

# Régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y daños causados por los registradores de la propiedad

## *Patrimonial responsibility regime of the Public Administrations and damages caused by property registrars*

por

J. LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

**RESUMEN:** La aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por los registradores de la propiedad con ocasión del ejercicio de sus funciones carece de fundamento legal al existir una regulación específica para ello contenida en la Ley Hipotecaria. Además, no concurren los requisitos precisos para hacerlo.

**ABSTRACT:** *The application of the patrimonial liability regime from the Public Administrations to damages caused by property registrars during the exercise of their functions lacks legal basis as there is a specific regulation for this contained in the Mortgage Law. In addition, the precise requirements to do so are not met.*

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Servicio público. Registrador de la propiedad.

**KEY WORDS:** *Patrimonial liability from the Public Administrations. Public service. Property registrars.*

**SUMARIO:** I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—II. CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—III. SERVICIO PÚBLICO. EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: LA ADMISIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE PARA SU EJERCICIO. CONCEPTO DE FUNCIONARIO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO.—IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. CONCLUSIONES: INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

### 1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad, a cargo de los registradores, es el instrumento o medio técnico de la publicidad inmobiliaria en nuestro ordenamiento. Como tal instrumento ha sido considerado bajo diversas perspectivas.

La primordial es la que lo califica como institución, cuyo objeto es articular la publicidad inmobiliaria y proteger las titularidades de los derechos reales sobre inmuebles; en concreto, la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Así lo expresa el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y el artículo 605 del Código civil. Junto a esta perspectiva primordial, doctrinalmente se han configurado otras: como oficina, como conjunto de libros y como servicio público.

Como oficina, el registro es la dependencia existente en cada circunscripción territorial —llamada demarcación—, a cargo de un registrador, en la que figuran los actos relativos a bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos. Como conjunto de libros, es la reunión ordenada de los libros oficiales, debidamente numerados y legalizados, existentes en cada oficina pública de registro, en los que constan, conforme a la ley, los asientos correspondientes a los actos inscribibles (ROCA SASTRE). Como servicio público, el registro es aquel que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas por medio de la inscripción, obligatoria o constitutiva, de los derechos reales sobre inmuebles en razón de la seguridad del tráfico inmobiliario, de la cual es destinataria la sociedad, a la vez que se satisface el interés particular de los individuos (HERNÁNDEZ GIL).

Aún vinculado a la estructura del Estado, el registro no está integrado orgánicamente en la Administración pública.

Al frente del Registro se sitúa el registrador de la propiedad, que tiene la doble consideración de profesional del derecho y funcionario público.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES PREVISTO EN LA LEY HIPOTECARIA

La Ley Hipotecaria prevé que la responsabilidad dimanante de los daños producidos por los registradores de la propiedad en el ejercicio de sus funciones (arts. 296, 300, 322 y sigs.)<sup>1</sup> se les debe exigir directamente por los lesionados, conforme con las reglas de la responsabilidad civil, quedando al margen la Administración pública. La exigencia de dicha responsabilidad se hace, según dispone el artículo 303 de la Ley de Hipotecaria, en la vía jurisdiccional civil<sup>2</sup>. La índole civil de la responsabilidad derivada de los actos de los registradores, acogida en la Ley Hipotecaria, está reconocida expresamente, además, en otros textos<sup>3</sup>.

En otros términos, en consonancia con la naturaleza civil de la función ejercida y con el modo profesional del ejercicio de la función desempeñada por los registradores, la Ley Hipotecaria previene que su responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de sus funciones tienen carácter civil y su exigencia debe hacerse ante los tribunales ordinarios. Sus determinaciones no han sido nunca objeto, ni de modificación, ni de derogación expresa, por ninguna otra norma de rango legal.

Existe pues una exclusión de la aplicación de la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de la competencia de estas para declararla y de la del orden contencioso-administrativo para conocer de las controversias que pudieren surgir sobre la cuestión. Con independencia de la naturaleza jurídica atribuible al re-

gistro, de la condición de funcionarios públicos de los registradores y del eventual carácter administrativo de la actividad desarrollada por estos, el ordenamiento establece un régimen propio y específico para la exigencia de su responsabilidad, reconociendo su carácter civil y la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los litigios que pudieren suscitarse en la materia.

## II. CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

### 1. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRO COMO SERVICIO PÚBLICO

Junto a la perspectiva tradicional y primordial del registro como institución jurídica que articula la publicidad de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, desde mediados de la pasada centuria, el Registro de la Propiedad comenzó a ser calificado como servicio público. Así lo hizo inicialmente la doctrina científica<sup>4</sup>, luego la administrativa<sup>5</sup> y finalmente la jurisprudencia<sup>6</sup>.

La calificación del registro como servicio público no ha sido inocua. Antes al contrario, ha comportado que se haya afianzado y consolidado, lenta y gradualmente —en doctrina, en la práctica administrativa y en la jurisprudencia—, el criterio de que es una institución administrativa. Se ha ido poniendo el énfasis en la vertiente funcional del registrador e incluso se ha ido a más. Con base en esa calificación y en detrimento de la consideración de su faceta de institución de articulación de la publicidad registral, se ha dicho que el registro es un órgano administrativo; el registrador, primordialmente, un funcionario público; y la actuación registral, una actividad materialmente administrativa pues implica una gestión o tarea propia de una función pública (Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 24 de febrero de 2000).

### 2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una de las consecuencias —hasta erigirse en un simple corolario— de este lento proceso ha sido la afirmación —doctrinal y jurisprudencial— de que la actuación registral queda comprendida en el ámbito del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y que por

tanto los daños dimanantes de aquella han de sustanciarse conforme con las normas reguladoras de esta.

El sistema de responsabilidad pública pivota sobre el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>7</sup>.

Ahora bien, el sistema no se agota en este precepto. Junto a él, existen regímenes públicos de indemnización especial —por el que se rigen los daños causados por los contratistas o por los concesionarios o irrogados a los funcionarios, etc.— que resultan de aplicación preferente. De este modo, el artículo 32 citado se configura como una cláusula supletoria ante la inexistencia de regímenes específicos propios<sup>8</sup>.

### 3. CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Sobre la base de la premisa de que el Registro es un servicio público, se han articulado tres posiciones sobre la cuestión, a saber:

A) Una primera afirma que los daños causados por la actuación del registrador de la propiedad en el ejercicio de sus funciones deben ser reclamados ante la jurisdicción ordinaria y sustanciados conforme con las reglas de la responsabilidad civil según lo dispuesto en la Ley Hipotecaria —artículos 296 y 303—, no porque su actuación sea propiamente civil sino porque el régimen establecido en esta ley tiene la consideración de especial en el sistema de responsabilidad patrimonial y resulta de aplicación preferente al artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Este planteamiento admite conceptualmente que el Registro es un servicio público; que los actos de los registradores tienen la consideración de actos de la Administración y que la actividad registral es materialmente administrativa, pero excluye la aplicación del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la existencia de un régimen específico de resarcimiento: el artículo 296 de la Ley Hipotecaria. En otros términos, funda esa exclusión en las propias normas reguladoras de la responsabilidad pública.

Dicho de otra manera, el artículo 32 de la Ley 40/2015 no implica la desaparición del régimen singular establecido en el artículo 296 de la Ley de Hipotecaria —responsabilidad civil—. Pervive y resulta de aplicación preferente, porque la regulación de la responsabilidad patrimonial lo previene<sup>9</sup>.

B) Una segunda concepción, diametralmente opuesta a la anterior, es la afirmada por cierta doctrina científica<sup>10</sup> y algún Tribunal Superior de Justicia —en *obiter dicta*—. Considera que todos los daños causados por

los registradores en el ejercicio de sus funciones deben ser reclamados por los interesados ante la Administración pública con base en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. El artículo 296 de la Ley Hipotecaria —y los demás que imponen al registrador la obligación de indemnizar los daños conforme con las leyes civiles— debe estimarse derogado por mentado artículo 32. No cabe, ni accionar directamente contra el registrador, ni hacerlo ante la jurisdicción civil. Por tanto, las reclamaciones de daños han de formularse ante el Ministerio de Justicia y sustanciarse mediante el procedimiento administrativo previsto para ello —Ley 39/2015, de 1 de octubre, artículos 65, 67, 81 y 91—.

C) Una tercera opinión distingue entre el registrador y el Registro, atribuyéndoles a ambos la condición de órganos administrativos y funciones o competencias distintas, diferenciadas.

A los registradores se les encomienda la actividad registral estricta, esto es, la jurídicamente más relevante en relación con los terceros; en concreto, dice el dictamen del Consejo de Estado 940/1999, de 21 de octubre de 1999, les corresponde ejercer las *potestades* —obsérvese el empleo de este término expresivo de un poder administrativo— de calificación registral y de decisión acerca de los títulos que deben tener acceso al Registro (Ley Hipotecaria, artículo 18 en relación con el artículo 273). Se trata de potestades atribuidas a título personal y ejercidas bajo su propia responsabilidad, con plena independencia, hasta el punto de no poder consultar a la Dirección General hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública antes de decidir (Ley Hipotecaria, art. 18).

El Registro, por su parte, en cuanto órgano de apoyo de los registradores, desenvuelve ciertas actividades jurídicas instrumentales y otras puramente materiales que sirven de soporte a las desarrolladas por aquellos. Carecen del acusado carácter personalista apreciable en las de calificación registral.

La distinción expuesta ha sido acogida por el Ministerio de Justicia en diversas resoluciones<sup>11</sup>, por el Consejo de Estado<sup>12</sup> y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>13</sup>.

Con estas mimbres y sobre la base de la distinción señalada, se ha construido una doctrina administrativa y jurisprudencial que afirma que la responsabilidad personal, de índole civil, de los registradores (Ley Hipotecaria, art. 296) y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Ley 40/2015, de 1 de octubre, art. 32) son compatibles. Se ajustan con naturalidad, puesto que tienen ámbitos de aplicación diferenciados y se basan en títulos jurídicos distintos.

La primera, la responsabilidad del registrador prevenida en el artículo 296 de la Ley Hipotecaria —y en otros preceptos del mismo Cuerpo legal antes citados—, es personal, de naturaleza civil. Nace de los supuestos de

errónea calificación o decisión registral de determinación de los títulos que acceden al Registro y de otras resoluciones de contenido jurídico en las que es apreciable un ejercicio personalísimo de funciones públicas por el registrador. En otros términos, es aplicable a los casos incardinables en las actividades que le son directa y personalmente atribuibles.

Así las cosas y dado que el régimen previsto en la Ley Hipotecaria —artículo 296— constituye un régimen específico de responsabilidad prevalente sobre el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, este no resulta de aplicación. Ello lleva a concluir que los daños derivados de la actividad de calificación y análogas no son susceptibles de ser reclamados con base en el sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino conforme con el régimen específico previsto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, las reclamaciones formuladas por eventuales daños derivados de esta clase de actividad se sustancian ante la jurisdicción ordinaria, ejercitando los lesionados las correspondientes acciones contra el registrador (Ley Hipotecaria, art. 303).

La exigencia de esta responsabilidad tiene como presupuesto la determinación de si la concreta decisión registral fue errónea y si la función calificadora y decisoria del registrador se ejerció correctamente. Sin este presupuesto no es posible accionar judicialmente.

Por el contrario, los daños derivados de las actividades imputables a la oficina del registro, esto es, de aquellas en las que falta el elemento personal antes citado, de un lado, y los que son consecuencia de la falta de medios materiales, de su defectuosa organización y del incumplimiento de los estándares funcionales requeridos al servicio, de otra parte, son susceptibles de ser reclamados a través de los cauces previstos para sustanciar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y con base en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Esta responsabilidad, la de la oficina del Registro, tiene naturaleza administrativa, dada su condición de servicio público. Se sujeta al tan citado artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y no a la Ley Hipotecaria. La acción de responsabilidad patrimonial es directamente ejercitable por los interesados frente al Ministerio de Justicia, sin necesidad de hacerlo previamente ante el registrador y sin que el Departamento pueda oponer esta omisión como causa de exoneración. La Administración está obligada a tramitar la reclamación como un caso más de responsabilidad patrimonial, resolviendo ella misma sobre la pretensión formulada y abonando la indemnización reconocida, sin perjuicio de repetir luego contra el causante el importe pagado conforme con las previsiones del artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Esta tercera forma de articular la responsabilidad se ha ido abriendo camino en la actuación administrativa y en la jurisprudencia desde hace ya

años, hasta asentarse de manera sólida. En la práctica administrativa, ha sido avalada por el Consejo de Estado<sup>14</sup>. En la jurisprudencia, se ha acogido por el Tribunal Supremo<sup>15</sup> y por la Audiencia Nacional<sup>16</sup>.

La diferenciación entre responsabilidad del registrador y de la oficina del Registro y de sus regímenes jurídicos no es baladí. No solo por la vía en que han de sustanciarse sino por los requisitos sustantivos aplicables a una y otra. La primera, al ser civil, es culposa (CC, art. 1902) y se dilucida ante la jurisdicción ordinaria; la segunda, administrativa, es objetiva (Ley 40/2015, artículo 40) y se solventa en el orden contencioso-administrativo, una vez instruida la vía gubernativa.

En todo caso, al diferenciarse entre responsabilidad del registrador y de la oficina del Registro, se establece una dicotomía obligada para el reclamante. Según la índole de la actividad generadora del daño, ha de utilizar una u otra vía. No puede optar discrecionalmente. Cada una tiene su objeto propio.

#### 4. PREMISA SOBRE LA QUE OPERAN LOS CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES QUE AFIRMAN PROCEDENTE APLICAR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. INEXISTENCIA DE PREVISIÓN LEGAL QUE ESTABLEZCA DICHA APLICACIÓN

Todas las posiciones antes expuestas parten de una premisa que toman por cierta, con carácter indiscutido: la de que el Registro de la Propiedad es un servicio público de titularidad pública. De ahí derivan que la actividad registral es una actividad administrativa; el registro, un órgano administrativo y el registrador, exclusiva o primordialmente, un funcionario público, titular del referido órgano. De estas calificaciones arrastran indefectiblemente la procedencia de aplicar el sistema de la responsabilidad patrimonial a los daños causados por los registradores en el ejercicio de sus funciones.

Para verificar la certeza de la premisa tomada como cierta, es preciso examinar sumariamente el concepto de servicio público y las demás nociones atribuidas al registrador, al Registro y a la actividad registral. Porque existe un hecho cierto e innegable: no hay ningún precepto legal que califique, de manera expresa, al Registro de la Propiedad como servicio público. Esta calificación encuentra su fundamento exclusivamente en una construcción doctrinal y jurisprudencial, que sirve de sustento —en lo tocante al régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados por los registradores— bien para ignorar, en mayor o menor medida, la vigencia del artículo 296 de la Ley Hipotecaria y en consecuencia inaplicarlo; bien para considerarlo

un régimen especial respecto del previsto en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En otros términos, frente a una previsión legal expresa y una precisa y minuciosa regulación —la contenida en el artículo 296 y siguientes de la Ley Hipotecaria— que afirma el carácter civil de la responsabilidad dimanante de la actuación del registrador y su exigibilidad ante la jurisdicción ordinaria, la doctrina y jurisprudencia antes reseñada oponen las resultas de una simple calificación doctrinal —la de servicio público del Registro— para reconducir la actuación registral al ámbito de la responsabilidad pública.

### III. SERVICIO PÚBLICO. EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: LA ADMISIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE PARA SU EJERCICIO. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

#### 1. EL SERVICIO PÚBLICO PROPIO Y EL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO OBJETIVO: LAS ACTIVIDADES PRIVADAS CALIFICADAS COMO SERVICIO PÚBLICO

El presupuesto sobre el que operan los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes expuestos es el de que el Registro es un servicio público; esto es, una actividad de titularidad pública.

Como se ha dicho ya la doctrina científica y administrativa y la jurisprudencia han calificado el Registro como servicio público y, como, tal inserto en la esfera propia de las Administraciones públicas. Y, a resultas de dicha inserción, ha extraído como consecuencia la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños irrogados por los registradores de la propiedad en el ejercicio de sus funciones.

La noción de servicio público es imprecisa, lábil, de contenido diverso y perfiles difusos. Sus límites son solo susceptibles de ser columbrados pero no definidos. Hasta tal punto, que se ha dicho que «el concepto de servicio público es un concepto equívoco, polivalente. Es un invento de principios del siglo XIX, elaborado doctrinalmente por el Derecho francés que lo ha venido empleando progresivamente hasta dar lugar a un cajón de sastre en el que cabe lo que cada momento quiere el *Conseil d'Etat*»<sup>17</sup> (ARINO).

Hay múltiples —casi infinitas— nociones de servicio público. Así:

A) En la legislación civil y mercantil, el uso de la expresión servicio público carece de propiedad en la mayoría de los casos. Unas veces se emplea para referirse, cualquiera que sea quien lo desenvuelva, a las acti-

vidades prestadas al público y otras se utiliza como sinónimo de actividad de titularidad pública.

B) En la legislación económica y fiscal, la noción de servicio público hace referencia a dos conceptos, en relación de género y especie. El primero considera servicio público cualquier actividad pública que genera ingresos o gastos públicos; el segundo, solo aquellas actividades que implican obligaciones financieras para las entidades públicas; es decir, las referidas al crédito financiero.

C) En la legislación administrativa, por su parte, la expresión servicio público se emplea hasta en cuatro sentidos, si bien reconducibles a dos categorías: como realidad subjetiva y como realidad objetiva.

En sentido estricto, la legislación administrativa habla de servicio público para referirse a la actividad de prestación de bienes y servicios —que no implique el ejercicio de potestades soberanas—, de titularidad pública en virtud de una reserva legal hecha a favor de la Administración. El servicio público se contrapone así a las demás formas de actividad administrativa; en concreto, a las de policía, fomento y gestión industrial<sup>18</sup>. La noción de servicio público en sentido estricto exige una reserva legal de la actividad a favor de la Administración pública; esto es, que se haya declarado expresamente por ley que la actividad de que se trata queda asumida por el Estado como propia, pasando a ser de su exclusiva titularidad (*publicatio*). Se presta, bien por el Estado —gestión directa—, bien por otros sujetos de una manera instrumental —gestión indirecta, entre cuyas modalidades sobresa la concesión—.

En un sentido también formal, pero más amplio que el indicado, la legislación administrativa utiliza igualmente la noción de servicio público para referirse a las actividades de prestación material de bienes y servicios por la Administración pública —no necesariamente reservados legalmente en su favor—; en otros términos, este sentido comprende el servicio público estricto antes descrito y la actividad de gestión industrial, desarrollada por la Administración en una situación de monopolio de hecho o en concurrencia con sujetos privados. La radical diferencia existente entre este sentido y el primero indicado está en la inexistencia de una reserva legal de la titularidad de la actividad prestada a favor de la Administración.

La legislación administrativa emplea también la expresión servicio público en un tercer sentido. En concreto, lo identifica con cualquier actividad administrativa; esto es, con el giro o tráfico propio de las Administraciones públicas. Este uso surgió en el siglo XIX, a semejanza del derecho francés, como criterio de delimitación de los asuntos que correspondían a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es el que informa el tenor del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

público («*funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*»). Así lo han puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia unánimemente<sup>19</sup>.

Debe observarse que en los tres sentidos citados el elemento subjetivo es primordial para delimitarlos; la titularidad y, en su caso, la prestación por parte de la Administración pública se erigen en definidores de sus respectivos alcances.

Junto a los sentidos expuestos, con perfiles más amplios y difusos, la legislación administrativa utiliza finalmente la expresión servicio público para referirse a cualquier actividad privada, bien normada con especial intensidad, bien intervenida por los poderes públicos, bien sujeta a reglas jurídicas exorbitantes respecto del derecho común, bien de interés general —que viene a ser la resultante del conjunto de intereses privados—, bien de interés público —que es algo diferente a la mera suma de intereses privados y cuya determinación corresponde a la propia Administración—. Dentro de este sentido, quedan comprendidas actividades de índole diversa, calificadas de manera variada: simplemente privadas de interés público, privadas intervenidas, servicios públicos virtuales, indirectos, de interés general, de interés económico general, ejercicio privado de funciones públicas, etc.

En este cuarto y último sentido, el elemento definidor relevante no es el subjetivo, la titularidad pública de la actividad —pues esta es privada—. No lo es que sea prestada por órganos o entidades públicas. Lo que define el concepto es la propia actividad; sus especiales características. En relación con estas actividades, la Administración no asume ni su titularidad, ni su prestación. Siguen siendo privadas. Pero tampoco adopta frente a ellas una postura de desentendimiento o de simple control de su ejercicio por los particulares —policía administrativa—; en otros términos, no se limita a desarrollar un mero papel de vigilancia de la actividad desarrollada —típica de la actividad policial—. Antes al contrario, la Administración la dirige, la disciplina, la encauza.

La variedad de sentidos de la expresión servicio público expuestos impide reducirlos a un único concepto e intercambiar sus nociones, pues claramente se colige de lo dicho que el uso de la expresión tiene alcances distintos según el sentido empleado.

En los tres primeros sentidos expuestos, el servicio público se vincula a la prestación de la actividad por entidades, órganos o sujetos integrados en la organización administrativa. Se habla entonces de servicio público en sentido subjetivo o propio para agruparlos. El dato de la integración en la organización administrativa del sujeto prestador de la actividad es básico para definir el concepto en estos casos.

Sin integración del prestador, no puede hablarse de servicio público propio. La integración comporta la existencia de unas potestades directiva y organizatoria de la Administración pública sobre el prestador y sobre las actividades prestadas. Potestades que se concretan en un poder de control de

admisión de los sujetos interesados en llevarlas a cabo; en un poder de organización del servicio; en un poder permanente de inspección, supervisión y sanción y, en fin, en un poder reglamentario sobre la actividad; poderes todos ellos que cercenan severamente el margen de libertad de actuación del gestor.

No ocurre lo mismo en el caso del último de los sentidos expuestos, en el que la actividad privada, de especial relevancia, es prestada por sujetos privados. La ausencia de titularidad pública de la actividad lleva a hablar en estos casos de servicio público en sentido objetivo o servicio público impropio.

Se califican así como servicio público actividades privadas en atención a diversas circunstancias —su especial regulación, su finalidad, la satisfacción de necesidades públicas—. Debe insistirse en que, ni son públicas, ni su prestador está integrado en la organización administrativa. Se trata de actividades privadas especialmente intervenidas, o de especial interés público o general, o sujetas a reglas exorbitantes conforme al derecho común. Los casos son innumerables (desde los taxis y las farmacias hasta los organismos de control autorizados en el ámbito de la legislación industrial).

Notas comunes a estas actividades privadas son tener por objeto la satisfacción de necesidades colectivas; estar destinadas al público en general; prestarse por los particulares autónomamente, previa una concreta legitimación para ello conferida por la Administración, y quedar sujetas a un permanente control por parte de los poderes públicos.

El acto legitimador o habilitante para desarrollar la actividad instaura una relación jurídica de tracto sucesivo entre la Administración y el prestador de la actividad. Por mor de esta relación, la Administración lo vigila, controla y dirige de manera continua. En este acto legitimador está la diferencia de estas actividades privadas de interés público y las simples actividades privadas. En el caso de estas últimas, es muy frecuente que su ejercicio se someta a la obtención de una previa autorización administrativa, pero el alcance de esta se limita al momento de su inicio. La Administración se desentiende posteriormente de cómo se lleva a cabo ese ejercicio.

Las actividades de interés público, pese a ser calificadas de servicio público, son privadas prestadas por particulares, encaminadas a satisfacer necesidades colectivas y, en ocasiones, pueden llevar aparejadas el ejercicio de funciones públicas, en todo o parte de su quehacer, en virtud de una habilitación administrativa.

## 2. TÍTULOS HABILITANTES PARA EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES CALIFICADAS COMO SERVICIO PÚBLICO: LA ADMISIÓN

La prestación de las actividades calificadas como servicio público propio o subjetivo se puede llevar a cabo directamente por la Administración titular

(*gestión directa*) o mediante colaboradores (*gestión indirecta*), habilitados por títulos otorgados por aquella. Estos títulos generan en los colaboradores un derecho a explotar el servicio que tiene carácter derivado, dimanante de la titularidad pública. El más característico es la concesión de servicios, aunque existen otros —la delegación, la autorización de funcionamiento—. Por su virtud, la Administración les transfiere el ejercicio de una actividad pública de su exclusiva titularidad.

En el caso de las actividades privadas calificadas como servicio público en sentido objetivo o impropio, también el prestador precisa de una habilitación administrativa para llevarlas a cabo pero tiene perfiles diferentes a los propios de la gestión indirecta.

Esta habilitación no es una concesión por virtud de la cual se transfiere a su titular el ejercicio de una esfera o actividad de titularidad administrativa; ni una autorización de policía por virtud de la cual la Administración permite el ejercicio de un derecho propio del ejerciente, previa valoración de su oportunidad en el momento de su otorgamiento. Tampoco es una dispensa por mor la cual se dispone la exención de la aplicación de una norma; ni, en fin, una simple licencia, es decir, un acto de comprobación de que se cumplen los requisitos exigidos por la norma para la realización de la actividad.

La habilitación propia de este tipo de actividades determina la ampliación de la esfera jurídica del particular en un ámbito que, en principio, no le pertenece. En su virtud, puede ejercer una actividad privada, bien de especial relevancia pública, bien que lleva aparejada el ejercicio de determinadas funciones públicas.

La habilitación reviste, de ordinario, dos modalidades:

a) Bien la autorización *ut facias*, que gesta una relación duradera entre el particular y la Administración por virtud de la cual esta queda habilitada para conformar la organización y la gestión del prestador a fin de adecuarla a las exigencias de necesidad pública que deben atenderse. Se coloca entonces al prestador en una situación análoga a la del concesionario.

b) Bien la admisión<sup>20</sup>, que es la que interesa a los efectos de la cuestión examinada.

La admisión es un acto habilitante por el que un particular se incorpora a un cierto *status*, con la sujeción a la consiguiente regulación. El *status* puede ser variado: desde la integración en un colegio profesional hasta el establecimiento de una relación de cierta vinculación permanente —no plena— con las Administraciones públicas. El contenido de la posición jurídica en que la admisión sitúa al particular puede comportar solo el ejercicio de un derecho o, además, el de funciones públicas que le son atribuidas específicamente.

De ordinario, mediante la admisión no se accede solo a un derecho a realizar determinadas actividades, sino que se asume un auténtico deber —o al menos, derecho-deber— de llevarlas a cabo, señalando la Administración los niveles cuantitativos y cualitativos de ejercicio y cumplimiento. En el desenvolvimiento de su actividad, el admitido al *status* goza de un mayor o menor margen de libertad y discrecionalidad para organizarla y desarrollarla, si bien esa libertad aparece limitada por su obligación de sujetarse a determinadas reglas de intervención y control establecidas y ejercidas por la Administración de manera continua, duradera, en todo tiempo.

La admisión se erige así, no en un acto que remueve el obstáculo legal que impide al particular el ejercicio de un derecho preexistente —como en el caso de la autorización— sino que es un título jurídico creador de un derecho a su favor que lo legitima para actuar en una esfera antes vedada. Pero, frente al concesionario que ejerce lo que no le es propio sino que pertenece a la Administración, el admitido ejerce un derecho propio creado *ex novo* por un acto de la Administración. Mediante la admisión, se ha dicho, la Administración genera una titularidad originaria a favor del particular, porque el ordenamiento le ha confiado el «control del paso del particular, desde la genérica posibilidad que le confería su autonomía, a la concreta posición jurídica desde la que va a operar en la actividad de que se trate»<sup>21</sup>. Se trata pues de un acto de eficacia constitutiva que habilita a un particular para ejercer una actividad privada y, en ocasiones, funciones públicas. Pero, ni se trata de un acto de transferencia de una función pública que corresponde en exclusiva a la Administración, ni transforma la actividad privada en pública.

El admitido a un determinado *status* queda inserto en una relación jurídica en la que no se ve sometido solo a los tradicionales poderes de policía administrativa sino a unas potestades específicas, concedidas por el ordenamiento, a favor de la Administración que las ejerce de manera continua; a unas potestades de supervisión e inspección de ejercicio duraderas. Y si bien lo sitúan en una relación de especial vinculación respecto de esta por razón de la actividad de interés público desarrollada<sup>22</sup>, ello no comporta que la actividad prestada sea de titularidad pública. La admisión, por otra parte, no es solo un título habilitante para desarrollar una actividad jurídicamente lícita; impone al admitido la carga de llevarla a cabo, como un auténtico deber.

De todo lo expuesto, debe concluirse que la admisión crea a favor del particular admitido el derecho a ejercer una actividad privada, no pública, y lo sitúa en un *status* vinculado con la Administración y aun conformado por ella, pero ajeno a su organización administrativa, de tal suerte que no pasa a integrarse en ella. En otros términos, lo ubica en su esfera de influencia pero no lo absorbe. Y esto es relevante porque, de una parte, lo hecho por

el admitido se le imputa exclusivamente a él y no a la Administración y, de otro lado, no está en relación jerárquica respecto de esta sino en relación de supremacía.

3. CONCEPTO ESTRICTO Y FUNCIONAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO. JERARQUÍA Y SUPREMACÍA. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO COMO HAZ DE COMPETENCIAS. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS: CLASES DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN; LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE DERECHO PRIVADO

Los criterios que defienden la aplicación del régimen de responsabilidad pública a los daños causados por los registradores en el ejercicio de sus funciones invocan para justificarse el carácter de funcionario público, la índole de órgano administrativo del Registro y la naturaleza también administrativa de la actividad registral.

Se hace preciso pues delimitar ese concepto para verificar la corrección de la fundamentación alegada.

*A) Concepto estricto y funcional de funcionario público*

La noción de funcionario público tampoco es unívoca. Sobre la base de un concepto básico, el ordenamiento desgrana una amplia panoplia de otros, funcionales; es decir, de conceptos que lo definen a determinados efectos o en determinados ámbitos de actuación.

La noción básica de funcionario la ofrece el artículo 9 del texto refundido de Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Previene este que «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente».

A la vista del precepto, se ha señalado que las características definidoras del concepto básico o estricto de funcionario son: estar nombrado legalmente; estar vinculado a una Administración pública mediante una relación permanente, de índole estatutaria, sometida al derecho administrativo —no por una relación laboral—; tratarse de una relación establecida para la prestación de servicios profesionales y percibir las correspondientes retribuciones por los servicios prestados con cargo a los presupuestos públicos. Además, se ha puesto de manifiesto que, en la relación funcional

estricta, la vinculación del funcionario con la Administración comporta su integración en la organización administrativa como uno de sus elementos y, en consecuencia, su sujeción a la regla de la jerarquía.

A partir de esta noción, el ordenamiento ha construido otros conceptos de funcionario; los antes llamados funcionales. En ellos, la presencia e intensidad de las características señaladas se modula. Se ha hablado así de una escala de funcionarización de la relación que liga al personal con la Administración pública. En uno de los extremos de la escala está el concepto básico o propio de funcionario expuesto. En el opuesto, el concepto más lábil, el penal, contenido el artículo 24.2 del Código Penal, que dispone que «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas», de tal suerte que lo que lo define es su participación en el ejercicio de funciones públicas, faltando todas las demás características antes enunciadas.

Entre ambos, existen otras relaciones calificadas de funcionariales con características distintas cada una de ellas. Los casos son numerosos. Baste como botón de muestra la cita de dos: Se califican sin violencia como funcionarios públicos, a los interinos o eventuales, pese a faltarles el elemento de la permanencia; o al personal de entidades públicas empresariales, pese a regirse su relación de servicio por el derecho laboral y no por el administrativo.

Una de las situaciones jurídicas que el ordenamiento califica de funcional, ubicable en un punto medio de la escala antes citada, es la propia de quienes, con carácter adicional a su actividad privada, ejercen funciones públicas, bien de manera permanente —como es el caso del notario o registrador—, bien de forma episódica o esporádica —el capitán de buque o el comandante de aeronave—. La calificación funcional se limita a determinados efectos y parcelas de su actividad, fijados por la legislación. El así definido como funcionario se erige en un colaborador de la Administración en tanto ejerce funciones públicas y se sitúa en situación de vinculación con ella solo en relación con las actividades calificadas como públicas. No obstante, conserva su carácter de sujeto privado. De ahí que, ni se integre en la organización y estructura administrativa, ni quede sometido a una relación de jerarquía. En el ejercicio de su función pública, queda vinculado con la Administración pública mediante una relación de supremacía.

### *B) Jerarquía y supremacía*

Una de las notas características del funcionario *stricto sensu* es su integración en la Administración y, por ende, su sujeción al principio de

jerarquía. Frente a ello, quienes, aún siendo calificados por el ordenamiento como funcionarios, no se integran en la estructura administrativa —como es el caso de quienes adquieren su *status* por admisión—, se vinculan con la Administración mediante una relación de supremacía.

La jerarquía se ha definido tradicionalmente como la agrupación de oficios administrativos, dispuestos a modo de pirámide, que se comporta como un todo<sup>23</sup>. Las directrices para el desenvolvimiento de la actividad descienden desde el superior al inferior, desde el vértice a la base, lo que impide cualquier desviación de los órganos inferiores al desarrollar de sus actividades<sup>24</sup>. La relación jerárquica se establece sobre la base de una distribución de funciones de mayor a menor. En ella hay dos posiciones, una de superioridad y otra de dependencia. En virtud de su posición, el órgano superior puede predeterminar, sustituir y dejar sin efecto en cualquier momento la voluntad del inferior, de tal suerte que esta tiene una eficacia jurídica debilitada, de provisionalidad en tanto aquel puede modificarla o sustituirla. A resultas de ello, el órgano superior asume la total responsabilidad de lo hecho por el inferior.

La existencia de una relación de jerarquía comporta la atribución al superior de un poder de dirección sobre el inferior que se concreta en la posibilidad de impartirle, bien instrucciones concretas en relación con un determinado asunto (órdenes), bien instrucciones generales (instrucciones y circulares); de un poder de control, de fiscalización de su actividad; de un poder de revisión de sus actos, esto es, de dejarlos sin efecto, tanto por razones de legalidad como de oportunidad; y de un poder de modificación del contenido de su competencia, asumiendo las que le corresponden (avocación) o transfiriéndole las propias (delegación).

Respecto del inferior, la relación de jerarquía comporta el deber de obediencia, de tal suerte que no puede sustraerse a las órdenes que le son impartidas.

Los funcionarios funcionales, por el contrario, no están sujetos a una relación de jerarquía sino de supremacía. Esta es distinta de la jerarquía. Se da entre quienes no están en situación jurídica de estricta dependencia, sin perjuicio de apreciar entre ellos una ligazón no igualitaria. Ambos sujetos u órganos tienen competencias distintas. En virtud de la ligazón que les vincula, un órgano, el preeminente, puede limitar el ámbito de discrecionalidad del otro al ejercer su competencia, pero no mediante órdenes concretas, sino solo proporcionándole criterios generales a observar con ocasión de decisiones o actuaciones futuras. El criterio del preeminente puede llegar a ser vinculante pero va plasmado en un *standard* orientador de la conducta futura del dependiente. Este tiene siempre un margen de discrecionalidad para apreciar las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de adoptar su decisión, aplicando el criterio recibido con las modulaciones que considere

convenientes. En cierta medida, el criterio, el tiempo y el modo de ejercicio de la competencia del dependiente pueden quedar predeterminados por las directrices del órgano preeminente pero siempre hay dos límites:

a) El órgano preeminente no puede sustituir la voluntad del órgano subordinado, imponiendo la propia en el ámbito reservado por la norma a favor de aquel. La voluntad jurídicamente relevante es la del dependiente; es la que se manifiesta y a la que se imputan las consecuencias jurídicas, sin que quepa alterar este hecho. Por ello, el preeminente no puede —al contrario que en la jerarquía— avocar para sí la decisión.

b) El órgano preeminente no puede predeterminar *in toto* la voluntad del subordinado. Este ejerce una competencia propia. Puede orientarla o condicionarla desde arriba pero no puede ni sustituirla, ni absorberla.

El deslinde entre el concepto básico y los funcionales de funcionario, unas veces, es claro y cierto; en otras ocasiones, arduo y confuso. Indicio que permite realizar *prima facie* la delimitación es el propio lenguaje legal. En el caso del funcionario *stricto sensu*, las disposiciones legales previenen que *son* funcionarios; en los restantes supuestos, esas mismas disposiciones emplean los términos tales como *se consideran*, *se equiparan*, *se asimilan*, *tienen el carácter* u otras expresiones análogas para evidenciar que no son propiamente funcionarios sino que participan de su naturaleza en alguno o algunos de sus caracteres<sup>25</sup>.

### C) *Funcionarios públicos y régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*

La calificación como funcionario público, en toda su extensión, no comporta indeclinablemente la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial a todas las actividades desarrolladas por quienes reciben tal *nomen*.

La aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, solo es aplicable a los daños causados por funcionarios que quedan integrados en la organización y estructura administrativa. Los imputables a quienes no lo hacen, se excluyen de dicho régimen. Un examen de la legislación así lo acredita.

En efecto, el régimen de indemnización de los daños causados por los funcionarios públicos se rigió inicialmente por el artículo 1903 del Código civil y la Ley de 5 de abril de 1904, que consagraban la responsabilidad civil de los empleados públicos. El establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva como mecanismo de indemnización de los daños causados por la Administración, operado por los artículos 121 de la Ley de Expropiación

Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de diciembre de 1957, no comportó la desaparición de la posibilidad de exigir al funcionario causante del daño su responsabilidad en vía civil. Esta se quiso suprimir —dejando exclusivamente la de la Administración— con la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien la renuencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a observar sus previsiones, motivó que, con ocasión de su reforma —operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero— y de la Ley Orgánica del Poder Judicial —llevada a cabo en las mismas fechas—, se derogara la Ley 5 de abril de 1904 y se estableciera la imposibilidad de accionar en vía civil contra el funcionario público integrado en la organización administrativa en reclamación de daños causados con ocasión de su actividad. Se produjo entonces una depuración del ordenamiento jurídico a fin de abrogar los preceptos concordantes con la ley de 1904 que pudieran amparar pretensiones encaminadas en ese sentido.

En ese proceso de depuración, solo se mantuvieron las previsiones legales que permiten accionar contra todos los funcionarios por responsabilidad civil derivada de delito (Código Penal, art. 121) y las relativas a quienes ejercen funciones públicas no estando integrados en la estructura administrativa. Claro ejemplo de esta última situación es la pervivencia del artículo 296 de la Ley Hipotecaria, que no ha sido ni derogado, ni modificado.

Así las cosas, la calificación como funcionario público de un sujeto no comporta ineluctablemente la aplicación del régimen público de responsabilidad patrimonial a los daños derivados de su actuación. Esta solo deviene obligada en el caso de que se trate de un funcionario público en sentido estricto; esto es, que participe de todas las condiciones señaladas en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público y que, por ende, esté integrado en la estructura administrativa.

#### *D) El órgano administrativo como haz de competencias*

Otra de las afirmaciones que sirve de sustento para predicar la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración a los causados por los registradores es la de que el Registro de la Propiedad es un órgano administrativo y su titular, el registrador.

La noción de órgano se concibió para explicar la actuación de las personas jurídicas a través de personas físicas<sup>26</sup>. Se articuló para dar respuesta al problema de la imputación a entidades morales de actuaciones hechas por individuos.

La noción de órgano es ajena al sujeto individual, a la persona física. Se formuló inicialmente desde un punto de vista subjetivo para sufrir luego

un proceso de objetivación y abstracción. En sus orígenes, el agente de la persona jurídica era su representante, de tal suerte que se consideraba que había dos voluntades, la del representado y la del representante. Después, se abandonó este planteamiento y se conformó la teoría del órgano en la que solo hay una voluntad, la de la persona jurídica, si bien se exterioriza a través del órgano. Finalmente, se desbordó este planteamiento puramente subjetivo y se adicionó un elemento de índole objetiva. El órgano devino así un haz de atribuciones y tareas correspondientes a una entidad, desenvueltas por un titular, persona física, legitimada para actuarlas y que cuenta con un soporte material para ello — que es de titularidad de la entidad—.

El elemento definidor primordial del órgano administrativo es el conjunto de atribuciones encomendadas. Hay órgano cuando hay competencias atribuidas, siendo su titular y los medios materiales meros instrumentos para su realización efectiva. En él, el titular expresa una voluntad no propia sino de la Administración y se sirve de los medios materiales y personales puestos a su disposición por la Administración que es quien los organiza, sustenta y financia.

*E) Las actuaciones administrativas: clases de actos de la Administración; los actos de administración pública de derecho privado*

También quienes preconizan la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños irrogados a los particulares por los registradores invocan como justificación para hacerlo la índole administrativa de la actuación registral. Se dice que «es obvio que la actividad registral es siempre por definición una actividad objetiva y subjetivamente administrativa, que versará en ocasiones, las más numerosas, sobre la aplicación del Derecho Privado y en otras, las más escasas, sobre Derecho Administrativo»<sup>27</sup>.

Bajo la denominación de actuaciones administrativas, se engloban dos de diferente índole: las materiales y las jurídicas. Las jurídicas se concretan en actos de la Administración. Son actos de la Administración los que, sin perjuicio de precisar otros requisitos irrelevantes a los efectos de esta exposición, proceden o se adoptan por una Administración pública, tras seguirse un procedimiento administrativo y se sujetan, en lo tocante al fondo, bien al derecho administrativo, bien al derecho privado.

La combinación de los requisitos señalados permite distinguir en la categoría de los actos de la Administración dos especies:

a) *Los actos administrativos*. Precisan la concurrencia de tres requisitos: (i) el dictarse por una Administración pública, (ii) tras seguirse un procedimiento administrativo regulado en normas de este carácter y (iii) regirse por el derecho administrativo en lo tocante al fondo del asunto sobre el que

versan. Se impugnan —por razones de competencia, de procedimiento o de fondo— siempre ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial («los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzca en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo»), pues todos sus aspectos están sometidos a este ordenamiento.

b) Los *actos privados de la Administración*. Son aquellos que (i) se adoptan por una Administración pública, (ii) tras seguirse un procedimiento administrativo, (iii) y se rigen por el derecho laboral o privado en lo tocante al fondo del asunto sobre el que versan. Se impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativa si la pretensión se basa en razones de competencia o de procedimiento —porque estas materias se rigen por el derecho administrativo— o ante las jurisdicciones ordinaria y laboral cuando las pretensiones se formulan en relación con el tema de fondo.

Estos son los actos de la Administración, pues solo ellos proceden —directa o indirectamente a través de vicarios— de ella. Y solo son administrativos los primeramente citados pues son los únicos que se someten íntegramente al derecho administrativo (Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 9).

Junto a los actos de la Administración, se ha acuñado doctrinalmente otra categoría: los denominados *actos de administración pública de derecho privado*. Son aquellos que (i) se adoptan por quienes ejercen funciones públicas o de interés público, (ii) tras seguirse un procedimiento no declarado formalmente administrativo, (iii) y se rigen por el derecho privado en lo tocante al fondo del asunto sobre el que versan. Es una categoría cuestionada hasta el punto de ser negada por muchos.

Estos actos de «administración pública» en sentido objetivo —de ahí que caligráficamente se emplee la minúscula para referirse a ellos—, no son dictados necesariamente por sujetos públicos o vicarios administrativos sino también por privados. Tienen relevancia y efectos públicos pero no pertenecen propiamente a las Administraciones públicas. En modo alguno, pueden calificarse de administrativos, ni por el procedimiento seguido para su adopción, ni por el derecho que disciplina el fondo o materia sobre la que versan. Los casos de este tipo de actos son numerosos. Han cobrado especial importancia con el derecho europeo pues son frecuentes los casos contemplados en las regulaciones de la Unión Europea. Entre ellos se pueden citar los notariales, los dictados por entidades con forma jurídico-privada, pertenecientes al sector público, que tienen la condición de poderes adjudicadores-no Administraciones públicas en las fases internas de los procedimientos de contratación pública; los dictados por entidades con forma jurídico privada, no pertenecientes al sector público e incluidos en el ámbito de Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes

por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública; los dictados por el Coordinador de franjas horarias aeroportuarias, regulado por Real Decreto 20/2014, de 17 de enero, etc. Entre ellos han de incardinarse los adoptados por el registrador de la propiedad.

No distinguir entre las categorías expuestas y reducirlas a un concepto unitario, lleva a hacer calificaciones erróneas. Solo son actos de las Administraciones públicas los que tienen a ellas por autoras. Los que no lo son tienen, eventualmente y a determinados efectos, la *consideración* de actos de la Administración. Pero esta última circunstancia no permite calificar la actividad en cuyo seno se dictan como administrativa y, menos aún, concluir que les resulta aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial cuando de ellos se derivan daños.

#### IV. CARACTERIZACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

##### 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

El sistema registral —inmobiliario, mercantil y de bienes muebles— está encomendado a los registradores. Estos son, al tiempo, funcionarios públicos del Estado (Ley Hipotecaria, art. 274 y Reglamento Hipotecario, art. 536 y sigs.) y profesionales del derecho. Ese carácter dual está reconocido en la exposición de motivos del Real Decreto 483/1997, por el que se aprueban los Estatutos del Colegio de Registradores al decir que «los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble»; en la jurisprudencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1989, de 11 de mayo y 207/1999, de 11 de noviembre) y en la doctrina científica (entre otros, LA-CRUZ BERDEJO, CHICO ORTIZ y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA).

Los registradores se rigen por su legislación específica (Ley Hipotecaria y disposiciones concordantes y de desarrollo). No les resulta de aplicación la legislación general de los empleados públicos, sino cuando la suya propia así lo establece (Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, art. 4.f).

Como profesionales, los registradores ejercen sus funciones bajo su exclusiva responsabilidad en equivalencia con los profesionales liberales. Organizan y gestionan sus oficinas bajo su cuenta y riesgo, como auténticos empresarios (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA). Son empleadores del personal que presta sus servicios en ellos. Asumen el riesgo de la explotación económica del servicio, lo sustentan y financian.

Como funcionarios, adquieren su condición tras un nombramiento de la Administración una vez superada la correspondiente oposición. Están sometidos a un régimen estatutario singular, que les impone la obligación de colegiarse en una corporación profesional. Ni se incorporan a la Administración, ni están sujetos a sus instrucciones en el ejercicio de sus funciones, ni en fin perciben sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales del Estado. Ejercen su función primigenia, la calificadora, con absoluta independencia y bajo su exclusiva responsabilidad (Ley Hipotecaria, artículo 18).

Los registradores constituyen un caso de ejercicio privado de funciones públicas, pues desarrollan una actividad privada —la relativa a la publicidad inmobiliaria—, reconocida como de interés público por el Estado, sin integrarse en su organización burocrática y desempeñándola con carácter profesional. El reconocimiento de su interés público por el Estado comporta su calificación como función pública pero no su entera publicación. Los registradores no actúan como órganos estatales sino como colaboradores de la Administración, pues, si bien ejercen actividades de especial interés público, se deja en sus manos su desenvolvimiento.

En su relación con los particulares, la posición del registrador se caracteriza por la concurrencia de elementos de derecho público y de derecho privado. Con su nombramiento y adquisición de su *status*, hace suyo el derecho a ejercer su actividad, pero al tiempo deviene obligado a hacerlo. El particular que solicita sus servicios establece con él una relación jurídica privada —contractual o no según los autores—, abonándole un precio privado.

Con las mimbres expuestas, procede a continuación examinar si la calificación del Registro de la Propiedad como servicio público, del registrador como funcionario público y de la función registral como actividad administrativa hecha por la doctrina y la jurisprudencia para sustentar la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños causados por el registrador de la propiedad en el ejercicio de sus funciones es adecuada. Y la aplicación de lo dicho, lleva a conclusiones claras.

## 2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO ES UN SERVICIO PÚBLICO PROPIO. EL REGISTRADOR EJERCE PRIVADAMENTE UNA FUNCIÓN PÚBLICA INCARDINABLE EN EL CONCEPTO IMPROPIO DE SERVICIO PÚBLICO. IMPERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Se ha expuesto que los múltiples conceptos de servicio público son reductibles a dos categorías: una noción primordialmente subjetiva (*servicio*

*público propio*) definida por la prestación de la actividad por la Administración pública —directa o indirectamente a través de concesión—; y una noción objetiva, referida a actividades privadas de interés o relevancia pública, sujetas a un régimen especial de intervención administrativa (*servicio público impropio*).

El Registro de la Propiedad no es incardinable en el concepto de servicio público propio. No lo es en su noción estricta, pues ni hay una *publicatio*, esto es, una declaración legal expresa que así lo califique, ni los registradores son concesionarios. La caracterización del Registro de la Propiedad como servicio público propio es meramente doctrinal, fruto de la especulación teórica, y carente de un sustento legal. Para calificar una actividad como servicio público —que comporta la asunción de su titularidad por parte de la Administración pública— se requiere constitucionalmente la existencia de una norma de rango legal que lo disponga (Constitución, art. 128.2) y, en el caso considerado, no existe.

Tampoco cabe incluir el Registro en el segundo sentido antes expresado del concepto de servicio público, pues la actividad registral no puede incluirse entre la propia de la gestión industrial de la Administración.

No es posible, por otra parte, incardinar el Registro en el giro o tráfico de la Administración, pues la función registral versa sobre relaciones y materias jurídico privadas, ajenas a la actuación de aquella.

Y, en fin, el Registro de la Propiedad no es un servicio público propio por cuanto no queda integrado en la organización administrativa. Es ordenado y gestionado por el registrador de la propiedad de manera autónoma.

Por el contrario, el Registro de la Propiedad puede calificarse sin violencia de servicio público impropio, que se refiere a actividades de interés público o de interés general.

El registrador de la propiedad desarrolla una actividad privada, que lleva inherente el ejercicio privado de determinadas funciones públicas. No procede examinar los orígenes y evolución de la actividad del registrador y su configuración jurídica. Está hecho por destacada doctrina desde hace años. Baste en tal sentido citar las consideraciones formuladas por CHICO Y ORTIZ<sup>28</sup>, LACRUZ BERDEJO<sup>29</sup>, YZQUIERDO TOLSADA<sup>30</sup>, BALLESTEROS ALONSO<sup>31</sup> —siguiendo las orientaciones de ZANOBINI<sup>32</sup>, ALESSI<sup>33</sup> y LUCIFREDI<sup>34</sup>— que han desmenuzado pormenorizadamente su configuración histórica y legal. Todos ellos han puesto de manifiesto que el registrador es un sujeto privado auxiliar de la función pública, que ejerce su actividad profesionalmente y que actúa en provisión de un fin o interés público. Su actividad, privada adquirió con el devenir un significado especial, lo que motivó la intervención de los poderes públicos con extraordinaria intensidad, sin que ello haya transmutado la naturaleza de su quehacer. Todos, además, han resaltado que

el registrador, ni se integra en la organización administrativa, ni tiene la condición de concesionario.

Pues bien, como se señaló anteriormente, solo cuando la calificación de una actividad como servicio público va acompañada por la integración de su prestador en la organización administrativa resulta incluida en el ámbito del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Este precepto se refiere al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos como hecho generador de la lesión resarcible. La expresión servicios públicos empleada por el precepto ha sido interpretada en sentido amplio por abundantísima jurisprudencia, identificándola con la acción administrativa en su conjunto<sup>35</sup>. Ahora bien, no obstante esa amplitud, la expresión viene delimitada por la integración en la organización administrativa del gestor de la actividad pública. Sin ella, no entra en juego el sistema de responsabilidad patrimonial pública. Así, al faltar, «no imputan su actividad dañosa a la Administración lo concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales que ejercitan privadamente funciones públicas»<sup>36</sup>. Lo hacen a ellos mismos.

La falta de integración del registrador en la estructura administrativa impide pues incluirlo en el concepto del servicio público definido por la expresión «giro o tráfico de la Administración» y en consecuencia, en el mentado artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Y la consideración de su actividad como servicio público impropio no es título ni bastante ni adecuado para hacerlo.

3. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD NO ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO EN SENTIDO ESTRICTO. EL REGISTRADOR COMO FUNCIONARIO FUNCIONAL. SU NOMBRAMIENTO RESPONDE AL ESQUEMA DE LA ADMISIÓN ADMINISTRATIVA. INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE JERARQUÍA ENTRE EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL EJERCER SU FUNCIÓN. VINCULACIÓN ENTRE AMBOS INCARDINABLE EN LA RELACIÓN DE SUPREMACÍA

Se ha examinado con anterioridad la multiplicidad de conceptos de funcionario público existentes en nuestro ordenamiento jurídico, que van desde uno estricto, contemplado en el artículo 9 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, hasta el más lábil y amplio del artículo 24.2 del Código Penal, jalonado entre ambos extremos por otros de distinto alcance (*conceptos funcionales*).

El artículo 9 del texto refundido de Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre,

previene «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente». Y, como se dijo, a la vista del precepto, la doctrina ha señalado que las características definidoras del concepto básico o estricto de funcionario son: estar nombrado legalmente; estar vinculado a una Administración pública mediante una relación permanente, de índole estatutaria, sometida al derecho administrativo —no por una relación laboral—; tratarse de una relación establecida para la prestación de servicios profesionales y percibir las correspondientes retribuciones por los servicios prestados con cargo a los presupuestos públicos. Además, se ha puesto de manifiesto que, en la relación funcional estricta, la vinculación del funcionario con la Administración comporta su integración en la organización administrativa como uno de sus elementos y, en consecuencia, su sujeción a la regla de la jerarquía.

El artículo 274, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria dispone que los «Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales». Ahora bien, esa calificación no comporta que sean incardinables en la noción estricta de funcionario público regulada por el ordenamiento jurídico por cuanto:

A) La propia terminología legal lo evidencia: frente al tenor del artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado público que dice que *son* funcionarios, el artículo 274 de la Ley Hipotecaria reza que *tienen el carácter* de funcionarios públicos. Y el empleo de estos términos no puede juzgarse arbitrario. Antes al contrario, el artículo citado trae causa de la legislación decimonónica en la que se perfilaron cuidadosamente y de manera precisa las nociones de *ser*, *tener la consideración de*, *estar equiparado a*, *tener el carácter de* o, en fin, *estar asimilado a* empleado público, para expresar situaciones diferentes.

B) No concurren en los registradores los requisitos definidos en el artículo 9 del Estatuto Básico del empleado público. Tienen un nombramiento legal y prestan servicios profesionales con carácter permanente. Incluso están vinculados con la Administración —pero no integrados—. Sin embargo, faltan en ellos los otros elementos definidores: ejercen su función con independencia, bajo su exclusiva responsabilidad; no están integrados en la organización administrativa por cuanto, como profesionales, organizan el servicio de manera empresarial; son empleadores de los trabajadores que prestan sus servicios en la oficina registral. Y, en fin, no perciben sus retribuciones de los presupuestos públicos.

La independencia jerárquica, la forma de remuneración y la finalidad de la intervención administrativa determinan el *status* funcional de los

registradores de la propiedad, que debe considerarse funcional, limitado, ceñido a un ámbito determinado: el propio de la función pública que ejercen.

En otros términos, la calificación de los registradores de la propiedad como funcionarios públicos tiene carácter limitado. Son funcionarios en la medida en que, con carácter adicional a su actividad privada, ejercen funciones públicas. La calificación se ciñe a determinados efectos y parcelas de su actividad; en concreto, al ejercicio de las citadas funciones públicas. Y, en relación con ellas, ni se integran en la estructura de la Administración pública, ni quedan sometidos a una relación de jerarquía con esta sino vinculados por una de supremacía.

El registrador de la propiedad es nombrado como tal por la Administración pública. Ahora bien, ese nombramiento tiene perfiles singulares. El nombramiento en sentido propio se predica de funcionario estricto *sensu*, por cuanto es el acto constituyente de una relación de servicio entre la Administración y la persona física, por virtud del cual esta queda integrada en la estructura administrativa y, por ende, sujeta en una relación de jerarquía.

El nombramiento del registrador de la propiedad responde, por el contrario, al esquema de la admisión antes descrito pormenorizadamente. La admisión, como se ha dicho, es un acto habilitante que constituye al admitido en un *status* preciso para el ejercicio de una profesión, que puede comportar el ejercicio privado de funciones públicas, como es el caso del registrador de la propiedad.

En virtud de su admisión o nombramiento y conforme con los criterios que la definen, el registrador de la propiedad queda habilitado —y obligado— para ejercer funciones públicas según unas reglas de actuación diametralmente opuestas a las observadas por quienes son funcionarios en sentido estricto. Ello se evidencia en la forma de ejercer su actividad.

La función pública registral primordial es la de calificación registral, que le encomienda el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Dispone este precepto que

«Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

La calificación consiste en el examen por el registrador de la validez externa e interna del título presentado a inscripción antes resolver sobre su ingreso en el Registro y a este solo efecto; la decisión sobre si el hecho, del cual se solicita el asiento, llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable. Consiste, en fin, en una labor de censura rigurosa

de los títulos presentados a inscripción para evitar que tengan acceso al registro títulos inválidos o en los que se constituyan derechos ajenos a la protección registral.

A través de la función calificadora se hacen efectivos diversos principios hipotecarios; en especial, el de legalidad. El registrador califica el título que se le presenta para su inscripción bajo el prisma de este principio; comprueba que el título se ajusta a las leyes. La calificación versa sobre los aspectos formales y materiales —capacidad de los otorgantes, validez del acto o contrato— del título, pero la facultad del registrador de examinar los últimos, varía según la clase de documentos. Tiene distinto alcance según se trate de documentos notariales, documentos judiciales o administrativos.

La calificación se ejerce por los registradores bajo su exclusiva responsabilidad. Ello comporta, de una parte, que lo hacen de forma independiente, sin sujeción a instrucciones superiores, hasta el punto de no poder consultar al Centro Directivo a través del cual se relacionan con la Administración —en el caso del Estado, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— las materias o cuestiones sujetas a su calificación. Y, de otro lado, que lo hacen con base en criterios estrictamente jurídicos, orillando cualquier valoración de oportunidad de los actos calificados.

El ejercicio de la función calificadora es obligatoria para el registrador. No puede excusarse de llevarla a cabo ni aún en el caso de que el mismo título haya sido anteriormente calificado en otro registro. Es personalísima, por cuanto ni puede delegarla en otra persona, ni puede consultar con la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Ley Hipotecaria, artículo 273) a la hora de llevarla a cabo, ni este Centro Directivo puede avocarla para sí, sustituyéndolo en la formación de su decisión. Es independiente, pues se ejerce por el registrador sin que se le puedan dar órdenes o instrucciones concretas sobre cómo hacerlo. Ahora bien, esa independencia no está carente de límites. Esos límites son los derivados de la propia documentación presentada —debe ajustarse a los documentos presentados por los interesados—, de la ley, de los asientos del Registro que no están cancelados y eventualmente de los criterios, generales y orientativos, que pueda señalar la Administración para interpretar las normas jurídicas. Estos criterios no son órdenes individualizadas para el caso concreto. Son simples reglas orientadoras de la interpretación jurídica a llevar a cabo, que no le vinculan pues califica según su parecer.

En otros términos, el registrador de la propiedad está vinculado con la Administración en virtud de un nombramiento —*admisión*— hecho por esta, pero, ni se integra en ella, ni está sujeto a sus instrucciones y órdenes en el desempeño de sus funciones. No está inserto en una relación de jerarquía en lo que atañe a su actividad. Su posición y la de la Administración es incardinable, con naturalidad, en la relación de supremacía descrita antes

y que, como se dijo, es la propia de determinadas relaciones funcionariales de carácter funcional.

La labor registral, en general, y la calificadora, en particular, se han descrito de múltiples formas: manifestación de la jurisdicción voluntaria, ejercicio privado de funciones públicas, actuación de índole estrictamente civil, administración pública de derecho privado, actividad naturaleza materialmente administrativa pero sujeta a reglas especiales. Poco importan esas calificaciones que han dado lugar a una abundante literatura jurídica. Lo que debe resaltarse es que, no obstante su diversidad, hay un elemento común: la singularidad de la actividad del calificador, que la aleja de las reglas observadas por los funcionarios públicos incardinados en la estructura administrativa, sujetos siempre a las directrices de los superiores, a los criterios de ponderación de oportunidad y, aún, políticos de los máximos órganos rectores de la Administración.

La simple relación hecha de características de la labor de calificación pone de manifiesto que se acomoda con naturalidad con la situación estatutaria propia de las actividades de interés público antes descrita; en especial con la dimanante de la figura de la admisión y con la relación de supremacía, lo que aleja al registrador de la posición propia de los funcionarios típicos.

Se ha expuesto también antes que la mera calificación de una relación de servicio como funcional no comporta que los daños causados con ocasión de actuación sean incardinables en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Antes al contrario, solo la de quienes se integran en la estructura administrativa lo hace. El elemento de integración en la organización administrativa —a resultas de una relación de jerarquía— es primordial para su aplicación y, en el caso examinado, falta. Por consiguiente, los daños causados por los registradores no pueden ser solventados con base en el tan mencionado precepto.

#### 4. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO ES UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO. LAS FUNCIONES REGISTRALES ESTÁN ATRIBUIDAS EN EXCLUSIVA AL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Otro de los argumentos dados por quienes sostienen la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial público a la actuación del registrador de la propiedad es que los daños son imputables, bien íntegramente al registro en cuanto órgano administrativo —del que es titular el registrador—, bien en unas ocasiones al registro y en otras al registrador —postura acogida por el Consejo de Estado en algunos dictámenes antes citados—.

El argumento es sin embargo cuestionable. Como se examinó, la noción de órgano se concibió para explicar la actuación de las personas jurídicas

a través de personas físicas. De la teoría del órgano reseñada, conviene retener dos extremos:

- a) En el órgano administrativo, solo hay una voluntad, la de la Administración pública, del cual aquel es un mero instrumento que la exterioriza.
- b) El órgano administrativo se define por la atribución de una serie de funciones o competencias y se inserta en la estructura jerárquica de la Administración pues esta es quien lo crea, organiza, provee, financia y sustenta económicamente.

A la vista de estas consideraciones, calificar el Registro como órgano resulta inadecuado. De una parte, las funciones registrales —en especial, la calificadora— están atribuidas por la Ley Hipotecaria al registrador de la propiedad y no a un órgano, inexistente, denominado registro. Las ejerce personalmente según dispone el artículo 18 del mismo cuerpo legal. Y lo hace sin posibilidad, ni de ser privado de su ejercicio por la Administración supervisora mediante la avocación a su favor, ni de encomendarlo a otros a través de los mecanismos de la delegación o encomienda de gestión. Y, de otro lado, el registro carece de competencias propias y, al no tenerlas, no puede ser calificado de órgano. No pasa de ser un soporte instrumental para que el registrador desarrolle su labor.

Pero es más, ni el registrador de la propiedad, ni el Registro —aún hipotéticamente considerado como órgano— pueden merecer el calificativo de órganos administrativos. Ni uno ni otro se integran en la estructura administrativa. Y la actuación del registrador de la propiedad no es atribuible o imputable a la Administración. Lo es al propio registrador de la propiedad que la ejerce bajo su exclusiva responsabilidad (Ley Hipotecaria, art. 18).

Consecuencia indefectible de lo dicho es que, al no tener el Registro —si es que tuviera la condición de órgano— y el registrador de la propiedad la condición de órganos administrativos no cabe imputar su actuación a las Administraciones públicas a los efectos del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público.

## 5. LA FUNCIÓN REGISTRAL NO TIENE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

La actuación registral debe considerarse jurídica y se concreta en actos adoptados por el registrador, único titular de las competencias legalmente encomendadas. Pero no puede calificarse de administrativa al no reunir las exigencias precisas por el ordenamiento para ello.

Los actos del registrador no son calificables de actos administrativos. Como se ha expuesto, solo merecen tal consideración, a la vista de los ar-

títulos 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los dictados por las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo tanto en lo tocante al fondo del asunto como al procedimiento seguido para su adopción.

Los actos dictados por los registradores de la propiedad no reúnen los citados requisitos: ni son dictados por órganos administrativos, ni su fondo se rige por el derecho administrativo —pues es civil—, ni el procedimiento seguido para su adopción tiene tal carácter.

Es palmario que los actos de los registradores, adoptados en el ejercicio de sus funciones de calificación y demás atribuidas por la ley, no pueden imputarse a la Administración pública pese a su condición de funcionarios pues no se integran en ella. Y lo es también que, en lo tocante al fondo, esos actos no se rigen por el derecho administrativo. Lo hacen por normas de derecho privado. Las calificaciones, las inmatriculaciones, las informaciones continuas, etc., versan sobre materias propias del derecho privado y se resuelven conforme a normas de esa naturaleza, no administrativas. Por consiguiente, no pueden calificarse de actos administrativos por faltar los requisitos de imputación subjetiva a la Administración, de adopción tras observarse un procedimiento administrativo y de regirse, en cuanto al fondo, por el derecho administrativo. De ahí que no puedan impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa sino ante los juzgados y tribunales del orden civil, según previene el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las construcciones encaminadas a configurarlos como actos administrativos, distinguiendo entre acto registral —el llevado a cabo por el registrador mediante un proceso comprobación y calificación del documento— y el acto registrado —el inscrito—, con dos naturalezas distintas —el primero, administrativo y el segundo, civil— carecen de fundamento<sup>37</sup>. Ambos actos son hechura exclusiva del registrador de la propiedad y se adoptan en el seno de un mismo procedimiento; es más, el acto registrado es culminación o fruto de un procedimiento de calificación positiva, de tal suerte que no cabe escindirlos.

Tampoco los actos del registrador pueden calificarse de actos privados de la Administración pública por cuanto, ni proceden de esta, ni se adoptan tras seguirse un procedimiento administrativo.

Los actos de los registradores son incardinables entre los actos de administración pública de derecho privado. Dictados por particulares en el ejercicio de funciones públicas, ni el procedimiento seguido para su adopción, ni el derecho aplicable al fondo, son administrativos. Antes al contrario, se rigen por el derecho privado. Como tales actos de administración pública de derecho privado *tienen la consideración* de actos de la Administración a

unos determinados y particulares efectos señalados por la ley; en concreto, a los efectos de su eventual recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Fuera de ello, no hay un ápice de administrativización en su conformación, de tal suerte que no puede afirmarse su naturaleza administrativa.

La posibilidad de revisión de las calificaciones por la Dirección General del Ministerio de Justicia no comporta la administrativización de la función registral. La Administración pública interviene ejercitando unas competencias que, si bien no son arbitrales, participan en cierta medida de ese carácter. Lo hace en una discrepancia existente entre dos particulares —el registrador y el solicitante de la inscripción— por razón del interés público subyacente en la actuación registral. Este fenómeno se da en otros muchos ámbitos (la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en materia de seguros, el Banco de España en relación con las entidades financieras, la Secretaría de Estado para la agenda digital en materia de comunicaciones, las Juntas Arbitrales de Consumo o de Transporte...), sin que ello altere la naturaleza privada de las actividades concernidas.

En consecuencia, al no estar sujetos los actos de administración pública de derecho privado al derecho administrativo, su invocación tampoco puede servir para justificar la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial pública en el caso de daños derivados de la actuación de los registradores de la propiedad.

## V. CONCLUSIONES: INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Los registradores de la propiedad son profesionales que aúnan el ejercicio de una actividad privada y una función pública. Las condiciones de ejercicio de esta última requieren la utilización de potestades administrativas. Pero este ejercicio no transforma al registrador de la propiedad en un funcionario público típico. Antes al contrario, conserva su carácter de profesional, aún sometido a una reglamentación legal específica y una intensa intervención administrativa.

La configuración de los registradores de la propiedad y de la actividad registral en los términos citados comporta su sujeción a las reglas de derecho privado, sin perjuicio del establecimiento de un régimen peculiar de impugnación de sus actos —recurso gubernativo frente a los recursos administrativos ordinarios—. En consonancia con su carácter de profesionales del derecho, en materia de responsabilidad, el régimen de indemnización de

los daños causados a resultas de su actividad es el civil según establecen tajantemente las normas aplicables; en particular, la Ley Hipotecaria en sus artículos 296, 300, 301 y 303, el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en su artículo 88.2 y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

Frente a la claridad y contundencia de las previsiones legales y reglamentarias citadas no cabe oponer una artificiosa construcción doctrinal y jurisprudencial que, sobre la base de un eventual carácter de servicio público del Registro, de la condición de funcionario público del registrador, de la hipotética naturaleza de órgano administrativo del Registro y de la supuesta índole también administrativa de la actuación registral, afirma la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial pública consagrado en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, a los daños irrogados por los registradores en el ejercicio de sus funciones.

Un examen pormenorizado de la realidad pone de manifiesto la inexactitud de construcción mencionada pues, ni el Registro es un servicio público propio; ni el registrador es funcionario público típico, sino que solo tiene tal consideración a determinados y concretos efectos; ni tampoco es un órgano administrativo; ni en fin la función registral tiene naturaleza administrativa.

La inexistencia de preceptos legales que desvirtúen las previsiones de la Ley Hipotecaria y la falta de fundamento de las premisas con que operan los criterios que preconizan la aplicación del sistema de responsabilidad pública abocan a considerar que el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no entra en juego cuando se trata de solventar reclamaciones formuladas por daños derivados del actuar de los registradores de la propiedad. Estas deben resolverse en vía civil y conforme a las normas del derecho privado.

Esta conclusión cohonesta con naturalidad con el hecho de que los registradores de la propiedad y su función quedaron, desde su creación, al margen del régimen jurídico administrativo, aun cuando, en su estatuto profesional, siempre de forma recurrente, aparecen imbricados de manera íntima elementos públicos y privados en el sentido de que son funcionarios pero ejercen su función como profesionales. Y ello porque, al ejercer la función calificadora, los registradores no actúan como órganos administrativos, pues ni están integrados, ni dependen de la Administración pública. Lo hacen, bajo su exclusiva responsabilidad, ejerciendo una función pública como profesionales, una función pública que tienen encomendada legalmente. Así lo declara el preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al afirmar que «la ley opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos ...a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como... registradores de la propiedad y

Mercantiles... Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar...».

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

### DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

- Dictámenes núms. 773/1995, de 20 de julio de 1995
- Dictamen 1380/1996, de 19 de septiembre
- Dictamen 940/99, de 21 de octubre de 1999
- Dictamen 949/1999, de 21 de octubre de 1999
- Dictamen 2205/1999, de 16 de septiembre
- Dictamen 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010
- Dictamen 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017
- Dictamen 90/2018, de 22 de marzo de 2018

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala Tercera) de 22 de marzo de 1995
- STS (Sala Tercera) de 10 de octubre de 2002
- STS (Sala Tercera) de 6 de abril de 2005
- STS (Sala Tercera) de 13 de febrero de 2007

### SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN de 21 de marzo de 2001
- SAN de 15 de febrero de 2002
- SAN de 10 de octubre de 2002
- SAN de 13 de febrero de 2007

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Se incluye exclusivamente la bibliografía citada y la clásica.

- ALESSI, R. (1970). *Derecho administrativo*, trad. esp., vol. I, Barcelona.
- BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de registradores y notarios, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII.
- CHICO y ORTIZ, J.M. (1977-1978). *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid.

- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad civil del Registrador*, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1997). La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, Sala Primera) en *Revista de la Administración pública*, núm. 143.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2000). Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, Sala Tercera), en *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956). *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2004). *Curso de derecho administrativo*, 9.ª ed., Madrid.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. (1957). *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1949). Naturaleza del procedimiento registral, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- (1955). La impugnación de actos registrables, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- HERNÁNDEZ GIL, F. (1970). *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador, en *Estudios de derecho privado común y foral*, Barcelona.
- LOPEZ MEDEL, J. (1958). Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público, también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- LUCIFREDI, R. (1978). *Diritto amministrativo*, Milano.
- SANTOS BRIZ, J. (1989). *La responsabilidad civil*, 2 vols., Madrid.
- SERRERA CONTRERAS, P. (2003). Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680.
- VILLAR EZCURRA, J.L. (1999). *Derecho administrativo especial, Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, 1999.
- VILLAR PALASÍ, C. (1977). *Apuntes de derecho administrativo. Parte general*. Madrid, T. II.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid.
- ZANOBINI, G. (1958). *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milano.

## NOTAS

<sup>1</sup> El artículo 296 de la Ley Hipotecaria dispone que: «Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: Primero. Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro. Segundo. Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. Tercero. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente. Cuarto. Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota

*marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley. Quinto. Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley».*

Los artículos 300 y 301 del mismo cuerpo legal establecen, respectivamente, que: «El que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido. El que por las mismas causas pierda solo la hipoteca que asegure una obligación, podrá exigir que el Registrador, a su elección, le proporcione otra hipoteca igual a la pérdida o deposite, desde luego, la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación». Y «El que por error, malicia o negligencia del Registrador quede libre de alguna carga o limitación inscritas será responsable solidariamente con el mismo Registrador del pago de las indemnizaciones a que este sea condenado por su falta».

<sup>2</sup> «Toda demanda que se deduzca contra el Registrador para exigirle la responsabilidad se presentará y sustanciará ante el Juzgado o Tribunal a que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta».

<sup>3</sup> Así, el artículo 88.2 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, dispone: «2. La Hacienda pública podrá ejercitar las acciones civiles que la ley autoriza para obtener la indemnización de daños y perjuicios a que pudiera dar lugar la dilación injustificada de los registradores en la práctica de los servicios que les encomienda este reglamento».

Y, por su parte, el artículo 105.4, párrafo segundo, del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio de 2004, en análogo sentido, instituye: «La Tesorería General de la Seguridad Social podrá ejercitar cuantas acciones civiles procedan legalmente para exigir responsabilidades de los daños y perjuicios a que diere lugar la dilación de los registradores en la práctica de los servicios que les encomienda este reglamento».

<sup>4</sup> Los primeros en realizar tal calificación con rotundidad fueron Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en *Naturaleza del procedimiento registral*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1949), 579 y sigs., y en *La impugnación de actos registrables*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1955), 513 y sigs., y Jesús LÓPEZ MEDEL en *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, también en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1958), 1-37, 146-213, 289-362, 449-495 y 601-658. Este último lo definía como «aquel servicio público de carácter esencial y jurídico, que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas por medio de la inscripción, obligatoria o constitutiva, de los derechos reales, como regla general sobre inmuebles en razón a la seguridad del tráfico inmobiliario, de la cual es destinataria la sociedad, a la vez que se satisface el interés particular de los individuos, estando a cargo de funcionarios públicos, técnicos en Derecho, con facultades de índole jurisdiccional, a los fines, por medio de la calificación, de la justicia registral».

Una exposición de conjunto sobre la cuestión en CHICO y ORTIZ, J.M. (1977-1978) *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 38 y sigs.

<sup>5</sup> Dictámenes 949/1999, de 21 de octubre, 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010, 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017, 90/2018, de 22 de marzo de 2018, etc.

<sup>6</sup> SSTS (Sala Tercera) de 22 de marzo de 1995, 6 de abril de 2005, etc., y SSAN de 21 de marzo de 2001, 15 de febrero de 2002, 10 de octubre de 2002, 13 de febrero de 2007, etc.

<sup>7</sup> Reza el precepto: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar con la Ley».

<sup>8</sup> El artículo 32 establece un sistema de responsabilidad objetiva frente al de responsabilidad subjetiva —por muy matizada que esté jurisprudencialmente— consagrado en el artículo 1902 del Código civil. Tiene carácter de cláusula general, de cierre, que cede

ante la existencia de los regímenes públicos de indemnización específicos o singularmente determinados por el ordenamiento. Por eso, solo resulta de aplicación cuando no hay un mecanismo o vía específica para obtener el resarcimiento. Así, previendo el ordenamiento mecanismos singulares de indemnización en materia de concesiones, de funcionarios, de contratos, etc., los concesionarios, los funcionarios, los contratistas no pueden, ni fundar sus reclamaciones en el mentado artículo 32, ni estas pueden sustanciarse con arreglo a las normas de procedimiento dictadas en su desarrollo. Las reclamaciones que encuentran su fundamento en reglas o regímenes especiales han de tramitarse y resolverse a través de los procedimientos previstos precisamente en esos regímenes singulares.

<sup>9</sup> Así lo ha dicho el Consejo de Estado en diversos dictámenes —desde el 940/99, de 21 de octubre de 1999—.

<sup>10</sup> Está implícita en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1997). La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1994, Sala Primera) en *Revista de la Administración pública*, núm. 143, 221 y sigs., y Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000, Sala Tercera), en *Revista Española de Derecho Administrativo* (2000), núm. 107, 435 y sigs., y en SERRERA CONTRERAS, P. (2003). Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680, 3370 y sigs.

<sup>11</sup> La última de 7 de diciembre de 2018.

<sup>12</sup> Dictámenes núms. 773/1995, de 20 de julio de 1995; 2205/1999, de 16 de septiembre y 1380/1996, de 12 de septiembre de 1996, reiterados posteriormente por otros muchos.

<sup>13</sup> Desde la Sentencia de 22 de marzo de 1995.

<sup>14</sup> Desde el dictamen 1380/1996, de 19 de septiembre. Se ha reiterado en numerosas ocasiones (dictámenes 949/1999, de 21 de octubre, 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010, 1009/2017, de 30 de noviembre de 2017, 90/2018, de 22 de marzo de 2018, etc.)

<sup>15</sup> Sentencias —Sala Tercera— de 22 de marzo de 1995, 10 de octubre de 2002, 6 de abril de 2005, 13 de febrero de 2007, entre otras.

<sup>16</sup> Sentencia de 15 de febrero de 2002.

<sup>17</sup> Citado por VILLAR EZCURRA, J.L. (1999). *Derecho administrativo especial, Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, 1999, 25 y sigs.

<sup>18</sup> VILLAR EZCURRA, J.L. *Derecho administrativo especial...*, 27.

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2004). *Curso de derecho administrativo*, 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 373 y sigs.

<sup>20</sup> Sobre la admisión y la diferenciación con otras figuras, *vid.* VILLAR PALASÍ, Cátedra (1977), *Apuntes de derecho administrativo. Parte general*. Madrid, T. II, 63.

<sup>21</sup> MORELL OCAÑA, L. (1999). *Curso de derecho administrativo*, t. II, 4.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 164 y sigs.

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional calificó dicha relación de supremacía especial (SSTC 42/1987, de 7 de abril, 3/1988, de 21 de enero, 101/1988, de 8 de junio, etc.), aunque luego desechó este concepto, siguiendo la última doctrina germana. Sea cual fuere la denominación dada a la relación es claro que comporta una especial vinculación del admitido con la Administración que excede la del simple particular.

<sup>23</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. (1957). *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 206 y sigs., y MORELL OCAÑA, L. *op. cit.*, 70 y sigs., a quien se sigue en las líneas posteriores.

<sup>24</sup> En tal sentido, el Tribunal Supremo desde la STS de 20 de octubre de 1975.

<sup>25</sup> La distinción entre consideración, equiparación y asimilación goza de una gran raigambre en nuestro ordenamiento jurídico. Los conceptos respectivos estaban deslindados con claridad en la legislación decimonónica, si bien hoy en día aparecen oscurecidos.

<sup>26</sup> GARCÍA TREVIJANO, J.A., *op. cit.*, 61 y sigs.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una cabeza de puente...*, 448.

<sup>28</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M. (2000). *op. cit.*, 38 y sigs.; *Estudios sobre derecho hipotecario*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1845 y sigs.

<sup>29</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). *Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador*, en *Estudios de derecho privado común y foral*, Barcelona, 92 y sigs.

<sup>30</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, 105 y sigs.; especial, 115 y sigs.

<sup>31</sup> BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de registradores y notarios, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 1 y sigs.

<sup>32</sup> ZANOBINI, G. (1958). *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milano, 408.

<sup>33</sup> ALESSI, R. (1970). *Derecho administrativo*, trad. esp., vol. I, Barcelona, 158.

<sup>34</sup> LUCIFREDI, R. (1978). *Diritto amministrativo*, Milano, 1978, 97.

<sup>35</sup> Desde las SSTs de 11 de noviembre de 1965 y 2 de febrero de 1968.

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *op. cit.*, 392. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956). *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 189.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Una cabeza de puente...*, 435 y sigs.

(Trabajo recibido el 9-7-2020 y aceptado  
para su publicación el 24-9-2020)