de la Ley citada y art. 121 y art. 71 del Reglamento Hipotecario y del Reglamento del Registro Mercantil). La contestación se practicará también por la parte demandada en el mismo plazo. Los otros trámites del proceso deberán regularse con detalle en base principalmente a la Ley y Reglamentos citados. Para terminar este apartado falta señalar como mí-

nimo dos cuestiones brevemente. La sentencia debería dictarse en un plazo corto, por ejemplo cuatro meses desde la contestación de la demanda (cfr., por analogía, el art. 72 del Reglamento del Registro Mercantil). La solución de los problemas debatidos no conviene se dilate mucho tiempo por múltiples motivos, como es obvio.

La otra cuestión de gran trascendencia es la relativa de si se pueden o no proponerse, por las partes, nuevas pruebas y nuevos hechos distintos de lo que ya lo han sido acreditados documentalmente en la calificación y en la Resolución.

Si se entiende que este proceso viene a ser como una instancia judicial revisora de dichas Resoluciones, en las que ya se han fijado los hechos y la cuestión de derecho controvertida, no deben admitirse nuevas pruebas sobre otros hechos y documentos (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario y art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio de que el órgano judicial pueda ordenar, para mejor proveer, que se unan al proceso los informes y documentos que puedan contribuir a un mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas (cfr. art. 124 del RH y art. 71.2 del RRM).

En la citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se puede pedir el recibimiento de prueba sobre hechos, pero sólo se admitirá cuando exista disconformidad sobre los mismos y además éstos fueran de indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito (art. 74.3 de la Ley citada). En estos procesos no hay que presentar una reconstitución completa de los hechos antejudiciales, dice CORDERO TORRES, como en el proceso civil ordinario. Hay que partir de una base insoslayable, la del expediente origen del acto impugnado, completándolo cuando sea preciso. Puede ser muy útil, para mejor proveer, pedir, como se ha dicho, los informes y documentos que se precisen.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que la utilización de pruebas no tiene en el proceso carácter ilimitado ni es un derecho absoluto incondicionado (Sentencias de 15 de marzo y 15 de febrero de 1990).

2.5.3.5. Efectos de las sentencias

El fallo de la sentencia se referirá necesariamente a si se ha de extender el asiento solicitado o si se deniega o suspende el mismo como consecuencia de que los títulos calificados de que se trata reúnen o no los requisitos exigidos por la Ley para ingresar en el Registro y obtener la protección del mismo.

Si se declara que procede extender el asiento, por no adolecer el título de defecto alguno y no existir obstáculos en los libros del Registro, el

Registrador deberá extenderlo con la presentación de los documentos correspondientes, a no ser que alegue otros defectos no comprendidos en la calificación recurrida, si bien en tal supuesto podría ser sancionado (cfr. art. 126, p. 3, y 127 del Reglamento Hipotecario).

El asiento practicado, como consecuencia directa de la sentencia, estará también bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá, por tanto, todos sus efectos, al menos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria (cfr. arts. 1.º, p. 3, y 40 de la LH).

La citada sentencia normalmente no producirá los efectos de cosa juzgada material por no reunir, en cuanto a otro juicio, las tres identidades referentes a los sujetos, al objeto y a los hechos y su valoración jurídica (cfr. art. 1.252 del Código Civil).

2.5.3.6. Las costas del proceso

Por último voy a referirme al pago de las costas de las citadas sentencias y si hay que imponerlas o no a cargo de una de las partes. En la práctica dichas sentencias, si se acepta el sistema expresado, o sea, primero recurso gubernativo contra la calificación negativa, y segundo, posterior y posible impugnación judicial contra la Resolución, aquéllas equivaldrían de hecho a una segunda instancia, aunque en realidad se trate de un proceso judicial de instancia única. No obstante, como es de suponer que se interpondrá demanda en la generalidad de los casos contra las Resoluciones adversas al demandante, sucederá lo que ahora ocurre normalmente en cuanto a los autos que se dictan en los recursos gubernativos por los Presidentes, los que en general son apelados por los recurrentes o por el Registrador si no se admiten sus alegaciones o se revoca la calificación. Precisamente estas apelaciones ante la Dirección no han sido criticadas, sino, al contrario, vistas como normales en general y, por otra parte, han posibilitado la llamada y en general plausible jurisprudencia registral.

Resultados parecidos se podrían conseguir también en esta instancia judicial, siempre que las Secciones de recursos gubernativos de los respectivos Tribunales actuasen, como es de esperar, con la debida eficacia y especialización, lo que es deseable y previsible contando con el debido tiempo. Por otra parte, se podrían evitar las actuales discrepancias, no numerosas pero sorprendentes y no deseables, entre la doctrina registral y la jurisprudencia civil. Contradicciones que de esta forma probablemente disminuirían, si bien no serían imposibles, ya que la óptica jurídica a veces resulta diversa desde el ángulo meramente civil que desde un ángulo a la vez civil y registral. No obstante, generalmente las posibles distintas perspectivas en el fondo son sólo aparentemente contradictorias.

Si se considerase conveniente limitar estos procesos judiciales se podría establecer el sistema de costas por vencimiento, imponiéndolas al demandante cuando la sentencia fuese confirmatoria en su totalidad de la resolución impugnada, conforme al sistema general establecido por el vigente artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alteró el antiguo régimen tradicional de compensación de costas que la jurisprudencia afirmó sobre el artículo 1.902 del Código Civil. Sin embargo, como la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sigue aún el citado sistema tradicional de no imponer una especial condena en costas, sino sólo en el supuesto que la acción o el recurso se hubiese interpuesto con temeridad o mala fe (cfr. art. 131.1 de la citada Ley), igual sistema se debería seguir en este proceso civil contra las citadas Resoluciones, pues si bien hay diferencias con los procesos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como ya se ha indicado, también existen sin duda ciertas semejanzas, especialmente en cuanto que en ambos casos se trata de la impugnación de actuaciones administrativas o procedente de la Administración y no se pueda admitir jurídicamente que resulte más costoso por sistema un proceso que otro al menos mientras no se cambie el criterio, adhiriéndose al establecido ahora por el citado artículo 523 de la LEC.

2.6. CONCLUSIONES

De esta primera parte del estudio se pueden deducir y mantener, en mi opinión, las siguientes conclusiones:

- a) La intervención en el recurso gubernativo de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, basada principalmente en el Reglamento Hipotecario, no parece hoy admisible en cuanto somete los autos que dictan, en materias de aplicación general a todo el territorio español, a la jurisdicción ajena y preferente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, distinta de la judicial.
- b) Aun admitiendo, como se entiende en el citado informe del Consejo General del Poder Judicial, que la disposición adicional séptima de la LOPJ se refiera, cuando el recurso se basa en el Derecho civil común o general, a los autos apelables que dicten los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de cualquiera de las Comunidades existentes, en realidad lo que hoy parece más necesario es que, superándose la actual situación en gran parte preconstitucional, se dicte una ley para intentar resolver adecuadamente las distintas cuestiones indicadas y que hoy afectan decisivamente a dichos recursos en contra de la calificación de los Registradores.

- c) Establecer un nuevo y único recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de carácter judicial ante la Audiencia Provincial correspondiente con apelación ante otro Tribunal de ámbito estatal o, si no se considerase factible, de ámbito autonómico, que en este caso debería ser el Tribunal Superior de Justicia respectivo.
- d) El recurso gubernativo de una sola instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materias de aplicación general, parece adecuado por los motivos antes expresados y, además, porque es el sistema ya seguido y experimentado con general aceptación en los recursos contra la calificación de los Registradores Mercantiles.
- e) Las Resoluciones de la Dirección General resolviendo dichos recursos están sujetas constitucionalmente al control de los Tribunales y a su posible revisión por exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en aplicación del artículo 106.1, y especialmente el artículo 24.1 de la Constitución.
- f) El órgano judicial más adecuado para resolver dicho recurso judicial parece ser el Tribunal Supremo o, en su defecto, la Audiencia Nacional, o si tampoco se admite, el Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad mediante en cada caso una Sección de recursos gubernativos de las Salas de lo Civil. Lógicamente estas tres últimas conclusiones a que se refieren las letras d), e) y f) serían viables sólo si no se prefiriese lo indicado en la conclusión e).

3. LA CUESTION ESTATUTARIA

3.1. ESTRUCTURACIÓN ESTATUTARIA DEL RECURSO

El otro tema básico en relación a dicho recurso, en contra de la calificación del Registrador, se presenta en las Comunidades con Derecho civil propio, ya que sus respectivos Estatutos de autonomía establecen que la competencia de los órganos judiciales de su territorio ha de abarcar también estos recursos.

Se trata de una consecuencia directa de la competencia exclusiva que tienen las mismas Autonomías sobre la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio y de que su Tribunal Superior respectivo conoce incluso los recursos de casación y a veces de revisión en esta materia [cfr. art. 73.1.a) y b) de la LOPJ].

La organización y funcionamiento de estos Tribunales Superiores permite, entre otros fines, asegurar una interpretación e integración sistemática del propio ordenamiento comunitario para lograr la debida protección y eficacia de su Derecho privativo.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña dice en su artículo 20.1.e): «La competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende: ... A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban tener aceso a los Registros de la Propiedad.»

De manera parecida se pronuncian los demás Estatutos de las otras Comunidades con Derecho civil propio [cfr. art. 14.1.e) del País Vasco; art. 22.1.e) de Galicia; art. 29. 1.e) de Aragón; art. 49.1.e) de las Islas Baleares, y art. 61.1.e) de Navarra].

Por otra parte, como es sabido, una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente pueden ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes (art. 152.2 de la Constitución).

Es conveniente volver a referirnos en este punto a la indicada disposición adicional séptima de la LOPJ de 1 de julio de 1985, que dice, prescindiendo de su inciso final, el cual ya he comentado: «Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de los títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad...»

Entiendo que esta disposición adicional, como ya dije al principio, no puede resolver adecuada y definitivamente los problemas que plantean los recursos contra la calificación registral. Por las mismas razones constitucionales y concretamente por exigencias de los artículos 106.1 y 24.1 de la Constitución, según se entendió anteriormente, parece que los autos en vía gubernativa dicten los nombrados Presidentes deberían, en principio, ser también objeto de recurso judicial. Pero, por otra parte, según también se indicó, los citados Presidentes no deberían intervenir en el futuro en estos procedimientos por tratarse de intervenciones en procedimientos no estrictamente judiciales.

En Cataluña se cuenta, en este punto precisamente, con un interesante precedente legislativo histórico que me parece de interés exponer seguidamente. Me refiero a la citada Ley derogada del Parlamento catalán de 10 de marzo de 1934, de creación del Tribunal de Casación de Cataluña. La Sala Civil del Tribunal de Casación debía conocer, según el artículo 21 de la misma Ley, de los recursos de casación por infracción de ley o doctrina

legal y de las formas esenciales del juicio en materia civil cuando la legislación exclusiva de la misma fuese atribuida a la Generalidad. Por otra parte, se establecía en el artículo 23 que en la Sala Civil del Tribunal de Casación funcionaría una Sección de recursos gubernativos para conocer, en última instancia, de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que puedan motivar inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 11, párrafo 5.º, del EA de 1932). Disponiendo el artículo 23, párrafo 2, de la Ley que la Sección de recursos gubernativos podía actuar con tres Magistrados y el artículo 37 decía que dicha Sección era la única competente para resolver las apelaciones contra las resoluciones del Presidente de la Audiencia del territorio de Cataluña en recursos sobre calificación de dichos documentos referentes al Derecho privativo catalán.

Se desprende de ello: *a)* que el Presidente de la Audiencia Territorial debía resolver primero el recurso, en vía gubernativa, contra la calificación realizada por el Registrador, ya que dicha Audiencia no estaba integrada, como hoy, en el Tribunal Superior, el que ha sustituido en cierto sentido al antiguo Tribunal de Casación. Por tanto, era coherente que la resolución del Presidente de la Audiencia Territorial sobre la calificación de dichos documentos fuese apelable ante otro Tribunal, concretamente ante la Sección de recursos de su Sala Civil presidida por otro Presidente. Esto hoy resulta inviable, ya que ahora únicamente existe, por causa de la citada integración, el Presidente del Tribunal Superior; *b)* se daba en dicha Ley de 1934 un recurso, en contra la resolución del Presidente de la Audiencia, de carácter judicial ante la Sección de recursos de la Sala Civil del Tribunal de Casación y esto precisamente es lo que más puede llamar ahora la atención: el establecimiento de este recurso judicial contra la resolución del citado Presidente resolviendo el recurso gubernativo contra la calificación efectuada por el Registrador en materia de Derecho privativo catalán. Resultando ciertamente esto aún más relevante al constatar que la Constitución de 1931 no establecía ni un control de la actividad administrativa tan directo como el que ahora se formula en el artículo 106.1 de la Constitución de 1978 (cfr. art. 101 de la de 1931) ni tampoco se refería expresa y directamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del citado artículo 24.1 (cfr. art. 28 de la Constitución de 1931). Me parece oportuno decir aquí que fue Magistrado del expresado Tribunal de Casación el conocido y recordado jurista ROCA-SASTRE.

Pienso que realmente es necesaria una nueva estructuración global de este recurso para que pueda cumplir debidamente con las exigencias constitucionales y estatutarias hoy requeridas, que están esperando, en este punto, una respuesta adecuada.

La estructuración indicada requiere, a mi entender, el examen, como

mínimo, de las siguientes cuestiones: *a)* si el recurso contra la calificación registral se ha de poder plantear en dos instancias o, al contrario, es suficiente una sola instancia como ahora resulta de la citada disposición adicional séptima; *b)* si el recurso ha de estructurarse con carácter totalmente judicial; *c)* si, diversamente, dicho recurso ha de ser mixto, de carácter gubernativo o administrativo en la primera fase y de carácter judicial en la segunda. En este supuesto se plantea además el problema referente a si el órgano administrativo que resuelva el recurso ha de ser estatal o comunitario.

En cuanto a la primera cuestión, entiendo que la solución que ha dado la repetida disposición adicional séptima, al disponer que la decisión del Presidente del Tribunal Superior sea, en dicho supuesto, definitiva, lo que supone reducir el recurso a una sola instancia resulta discriminatoria y, por consiguiente, inadecuada e inadmisibile jurídicamente. Si la materia del recurso es de Derecho civil general cabe, como se sabe, primeramente la impugnación ante el citado Presidente y después, si se apela el auto de éste, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Al contrario, si la materia a que se refiere el recurso es de Derecho civil foral o especial, la resolución del Presidente es, como se ha dicho, definitiva. No veo una base jurídica suficiente que justifique la diferenciación consistente en aceptar dos instancias en un caso e imponer una sola en otro, aunque instrumentalmente la solución establecida sea la más fácil y también la más sencilla, pero todo ello no puede significar que jurídicamente resulte la más acertada.

Dada la evidente importancia de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, pues sin ésta no pueden gozar de la plenitud de efectos jurídicos, ya que la inscripción, como ha demostrado JOSÉ MANUEL GARCÍA, es confirmativa o configuradora y cuasi constitutiva de los derechos reales inmobiliarios respecto a terceros y, por otra parte, debido a que en muchos recursos se plantean problemas jurídicos muy controvertidos de no fácil solución es conveniente que, como mínimo, se puedan discutir en dos instancias oficiales, cuando los interesados no se conforman con lo que, en principio, se decide por el órgano ante el que se ha planteado primero el recurso. Por consiguiente, parece necesario superar, evitándose además dicha discriminación sin base objetiva suficiente, el sistema vigente que impuso de manera asimétrica y desequilibradora la repetida disposición adicional, regulándose para el futuro una doble instancia en dichos recursos.

El recurso contra la calificación de documentos referentes al Derecho civil propio de cada Comunidad Autónoma indicada se podría estructurar de manera completamente judicial. En este sistema el recurso se interpondría primero ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia o mejor en la Audiencia Provincial, ante su Sala de lo Civil, correspondiente al territorio de su jurisdicción en donde estuviese radicado el respectivo Registro de la

Propiedad con posible apelación de la resolución judicial ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Resulta más adecuado interponer el recurso ante la Audiencia Provincial que ante el Juzgado de Primera Instancia, porque si ha de haber como máximo dos instancias y la última ha de ser lógicamente ante el Tribunal Superior, parece que resulta procesalmente más coherente que en primer lugar intervenga la Audiencia Provincial y además con la finalidad, por otra parte, de unificar lo más posible desde el principio la doctrina sentada en cada recurso, lo que se consigue indudablemente partiendo de un territorio jurisdiccional más extenso que el partido judicial.

Por otro lado, este sistema judicial cuenta parcialmente con un interesante precedente autonómico representado por la citada Ley catalana de 1934, según la cual, conforme he indicado, debía resolver primero dicho recurso el Presidente de la Audiencia Territorial, siendo su resolución recurrible ante la Sección de recursos de la Sala Civil del Tribunal de Casación de Cataluña.

Con todo, si se entendiese que este sistema judicial no resultaría el más viable en la realidad práctica debido principalmente a la excesiva cantidad de asuntos judiciales que se han de resolver hoy por dichas Audiencias, entonces se debería recurrir a un sistema mixto, como el que anteriormente se ha expuesto, de carácter gubernativo en la primera fase y de naturaleza necesariamente judicial en la segunda fase, el cual guardaría, sin duda, un evidente paralelismo con el sistema estudiado, entre otros, en la primera parte de este trabajo referente a la impugnación de la calificación registral en materias reguladas por normas de general aplicación, ya sean de carácter necesario o, en su caso, supletorio, a todo el territorio estatal.

Este sistema cuenta, en mi opinión, con una característica no desdeñable, pues permite más fácilmente que el asunto jurídico que se plantea sea examinado globalmente, en su primera parte, por un organismo especializado, ya que habrá sido creado, entre otras posibles tareas, con la finalidad primordial de resolver dicho recurso registral. Esto puede tener notoria importancia incluso para terminar, contando con la conveniente y especializada perspectiva registral, el asunto jurídico, al ser resuelto posteriormente judicialmente de manera independiente y definitiva.

Sin embargo, este sistema, que he calificado de mixto, plantea una cuestión previa no fácil en principio de resolver: la de si el organismo gubernativo ante el que se interpondría el recurso en la primera fase ha de tener carácter estatal o carácter comunitario. Es una cuestión que depende, como es patente, del problema complicado y muchas veces ambiguo de las competencias estatales y estatutarias y por tanto muy difícil de aclarar, al menos de una manera que resulte convincente para todos.

La competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la

conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales... y en todo caso... la ordenación de los registros... públicos, ..., según el artículo 149.1.8.º de la CE corresponde al Estado.

La competencia referente a la ordenación de los Registros y especialmente los de carácter civil no parece comprender sólo, como afirman algunos, las normas relativas a las oficinas de los Registros, sino más exactamente el conjunto del sistema registral y más concretamente la legislación hipotecaria o registral con su respectivo reglamento y disposiciones complementarias de aplicación en toda España.

La competencia estatal relativa a la ordenación de los Registros públicos abarca, según el Dictamen 154, de 24 de agosto de 1989, del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, el establecimiento de reglas que disciplinan la materia y determinan la organización y el funcionamiento de esta institución jurídica, lo que evidentemente se opera básicamente mediante instrumentos normativos o reglas relativas a la ordenación de los Registros según la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto (F. J. 35). Entre estas reglas hay que incluir, en principio, las referentes a los recursos contra la calificación registral (cfr. art. 260.3.º de la LH).

No obstante, por otra parte, las Comunidades Autónomas gozan, según el artículo 137 de la CE, de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Indudablemente, uno de los intereses más propios de dichas Comunidades lo constituye evidentemente su respectivo Derecho civil propio o especial; por esto precisamente todos los Estatutos de estas Comunidades establecen como una de sus competencias exclusivas la conservación, modificación y desarrollo de su respectivo Derecho civil en los preceptos antes citados de sus correspondientes Estatutos.

Como medidas inherentes a las competencias exclusivas comunitarias los indicados Estatutos disponen, además, que corresponde a las Comunidades Autónomas, según proceda, el ejercicio de la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, así como la organización de los servicios correspondientes a fin de poder llevar a cabo las citadas competencias estatutarias (ver art. 25.2 y 3 de la EAC y cfr. arts. 25 y 29 del EAPV, art. 37.2.3 del EAG, arts. 35.2 del EAA, art. 40.1 y 2 del EAN y arts. 10, párrafo último, y 45 del EAIB).

También se determina en sus Estatutos que en su respectivo territorio el Derecho propio de cada Comunidad es aplicable, en relación a la materia de competencia exclusiva, con preferencia a cualquier otro (cfr. art. 26.1 del EAC, art. 21 del EAPV, art. 38 del EAG, art. 42 del EAA, art. 40.3 del EAN y art. 47.1 del EAIB).

Asimismo, con referencia a los Registros de la Propiedad, todos los

Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio o especial, excepto el de las islas Baleares, establecen que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de sus respectivos territorios serán nombrados por la Comunidad Autónoma de conformidad con las leyes del Estado (cfr. art. 12.3 del EAPV, art. 24.1 del EAC, art. 26.1 del EAG, art. 31.2 del EAA y art. 52.1 del EAN).

Por consiguiente, en una materia en que precisamente es competente en todo caso el Estado, al estar comprendida en el régimen general de ordenación de los Registros públicos (art. 149.1.8.^º de la CE), se produce dicha intervención de las citadas Comunidades Autónomas, aunque se ha de entender limitada al acto específico del nombramiento y a la publicación del mismo, según las SS del TC 65/1984, de 23 de mayo, en relación con la 67/1983, de 22 de julio, y la 110/1983, de 29 de noviembre. Respecto a los Notarios a efectos de acreditar el conocimiento del Derecho civil, foral o especial, propio de las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Galicia y Navarra (cfr. Real Decreto de 22 de mayo de 1985). Por otra parte, se puede citar aquí la Resolución de 9 de abril de 1984 y la Instrucción de 16 de julio de 1984 de la expresada Dirección General.

El recurso en contra de la calificación del Registrador, de que se trata en esta segunda parte de este trabajo, se ha de fundar necesariamente, como se ha dicho, en el Derecho civil especial o propio de la Comunidad Autónoma respectiva. Este Derecho civil aplicable, aparte de la costumbre propia reconocida como tal, será el elaborado por el respectivo Parlamento autonómico, una vez promulgado por ley y siempre que ésta no haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal garante específico de la Constitución. Por tanto, la cuestión que ha sido tan controvertida por la doctrina constitucional y civil en relación al citado artículo 149.1.8.^º de la CE relativa a los límites competenciales estatutarios referentes a la modificación y desarrollo de dichos Derechos civiles y que tan opuestas posiciones ha producido, se refieren propiamente a la fase de elaboración parlamentaria y más concretamente a la de promulgación de la ley y no afectan normalmente a la fase de aplicación de la ley y por consiguiente al posible recurso que ahora se estudia, pues la cuestión de su constitucionalidad ya habrá sido resuelta generalmente con anterioridad (cfr. arts. 161 y 163 de la CE, art. 5 de la LOPJ y art. 33 de la LOTC).

La competencia del posible órgano autonómico en la resolución del recurso se basa, como se deduce de lo expresado, en constituir una competencia inherente e implícita a otra principal que tiene su fundamento en el respectivo interés (cfr. art. 137 de la CE) como es, según también se ha indicado, el Derecho civil propio.

Las disposiciones estatutarias que determinan que los órganos jurisdiccionales en su respectivo territorio, concretamente en última instancia el

Tribunal Superior de Justicia respectivo, resuelva el recurso contra la calificación de los documentos referentes al Derecho civil propio que puedan tener acceso en el Registro de la Propiedad [art. 20.1.e) del EAC, art. 14.1.e) del EAPV, art. 22.1.e) del EAG, art. 29A.e) del EAA, art. A9.1.e) del EAIB y art. 61.1.e) del EAN] fijan un criterio de carácter territorial en vía jurisdiccional, de ahí que resulte lo más coherente que el mismo criterio territorial sea también el aplicable a un posible órgano de otro orden, el que en relación a la misma materia, dará lugar a una resolución y a una doctrina que precisamente han de estar necesariamente supeditadas al expresado órgano territorial jurisdiccional superior. Por otra parte, la repetida disposición adicional séptima de la LOPJ suprimió en dicho recurso gubernativo la instancia ante la Dirección General de los Registros cuando el recurso se funda en el Derecho civil de la Comunidad respectiva, por lo que parece lógico que si ahora se decidiese restablecer la instancia ante un organismo gubernativo éste fuese de carácter autonómico y, por tanto, no recuperase el recurso, fundado en Derecho civil propio comunitario, la Dirección General por tratarse, como se ha indicado, de una materia conexas a un Derecho civil especial de la que es competente únicamente la respectiva Comunidad Autónoma y a la que corresponde, por consiguiente, la efectividad y realización de todos los intereses públicos implicados por formar parte del contenido inherente y específico de dicha competencia exclusiva, sin perjuicio lógicamente de la posible intervención jurisdiccional definitiva del Tribunal Superior del territorio de la Comunidad.

En efecto, en dicho sistema, que he calificado de mixto, las resoluciones dictadas por el posible órgano autonómico resolviendo el recurso habrían de ser a su vez recurribles judicialmente ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad respectiva, o mejor quizá, ante la posible Sección de recursos gubernativos de dicha Sala, la cual resolvería definitivamente el recurso.

El artículo 153 de la CE [ni los arts. 38,3 del EAPV, art. 40.2 del EAC, art. 22.1.c) del EAG, art. 29.1.c) del EAA, art. 38 del EAN, art. 43.2 del EAIB] no constituyen, en mi opinión, ningún obstáculo para que dicho recurso se sustancie ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, pues aunque dicho precepto constitucional, en su letra c), y lo mismo los citados artículos estatutarios, establecen que el control de la actividad de los órganos de la Comunidad Autónoma se ejercerá por la jurisdicción contencioso-administrativa; el citado artículo 106.1 de la misma Constitución, que es básico en este punto, se refiere genéricamente y de manera más técnica jurídicamente el control de la actuación administrativa de una manera general por los Tribunales.

Si se considerase que este sistema denominado mixto es el que teórica

o prácticamente resultaría el más conveniente y se excluyese así el sistema completamente judicial, el que se ha expuesto con anterioridad a éste, entonces se debería pensar en constituir una especie de Comisión de recursos constituida para estos fines en el Departamento de Justicia o, en su defecto, si no existiese, en el de Presidente de la Comunidad Autónoma. Dicha Comisión u órgano *ad hoc* parece que debería estar constituida, si no lo impide el sistema de incompatibilidades de la Ley 53/1984, por dos Registradores de la Propiedad, un Notario, un Abogado dedicado profesionalmente a asuntos de Derecho civil propio de la Comunidad y un Catedrático o Profesor de Derecho civil de Universidad. Opino que deberían formar parte de la citada Comisión dos Registradores y sólo uno de las otras tres profesiones por las siguientes razones, entre otras: por tratarse de materias relacionadas directamente con la inscripción registral, función que constituye el objeto de la actividad personal profesional específica de los Registradores, por la conveniencia de prevenir y superar las posibles pugnas profesionales que podrían surgir y para establecer un equilibrio real entre los distintos componentes de la Comisión, ya que la única finalidad del recurso es determinar la inscripción o la denegación o suspensión de los asientos solicitados, respecto de lo cual ya se ha pronunciado personalmente el Registrador recurrido.

Las normas estatutarias indicadas [arts. 20.1.e) del Estatuto catalán, arts. 48 y 49.1.e) de las Islas Baleares, etc.] pienso que no pueden constituir realmente un obstáculo para admitir la conveniencia de un recurso gubernativo ante la Comisión de recursos u otro órgano semejante de la respectiva Comunidad Autónoma. Los artículos citados de los Estatutos sólo se refieren en general, como se ha dicho, a que la competencia de los órganos judiciales en el territorio de la Comunidad Autónoma se extiende a los recursos sobre la calificación de documentos referentes a su Derecho privativo que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad. El nuevo citado servicio u órgano autonómico, o sea la Comisión de recursos gubernativos, realizaría sin duda, como hace ahora la Dirección General, al resolver el recurso, una especie de recalificación del documento presentado a inscripción, la cual en esencia participa de la naturaleza de la calificación registral que verifica necesariamente el Registrador y de la cual es, como antes se indicó, una simple incidencia y tiene idéntica finalidad, ya que va dirigida sólo a la admisión de la inscripción o a la suspensión o denegación de la misma.

No obstante, puede constituir hoy realmente un obstáculo, difícilmente superable, en relación a los miembros, de la posible Comisión de recursos gubernativos que estén retribuidos por arancel: los Registradores y Notarios, la citada Ley de Incompatibilidades de 26 de diciembre de 1984, que se pronuncia de manera muy radical y absoluta respecto a los mismos, ya que

los expulsa, con limitadísimas excepciones, de actividades jurídicas distintas de las suyas propias al no admitir casi ninguna matización al espacio indeseable que recuerda el de los lejanos abismos. El artículo 16.1 de la misma, en su capítulo V, relativo a las disposiciones comunes, establece de manera extremada: «No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal... retribuido por arancel.» Incluye también en este precepto, de una manera menos precisa, al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable. Es una Ley, en su conjunto, extraordinariamente recelosa y rígida como se comprueba, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 7.1, al determinar que las cantidades totales percibidas no superaran ciertos porcentajes; pero, sin embargo, en este mismo artículo, como en otros muchos, establece atenuaciones, como la del párrafo último de dicho número, que dice que la superación de estos límites requiere en cada caso acuerdo expreso del Gobierno u órgano competente de las Comunidades Autónomas.

El artículo 6.º dispone de manera general que al personal incluido en el ámbito de esta Ley podrá autorizársele, excepcionalmente, la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación, de carácter no permanente o de asesoramiento en supuestos concretos que no correspondan a las funciones del personal adscrito a las respectivas Administraciones Públicas (cfr., además, los arts. 16.3 y 3.º1 de la Ley).

Es lógico que la Ley parta, como dice la exposición de motivos, del principio fundamental de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público... y también es coherente que dicho puesto de trabajo sea incompatible en cualquier caso, como dice su artículo 1.3, con el ejercicio de cualquier actividad pública o privada que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Lo que, al contrario, ya no resulta lógico y coherente, en mi opinión, es que admita y regule excepciones, mediante las correspondientes autorizaciones o reconocimientos de compatibilidad, respecto a la gran mayoría de funcionarios, pero excluya de las mismas de una manera casi total y absoluta a los funcionarios retribuidos por arancel, según su citado artículo 16.1.3.

Resulta discutible en relación a los Notarios y Registradores, dado el texto literal rigurosamente limitado de la Ley, que por razón de interés público pueda determinarse por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto u órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias, la posibilidad de ser miembros y con carácter sólo asesor de la posible Comisión de recursos, según el texto muy restringido de los artículos 16.3, 6.º, 3.º1 y 1.º1.2 de la misma Ley. En el estrecho margen que delimitan estos preceptos es cuestionable que permita,

aunque fuese de manera indirecta, superar el texto del artículo 16.1, que ha sido calificado por muchos juristas de discriminatorio y anticonstitucional por infringir el artículo 14 de la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 68/1990, de 5 de abril, al resolver la cuestión, promovida por la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por supuesta inconstitucionalidad del citado artículo 16.1, *in fine*, de la expresada Ley 53/1984, por si el mismo pudiera infringir el artículo 14 de la Constitución, desestima dicha inconstitucionalidad. Los términos del artículo 16.1, en su fundamento 2.º, son claros y expesos, por lo que no cabe efectuar una interpretación diferente de la que se deriva de su tenor literal..., se ha de convenir que el artículo 16.1 establece una incompatibilidad absoluta de los Registradores de la Propiedad (funcionarios retribuidos por arancel) con el ejercicio simultáneo de una actividad profesional privada como la Abogacía, que es la que en este caso concreto se ha planteado. No es posible (F. 4) solicitar la autorización, porque el legislador anticipa la decisión, denegándola en cualquier caso. La forma de retribución de los Registradores de la Propiedad es uno de los rasgos o características que describen su función y peculiar régimen jurídico (F. 5), pero evidentemente no es el único..., tanto la (F. 6) imparcialidad e independencia como el cumplimiento de los deberes pudieran verse seriamente afectados por el ejercicio simultáneo de la actividad privada (cfr. art. 1.º3 de dicha Ley 53/1984) junto a la relevancia y dificultad técnica de su función... pueden indicarse como elemento diferenciador y que justifica la prohibición examinada..., existiendo, en consecuencia, motivos suficientes y razones para justificar la diferencia de trato recibido. No puede estimarse, concluye dicho fundamento, que el precepto cuestionado vulnere el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

El mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de noviembre de 1989, citado en el fundamento tercero de la Sentencia precedente, había ya rechazado el recurso de inconstitucionalidad contra otros preceptos de la citada Ley 53/1984, fundándose en el principio de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los empleados públicos, junto con el principio de eficacia y otros, aludiendo incluso a una mejor distribución del empleo público.

Resulta muy vulnerable, después de la Sentencia 68/1990 del Tribunal Constitucional interpretando de una manera literal el repetido artículo 16.1, por las causas aceptadas por la misma, si bien referidas al caso concreto de la actividad privada de la Abogacía con el ejercicio de la función del Registrador, seguir defendiendo la posibilidad que dicha Comisión de recursos gubernativos estatutaria pueda formarse, si se considerase conveniente hacerlo, con los miembros expresados, aunque sea indudablemente para una actividad pública y por razones de interés público, como dice el artículo 3.1

de dicha Ley de Incompatibilidades, ya que afirma, según he indicado, la repetida sentencia, respecto a la autorización a los funcionarios retribuidos por arancel, que «el legislador anticipa la decisión, denegándola en cualquier caso».

El recurrir a otra solución, como podría ser nombrar para esta Comisión a Notarios y Registradores jubilados, tampoco parece viable, entre otros motivos porque dicha Ley 53/1984 establece, en su artículo 3.2, que el desempeño de una actividad pública es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o de retiro por derechos pasivos. Si se entendiese que las expresadas vías no resultan posibles, por estar vetadas u obstaculizadas normativamente y jurisprudencialmente las fórmulas antedichas, podría formarse dicha Comisión o Servicio autonómico de recursos gubernativos con Letrados, siempre que se acreditase el mismo o equiparable nivel general tradicional de los de la Dirección General de Registros y del Notariado que forman la Sección de recursos gubernativos y estuviesen especializados principalmente en Derecho civil privativo de la Comunidad respectiva y también, aunque no sea objeto del recurso, en Derecho registral, ya que éste constituye la base jurídica esencial para la práctica o denegación de los asientos relativos al Derecho privativo como de cualquier otro. Por otra parte, también parece necesario, o al menos conveniente, que se pudiesen pedir informes, en cada caso, a las previstas Juntas territoriales de Registradores de la Comunidad Autónoma correspondiente y cuando se califiquen escrituras públicas, a las Juntas Directivas del respectivo Colegio Notarial (cfr. art. 124, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario). La constitución de dichas Comisiones de recursos con dichos Letrados pienso que está al alcance de todas o de la mayoría de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, siempre que exista suficiente voluntad de resolver estas cuestiones.

Por otra parte, se dan también, en relación a la estructuración de estos recursos, otra serie de problemas anexos a los que brevemente voy a dedicar las líneas que siguen.

3.2. ¿COMPETENCIA ESTATAL Y/O COMUNITARIA?

Si se estructurase el recurso contra la calificación registral según el sistema que he denominado mixto, por causa de no considerarse conveniente optar, por las razones que sean, por el sistema que antes he llamado totalmente judicial, me parece oportuno, aunque, desde otras perspectivas, volver a plantear si en dicho sistema mixto el recurso, en su primera fase, ha de resolverse ante un organismo administrativo de carácter estatal o diversamente ante un organismo de carácter comunitario.

Cualquiera sea el sentido que se dé al concepto de autonomía, éste presupone que la Comunidad tiene potestad autoorganizativa para establecer sus propios órganos operativos con la finalidad de realizar o promover sus propios intereses. En efecto, en todos los Estatutos de Autonomía se reconoce a la Comunidad competencia para organizar sus instituciones de autogobierno en el marco del correspondiente Estatuto [cfr. arts. 148.1.1.^º de la CE, art. 10.2 del EAPV, art. 9.1 del EAC, art. 27.1 del EAG, art. 35.1.1.^º del EAA, art. 49.1.a) del EAN y art. 10.1 del EAIB] y también para establecer normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades de su Derecho sustantivo o de las especialidades de su propia organización [cfr. art. 10.6 del EAPV, art. 9.3 del EAC, art. 27.5 del EAG, art. 35.1.4 del EAA, art. 49.1.c) del EAN].

En cuanto al Estado, el artículo 149.1.6.^º de la CE establece que tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Dicha competencia exclusiva estatal comprende también (art. 149.1.18 de la CE) el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

En ocasiones el Estado o una Comunidad Autónoma ejercitan facultades no comprendidas o conferidas expresamente por las normas atributivas de competencias. Se habla entonces, como dice JOSÉ A. ALONSO, de competencias implícitas o inherentes a otras, que sí se les ha atribuido explícitamente, constituyendo aquéllas frecuentemente medios meramente instrumentales respecto a éstas para poder dar efectividad a las mismas. El TC ha declarado que «cuando la Constitución o un Estatuto hace una atribución de competencias sobre unas materias no es necesario que relacione la lista de facultades concretas que comprende ni sería posible hacerlo, y hay que deducir estas diversas facultades de su posible inclusión en la materia sobre la cual recae la competencia» (STC 74/1983, F. J. 1.^º).

No obstante, podría pensarse que se trata, en el supuesto que se estudia, de competencias concurrentes, ya que inciden sobre los recursos contra la calificación registral en materias de Derecho civil. Es decir, se producirían aquí dos títulos competenciales distintos, uno estatal y otro autonómico, de igual valor jurídico sobre un mismo objeto, pero en virtud de la cláusula de prevalencia se debería dar, en principio, preferencia a las normas estatales (cfr. art. 149.3 de la CE). Sin embargo, dicha competencia concurrente no se produce realmente cuando las competencias se pueden separar o deslindar y encontrar amparo en las competencias exclusivas autonómicas.

Resulta suficientemente claro que actualmente no se puede defender una interpretación radical literal del artículo 149.1 de la CE que llevase a admitir la prevalencia del Derecho estatal en todas las materias que se

refiere este artículo, ya que el mismo TC, en la Sentencia de 5 de agosto de 1983, declaró inconstitucional el artículo 4 del Proyecto de la LOAPA, que establecía en relación a las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el repetido artículo 149.1 que las mismas prevalecerán sobre las normas de las Comunidades Autónomas [cfr. F. 9 y 4.c) de esta Sentencia]. El artículo 149.1 se refiere no sólo a las competencias estatales integrales (núms. 2.º, 3.º y 14, entre otros, de dicho precepto), sino también a las competencias compartidas con las Comunidades Autónomas (cfr. art. 149.1, 7.º, 17, 18, 19, etc.) e incluso a competencias claramente exclusivas de éstas sobre ciertos sectores de la materia de que se trate, concretamente en las llamadas competencias divididas, dentro de las que se ha de incluir, como dice el mismo JOSÉ A. ALONSO, las que se refieren a la conservación, modificación y desarrollo por las respectivas Comunidades Autónomas de sus Derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8.º) y las competencias relativas a las especialidades que se derivan, en relación al derecho procesal y administrativo, de su Derecho sustantivo (art. 149.1.6.º y 18), en cuyos casos la legislación estatal no prevalece sobre la autonómica en tanto que ésta regule la parte de materia que la Constitución y concretamente los Estatutos le atribuyan como de su competencia exclusiva.

Esto puede exigir en algunos supuestos una delicada tarea de delimitación y ponderación difícilmente conceptualizable cuando no existan disposiciones concretas de carácter casuístico que delimiten la materia. En algunas ocasiones, el TC se ha fijado, además del criterio indicado del conjunto inherente o conexo, si la competencia afecta a los intereses comunitarios o a los generales (Sentencia 42/1983, de 20 de mayo) para determinar cuál es el interés más predominante en el supuesto planteado.

Por otra parte, se puede asimismo añadir que del texto de los preceptos estatutarios antes indicados en relación con los preceptos constitucionales expresados (arts. 149.1.6.º y 18 de la CE) se desprende claramente, como afirma CARRERAS LLANSANA, que para que los Tribunales queden vinculados por las normas procesales que promulgue el Parlamento catalán (y se puede añadir: y cualquier otro autonómico con iguales competencias) han de concurrir dos condiciones: que las normas deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de Cataluña y que tales particularidades exijan, además, una necesaria especialidad. Creemos que cualquier intérprete del precepto, añade el nombrado procesalista, entenderá que la referencia al Derecho sustantivo de Cataluña engloba, en primer término, el Derecho civil catalán, ya que la conservación, modificación o desenvolvimiento del mismo es competencia de la Generalidad (o, se puede añadir, de la Comunidad Autónoma respectiva con idénticas competencias en relación a su propio Derecho civil).

- 3.3. EL CITADO RECURSO ESTATUTARIO DEBERÍA COMPRENDER NO SÓLO LAS MATERIAS DE DERECHO CIVIL PROPIO, SINO TAMBIÉN, EN SU CASO, LAS MATERIAS REFERENTES AL DERECHO ADMINISTRATIVO PROPIO

Algunos Estatutos de Autonomía, concretamente el de las Islas Baleares [art. 49.1.e)], el de Aragón [art. 29.1.e)] y el de Navarra [arts. 61.1.e) y 48.1] al establecer la competencia de los órganos jurisdiccionales situados en su territorio, en cuanto al conocimiento de los recursos sobre calificación de documentos que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, comprenden únicamente los referentes a su Derecho civil propio, a su Derecho privado o a su Derecho civil foral. En esta misma línea parece se pronuncia la repetida disposición adicional séptima de la **LPOJ**, que se refiere a los recursos que se funden en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad. En cambio, el Estatuto vasco [art. 14.1.e)], el catalán [art. 20.1.e)] y también el de Galicia [art. 22.1.e)] comprenden, en relación a este recurso, los documentos referentes a su Derecho privativo, lo que ciertamente resulta literalmente más amplio.

En la expresión «Derecho privativo» o peculiar se ha de comprender también el Derecho público interno de la propia Comunidad, o sea, las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración autonómica basados en su propio Derecho público; por consiguiente, aunque normalmente en la generalidad de los casos los títulos presentados se refieren a relaciones o negocios jurídicos de Derecho privado en el supuesto que la calificación comprenda un defecto que suspenda o impida la inscripción y sea de carácter administrativo regulado por el Derecho público interno o propio de la Comunidad el recurso estatutario, según los artículos de los Estatutos indicados, ha de comprender también estos títulos.

En este sentido se pueden citar, por cuanto reconocen la competencia excluyente de los órganos jurisdiccionales situados en el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas, con referencia a los actos dictados por la propia Administración basados en normas de carácter autonómico administrativo, los artículos 58.4 de la LOPJ y el 58.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988.

- 3.4. DEBERÍAN SER TAMBIÉN COMPETENTES PARA CONOCER
LOS RECURSOS ESTATUTARIOS LOS ÓRGANOS PERTINENTES CUANDO
LOS DOCUMENTOS CALIFICADOS SE REFIERAN A MATERIAS MIXTAS:
DE DERECHO CIVIL PROPIO Y DE DERECHO CIVIL COMÚN

Otra cuestión aneja a las dos anteriores es la motivada por la Ley últimamente citada de Demarcación y de Planta Judicial, ya que en su

artículo 54.1.a) amplía, en cierto modo, la competencia excluyente de los Tribunales Superiores de Justicia, modificando en parte el artículo 73.1.a) de la indicada LOPJ.

En efecto, este último precepto dice: «1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.» Y el citado artículo 54.1.a) de la expresada Ley de Demarcación establece: «Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.»

Resulta, por consiguiente, que el Tribunal Superior de Justicia respectivo resuelve en casación o, sin ulterior instancia, incluso cuando se trata de materias mixtas de Derecho civil propio y de Derecho civil común, excepto si también se infringe un precepto constitucional (cfr. art. 5.4 de la LOPJ).

Parece normal que para mantener un necesario paralelismo y evitar una injustificada diferenciación con los citados recursos de casación se aplique también este criterio en los recursos contra la calificación de los Registradores ante la posible Comisión de recursos, si se creara, y ante los citados Tribunales Superiores.

3.5. CONCLUSIONES

Se pueden deducir, en mi opinión, de la segunda parte de este trabajo las siguientes conclusiones:

- a) Se ha de modificar el sistema de la citada disposición adicional séptima de la LOPJ y restablecer en el recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de documentos referentes al Derecho civil propio o especial de la Comunidad, una doble instancia ante los órganos correspondientes que se determinen.
- b) Si se opta por un recurso de carácter completamente jurisdiccional, parece que se debería interponer ante la respectiva Audiencia Pro-

vincial con apelación ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad.

- c) Si se considerase más adecuado un recurso mixto, de carácter gubernativo en la primera parte con posible apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en la respectiva Comunidad, se debería constituir un organismo de carácter autonómico para que resolviera el recurso gubernativo.
- d) Los citados recursos deberían comprender, en su caso, también los documentos relativos al Derecho administrativo estatutario si los Estatutos de la Comunidad Autónoma, al referirse al expresado recurso, comprenden también el Derecho privativo de la misma.
- e) Los expresados recursos han de poder ser sustanciados ante los correspondientes órganos antes indicados cuando se funden conjuntamente en el Derecho civil propio y en Derecho civil común o general, siempre que no hubiese infracción de una norma constitucional.

JOAN VERGER GARAU

Notario excedente

Registrador de la Propiedad de Barcelona

BIBLIOGRAFIA

- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1979, t. II, págs. 311 a 326.
- LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977, pág. 360.
- J. M. GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1988, págs. 204 Y 551.
- J. CHICO y J. BONILLA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1967, págs. 406 y 337.
- J. CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Madrid, 1989, t. I, págs. 659 y 704.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 326.
- B. CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983, vol. V, págs. 575 y 624.
- J. ALMAGRO NOSETE: «El artículo 24 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por ALZAGA, Madrid, 1983, t. III, págs. 19.
- J. SERRANO ALBERCA «Artículo 24 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, por GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1985, pág. 453.
- A. GUAITA: «El artículo 106.1 de la Constitución», en los citados *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII, pág. 119.
- E. RUIZ VADILLO: «El artículo 117 de la Constitución», en los citados *Comentarios a las leyes políticas*, t. IX, 1987, pág. 314.

- I. CAVERO: «El artículo 127.2 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas*, t. IX, pág. 639.
- F. GARRIDO FALLA: «El artículo 106.1 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, pág. 1455.
- J. SERRANO ALBERCA: «El artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, pág. 1645.
- J. SERRANO ALBERCA: «El artículo 127.2 de la Constitución», en los citados *Comentarios...*, pág. 1867.
- LACRUZ: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 1979, págs. 75 y sigs.
- GONZÁLEZ PÉREZ: «El recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad», *RCDI*, 1976, págs. 1029...
- «La sentencia administrativa», *RCDI*, 1954, pág. 101; «Lo contencioso-administrativo en España», *RCDI*, 1956, pág. 488; «La experiencia española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RCDI*, 1970, pág. 1348.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya», en *Comentaris sobre VStatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1988, vol. II, pág. 767.
- PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1974, vol. I, y *Derecho de Tribunales*, Pamplona, 1986, pág. 152.
- GUASP: *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1968, pág. 162.
- FAIRÉN GUILLÉN: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, 1986.
- M.^a P. GARCÍA HERGUEDAS: *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, 1988.
- E. BALLESTER: «Recursos gubernativos contra la calificación del Registrador, su unificación», *RCDI*, 1979, pág. 1073.
- CÁNOVAS COUTIÑO: «La jurisprudencia del Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RCDI*, 1961, págs. 393-400.
- C. PAZ ARES: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 175-176, 1985.
- J. L. MEZQUITA y J. LÓPEZ MEDEL: *El Notario y los Registros*, Madrid, 1986.
- R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1984.
- C. PARDO NÚÑEZ: «La seguridad del tráfico inmobiliario. Análisis comparativo», revista *La Ley*, núm. 2611, de 6 de noviembre de 1990.
- E. ROCA: *El Dret civil català en la Jurisprudència*, vol. IV, anys 1934-37, Barcelona, 1977, pág. 383.
- *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 12, febrero de 1990, págs. 29 y sigs.
- *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 251, diciembre de 1988, págs. 2854 y sigs.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER: «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, págs. 161 y sigs.
- F. RAMOS MÉNDEZ: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, pág. 1229.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA y J. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1986, págs. 244 y 535; t. II, 1982, págs. 36 y 506.
- J. PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, t. I, págs. 310 a 313.

- GONZÁLEZ PÉREZ: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- CORDERO TORRES: «LOS primeros diez años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1967.
- J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1928, t. 3, págs. 292 y 306.
- *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Madrid, 1974, t. I, págs. 339 y 403; t. II, págs. 818 y 881.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, t. I, Barcelona, 1953, pág. 203.
- J. DE CAMPOS ARBOIX: *El Parlament de Catalunya (1932-1936)*, Barcelona, 1976, págs. 114 y 125.
- R. DE LA RICA: *Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, segunda parte, págs. 178 y 192.
- J. L. MEZQUITA DEL CACHO: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989, t. I, págs. 83, 110 y 246; t. II, págs. 154 a 197.
- LASARTE ALVAREZ: «El artículo 149.1.8», en *Comentarios a las leyes políticas*, t. XI, 1988, pág. 188.
- JOSÉ A. ALONSO: «El artículo 149.1», en dichos *Comentarios...*, t. XI, pág. 228.
- A. BAYONA ROCAMORA: «Competències exclusives», en *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonòmia de Catalunya*, vol. I, 1988, pág. 371.
- E. ARGULLOL MURGADAS: «Introducció al Títol Primer», en *Comentaris sobre VEAC*, vol. I, pág. 295.
- J. CARRERAS LLANSANA: «Normes processals i de procediment administratiu», en los citados *Comentaris sobre VEAC*, vol. I, pág. 421.