

Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador

SUMARIO: Advertencia inicial.—PRIMERA PARTE. LOS PODERES DEL ESTADO: 1.1. *La división de poderes*.—1.2. *La potestad jurisdiccional*.—1.3. *La Administración*: 1.3.1. Exclusión de la materia civil. 1.3.2. La Administración no es un poder residual.—1.4. *Jurisdicción y Administración*.—1.5. *La Jurisdicción voluntaria y la «Administración pública del Derecho privado»*: 1.5.1. Jurisdicción voluntaria y Jurisdicción contenciosa. 1.5.2. Los actos de Jurisdicción voluntaria. 1.5.3. La llamada «Administración pública del Derecho privado». 1.5.4. La separación entre Administración y Jurisdicción voluntaria.—1.6. *Conclusiones. Ubicación de la Jurisdicción voluntaria y la llamada Administración del Derecho privado*.—SEGUNDA PARTE. PODERES DEL ESTADO Y REGISTRO. POSICIONES DE LA DOCTRINA: 2.1. *Doctrinas que aproximan la función registral a la Jurisdicción*.—2.2. *La tesis de la naturaleza administrativa*.—2.3. *Adscripción a la Jurisdicción voluntaria o a una función análoga distinta de la Jurisdicción y la Administración*.—TERCERA PARTE. LA FUNCIÓN REGISTRAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN: 3.1. *La publicidad registral*: 3.1.1. Concepto y ámbito. 3.1.2. La tesis del carácter administrativo de la publicidad registral. 3.1.3. Interés público, función pública y competencia de la Administración en la función registral. 3.1.4. ¿Función pública o servicio público?—3.2. *La inscripción en el Registro de la Propiedad*: 3.2.1. Naturaleza. 3.2.2. La inscripción, ¿acto administrativo?: 3.2.2.1. Opinión afirmativa. 3.2.2.2. Examen del argumento deducido de la Ley de Procedimiento Administrativo. 3.2.2.3. ¿Aplicabilidad parcial de la ley? 3.2.2.4. Significado del Decreto de 11 de octubre de 1958 en el ámbito hipotecario.—3.3. *Autonomía de la función registral*: 3.3.1. El principio. 3.3.2. La intangibilidad de los asientos y la Administración. 3.3.3. Un ejemplo: el deslinde administrativo.—3.4. *El procedimiento. Caracteres específicos de la solicitud de inscripción*.—3.5. *Caracteres específicos de la calificación*: 3.5.1. Conceptos generales. 3.5.2. Ambito de la calificación. 3.5.3. Independencia jerárquica del Registrador. 3.5.4. La decisión de inscribir (o no) y la cosa juzgada.—3.6. *Caracteres específicos de los recursos*: 3.6.1. El llamado «recurso judicial»: 3.6.1.1. Ausencia de recurso jurisdiccional propiamente tal en el Derecho español. 3.6.1.2. Comentario del artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Inaccesibilidad de las formalidades registrales al juicio de los Tribunales. 3.6.1.3. Los títulos que documentan un derecho administrativo. 3.6.2. El recurso gubernativo. 3.6.3. ¿Recurso contencioso administrativo?: 3.6.3.1. La jurisprudencia. 3.6.3.2. La doctrina administrativa. 3.6.3.3. Inviabilidad del recurso contencioso-administrativo.—CUARTA

PARTE. LA FIGURA DEL REGISTRADOR: 4.1. *Su naturaleza. Examen crítico de la doctrina*: 4.1.1. En general. 4.1.2. La posición administrativista. 4.1.3. El ejercicio privado de funciones públicas. 4.1.4. El Registrador como «profesional vinculado»: 4.1.4.1. Doctrina general. 4.1.4.2. Teoría de la doble relación. 4.1.5. Las doctrinas mixtas.—4.2. *Rasgos esenciales de la figura, según la legislación vigente*: 4.2.1. La condición de Registrador y el Estatuto de funcionarios. 4.2.2. Rasgos de funcionario público en el ejercicio de cargo de Registrador. 4.2.3. Aspectos de profesional privado en el cargo de Registrador: 4.2.3.1. La retribución. 4.2.3.2. La fianza. 4.2.3.3. Local y mobiliario. 4.2.3.4. El personal. 4.2.3.5. El Colegio. 4.2.4. En particular, la responsabilidad del Registrador: 4.2.4.1. Legislación administrativa y legislación hipotecaria. 4.2.4.2. Naturaleza de la responsabilidad del Registrador. 4.2.4.3. ¿Responsabilidad subsidiaria de la Administración? 4.2.4.4. Responsabilidad por culpa de los empleados del Registro. 4.2.5. Aspectos parajudiciales de la figura del Registrador. 4.2.6. Aproximación al Notariado. 4.2.7. Recapitulación.—4.3. *Consideraciones de política legislativa*: 4.3.1. Mi opinión. 4.3.2. Registro y cibernética. Insostituibilidad de la figura del Registrador.—CONCLUSIONES.

CONSULTA

El Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad requiere mi parecer sobre los siguientes extremos:

1. Si la función registral que desempeñan sus miembros es y debe ser independiente tanto de la Jurisdicción como de la Administración.
2. Si, caso afirmativo, el concepto de Funcionario administrativo no es aplicable a la figura del Registrador.

DICTAMEN

ADVERTENCIA INICIAL

Previamente me creo en el caso de advertir que estas preguntas se hallan sustancialmente contestadas en mi trabajo «Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad», publicado el año 1961. No habiendo encontrado razón de algún peso para separarme de lo que dije entonces, las páginas que siguen, aunque con alguna matización y bastantes datos y argumentos nuevos, insisten en mis viejas tesis. Lo advierto por cuanto esto elimina la idea del dictamen influido inevitable e involuntariamente por la simpatía hacia la causa del consultante: son ideas de hace más de diecisiete años las que vuelvo ahora a repetir aquí, forman el nervio de mi argumentación y se reflejan en las conclusiones.

PRIMERA PARTE

LOS PODERES DEL ESTADO

1.1. LA DIVISIÓN DE PODERES

No por capricho o afán de erudición he de comenzar recordando la doctrina universalmente famosa del señor de la Bréde, CARLOS DE SECONDAT, barón de Montesquieu, quien, a mediados del siglo XVIII, en su obra *De l'esprit des lois*, señalaba la presencia, en el Estado, de tres especies de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes, y el ejecutivo de las que dependen del Derecho civil. El primero hace las leyes, las reforma o las deroga; el segundo hace la paz o la guerra, recibe embajadas, afianza la seguridad y previene las invasiones; el tercero, castiga los crímenes o juzga los litigios de los particulares. «Se llamará a este último el poder de juzgar, y al otro, sencillamente, el poder ejecutivo del Estado.»

El noble francés contraponía a la realidad francesa, en donde el rey era a la vez legislador, gobernante y Juez supremo, el modelo británico de equilibrio de poderes (monarca, parlamento, judicatura); y mantenía, con arreglo al ejemplo inglés, la necesidad de separar tales potestades para que el Gobierno no sea tiránico y para que «el poder limite al poder».

La teoría de MONTESQUIEU se presta a muchas objeciones de detalle, de las cuales sólo una importa a efectos del presente dictamen, a saber, la indefinición en que queda el poder ejecutivo, cuyo concepto se concreta, como se ve, mediante unas aplicaciones muy limitadas: incumbencias militares, relaciones internacionales y «seguridad». Este poder, que en la vida política inglesa que sirvió de modelo a nuestro autor venía encarnado por el monarca, y es el que MONTESQUIEU reserva su obra al entonces omnipotente monarca francés, comprende, en realidad, el conjunto de las tareas de gobierno y administración, en las cuales se supone que el rey—todavía no se piensa en el gabinete—se mueva con gran libertad y sin que los particulares perjudicados por sus decisiones puedan llevarle a los tribunales: «en cuestiones de policía no hay apelación posible», reza una máxima alemana de la época.

El contenido del poder del rey en la mente de MONTESQUIEU es difícil de describir sintéticamente. Mientras los poderes judicial y legislativo nacen como competencias arrancadas de manos del antiguo monarca absoluto, el ejecutivo, de momento, permanece en sus manos constituyendo un acervo heterogéneo resultado de la sustracción ahora explicada. Con lo cual el poder ejecutivo se presenta como un poder residual: lo que no está encomendado a los Jueces ni al Legislador, automáticamente *es ejecución*. Ello podía ser relativamente aceptable cuando, según pensaba nuestro autor, no formaban ni podían formar parte del poder real aquellas funciones de los jueces que éstos desempeñaban sin litigio; lo que hoy llamamos «jurisdicción voluntaria»; y cuando la injerencia del poder real en los derechos privados particulares era mucho más leve que hoy la de la Administración. Mas las cosas cambian mucho desde que el acervo de poderes del monarca pasa al gobierno constitucional, asumiendo éste la condición de «poder ejecutivo»; el ámbito de competencia del Gobierno y la Administración se restringe ahora a aquellas facultades e incumbencias que le concede o encomienda expresamente la ley. Así que, en cualquier planteamiento constitucional, la afirmación «todo lo que no sea Legislación o Jurisdicción, es Administración», resulta inadmisibles por cuanto tal proposición ni coincide con el sistema y la circunstancia de MONTESQUIEU, ni con la legislación vigente y el punto de vista de la Constitución.

Mas, pese a todas las posibles objeciones, la teoría de la separación de poderes tuvo éxito pleno a partir de la gran revolución: inspiró todas las constituciones del siglo XIX y asimismo las de los regímenes democráticos en el presente; y, sobre todo, en ella se basa nuestra nueva ley fundamental, pues, aunque no proclama explícitamente el principio de la división de poderes, se ajusta a él, al disciplinar con independencia, de una parte, las Cortes generales (título III); de otra, «el Gobierno y la Administración» (título IV), y, finalmente, «el poder judicial» (título VI); confirmando a las Cortes «la potestad legislativa del Estado» (art. 66); al Gobierno «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria» (art. 97), y al poder judicial la exclusiva de «la potestad jurisdiccional» (art. 117).

1.2. LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Empecemos por esta última. Al poder judicial la doctrina de la división de poderes le constituye en «voz viva de las leyes», sin voluntad propia y sólo dedicado a aplicar y hacer efectiva la norma jurídica. En efecto, ni siquiera cuando un Juez, a falta de texto aplicable, «inventa» la ley, realiza un acto de voluntad. La LOPJ, en un lenguaje puramente constitucional, prohíbe asimismo a los Jueces ejercer funciones distintas de las seña-

ladas por la ley (art. 3.º), y, en particular, «mezclarse en asuntos peculiares a la administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes» (artículo 4.º). O sea: inmiscuirse en las incumbencias del poder ejecutivo (administración) o del legislativo (disposiciones). Todo lo cual viene confirmado por el artículo 117 de la Constitución, cuando, tras proclamar que «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», les atribuye «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»: «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartada anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (art. 117, apartados 3 y 4).

Esas funciones las ejerce «el poder judicial», según reza el epígrafe del título correspondiente de la Constitución (el VI). Poder único, unitario, basado en «el principio de unidad jurisdiccional», que «es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117, apartado 5); poder que, encarnado en los Jueces y Tribunales, desarrolla su actividad final mediante «sentencias y resoluciones firmes», que «es obligado cumplir» (art. 118).

Como parte del poder judicial, es decir, bajo el mismo epígrafe, regula la Constitución (art. 124) el Ministerio fiscal, con la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», etc. «El Ministerio fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica»: por tanto, en la misma forma que los funcionarios del poder ejecutivo.

Todos estos puntos de apoyo legales, en relación con los textos básicos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han de servirnos para definir la *jurisdicción* y el ámbito del *poder judicial* con preferencia a las aportaciones doctrinales.

En la doctrina alemana, KISCH (pág. 32) piensa que la *jurisdicción* en sentido estricto dice relación al ejercicio inmediato de la función judicial, es decir, a la decisión del proceso y la ejecución de las sentencias; por su parte, ROSENBERG afirma que *jurisdicción* es la actividad dirigida a la realización del ordenamiento jurídico, y consiste preferentemente en la aplicación del Derecho objetivo a un caso concreto.

Creo que cualquiera de estas definiciones, en las cuales caben el proceso penal y el contencioso administrativo, y lo mismo la acción civil declarativa que la constitutiva, expresa el pensamiento del texto constitucional con mayor exactitud que las tesis más sofisticadas surgidas con

abundancia entre los procesalistas italianos. En particular, debemos percatarnos de que la función jurisdiccional no es precisamente la de resolver una controversia entre partes, que no podemos ver en el proceso penal sin deformarlo; ni realiza coactivamente algo que podrían realizar por sí las partes (una separación judicial entre cónyuges sólo puede conseguirse en el proceso); ni, por tanto, supone que el Juez sustituya a las partes (según CHIOVENDA, a todos los ciudadanos, y según SATTA, al ordenamiento jurídico). Ciertamente, el Juez se halla, frente a las partes, en una posición de imparcialidad e independencia y decidiendo sobre asuntos ajenos; pero no para hacer algo que las propias partes pudieran en todo caso hacer: al dictar sentencia, no sustituye a nadie, sino que realiza una actividad propia que le ha sido configurada por el Estado; no dicta sentencia en nombre de las partes, sino en nombre del Estado, lo cual se expresa gráficamente en los artículos 117 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La justicia se administra en nombre del Rey.»

Por lo demás, la condición de imparcialidad del juzgador y alienidad de la causa, acaso implícita en las definiciones alemanas antes citadas, es una componente de la jurisdicción (que la separa de la legislación y del poder ejecutivo) y forma, desde luego, parte de su concepto. Representa, incluso, la esencia de éste: el *ius dicere* o resolución de la cuestión para un caso concreto (si bien la decisión puede recaer igualmente y también exclusivamente, sobre puntos de puro hecho).

No pocos procesalistas añaden a estas connotaciones de la jurisdicción la de la irrevocabilidad del juicio. «No basta—dice SERRA (pág. 49)—la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada.»

Plantea el autor, aquí, un tema fundamental, a saber, si para que el acto pueda calificarse de *jurisdiccional* basta el *ius dicere* por el órgano competente, imparcial y ajeno al asunto, o es preciso que la resolución pronunciada por este órgano no pueda ser luego modificada ni siquiera por él mismo, y por tanto que no pueda pedir el interesado un nuevo pronunciamiento sobre el propio tema.

Esto segundo es, ciertamente, una nota exclusiva de la jurisdicción, en tanto que las providencias legislativas o administrativas son siempre modificables. Como dice SEGNI, «los intereses, generales o particulares, de que son portadores tales poderes y en consideración de los cuales desarrollan su función, son modificables en el tiempo, y el poder portador de este interés, por consiguiente, puede modificar su comportamiento. Mientras el Juez opera sobre una relación a la cual es extraño: una rela-

ción sometida a reglas a las cuales el Juez, como tal, es igualmente extraño: por eso cuando la observación hecha por el Juez, órgano imparcial e indiferente al resultado de ella, ha llevado a determinado resultado, cualquier otra observación debería dar igual resultado y por eso es inútil continuar el procedimiento» (pág. 958).

Mas—opone un sector de la doctrina—del efecto de las sentencias judiciales firmes, de no poder revocarse (cosa juzgada), no cabe deducir la naturaleza de la jurisdicción y el poder judicial: en efecto, la cosa juzgada es algo consecuente a la función misma, y no un presupuesto de ella, por lo cual mal puede servir para definirla.

En mi opinión, acaso cabe distinguir en nuestros textos legales, y muy particularmente en la Constitución, entre un concepto estricto y uno amplio de *jurisdicción*. Habría, así, un ejercicio de la *jurisdicción en sentido estricto*, «juzgando en todo tipo de procesos y haciendo ejecutar lo juzgado», que corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales». Son éstos el vehículo de esa justicia que «emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» de que nos habla el apartado primero del artículo 117 de la Constitución.

Lo cual no quiere decir que no haya otros funcionarios igualmente «inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» que tengan la facultad de *dicere ius* sin pertenecer al poder judicial, aunque desempeñando en su ámbito de competencia un papel que muestra en diversos aspectos grandes similitudes con el del Juez. Su actuación entra, entonces, dentro de un concepto amplio de *jurisdicción*; y con tanta razón que, según veremos, no cabría encasillarla en la Administración.

A mi entender, lo esencial e infungible de la *jurisdicción*, entendida en este sentido amplio, es la definición de los derechos que realiza un funcionario imparcial y ajeno a la cuestión debatida, sin vinculación jerárquica; lo que le presta una *autoridad* que caracteriza su función frente a la del poder ejecutivo, basado en la *potestad*. Como dice CARRERAS, «el Juez continúa teniendo autoridad, aquella misma *auctoritas* de los romanos que la realidad les ha atribuido por encima de todas las prevenciones doctrinales. Esta autoridad es irreconducible a los conceptos administrativos de *función* y *funcionario*, y lo único que ha ocurrido antes y después del liberalismo es que a tal autoridad se le ha añadido una potestad pública análoga a la del funcionario para mejor poder cumplir su cometido». Esta misma *auctoritas* es la que tienen todos aquellos que, fuera del proceso ordinario, disciernen igualmente el derecho de los particulares en análoga posición de imparcialidad.

1.3. LA ADMINISTRACIÓN

Conforme al artículo 97 de la Constitución, el «Gobierno dirige la política, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». Obsérvese cómo este precepto distingue, de una parte, *la política*, y de otra, *la administración*; distinción importante por cuanto, según el artículo 2 LJ, no serán objeto de impugnación en la vía contenciosa «los actos políticos del Gobierno», es decir, aquellos que son, a la vez, actos del Gobierno y actos que por su importancia exceden del ámbito de la Administración: por ejemplo, continúa el artículo 2.º, los que afectan a la defensa del territorio nacional, a relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y al mando y organización militar.

Vemos, pues, cómo, de entre los actos del poder ejecutivo, algunos no son, propiamente, actos de la Administración, y no se hallan sometidos estrictamente al Derecho administrativo. En otro sentido, igualmente de entre los actos de la Administración sólo se someten al Derecho administrativo aquellos que previene la ley: en otro caso, la Administración actúa como persona privada y sometida a las normas del Derecho civil.

Conforme al artículo 1.º de la LRJAE, la Administración estatal entera es—a diferencia de los órganos legislativos y judiciales—una persona jurídica, es decir, un sujeto de derechos y deberes. Característica suya es la jerarquización: «todos los demás órganos y autoridades del Estado se hallan bajo la dependencia del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente» (art. 2.º, 2, LRJAE). El funcionario—a diferencia del Juez—se halla inscrito en una organización jerárquica, de la cual es una pieza más, obrando según las órdenes que—dentro de la legalidad—reciba, y el funcionariado constituye un equipo de hombres que, frente al *princeps legibus solutus*, al monarca absoluto, es—se supone—mero ejecutor de la ley (poder *ejecutivo*), a la cual ajustará todos sus actos de gestión de la cosa pública y de la que recibe unos poderes concretos.

Este es el «principio de legalidad» que proclama el artículo 9.º-2 de la Constitución: la ley confiere a la Administración poderes jurídicos, definiendo exactamente sus límites; la Administración actúa en ejercicio de ese poder, precisamente al servicio de la ley y dentro de esas fronteras. Sin una atribución previa de potestades, no puede actuar.

1.3.1. *Exclusión de la materia civil*

En particular, la LJ, al atribuir en su artículo 1.º a la jurisdicción contencioso-administrativa «las pretensiones que se deduzcan en relación

con los actos de la Administración pública *sujetos al Derecho administrativo*», excluyendo en el art. 2.º, del ámbito de dicha jurisdicción, «las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria», delimita el terreno dentro del cual la Administración actúa en cuanto tal; y en cuanto *poder ejecutivo*, y no a nivel de los particulares. Volviendo a MONTESQUIEU, vemos a la Administración en su genuino papel dentro del «poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes» cuando se mueve en el terreno del Derecho administrativo, mientras que la Jurisdicción, «el poder de juzgar», se ocupa «de las cosas que dependen del Derecho civil»; poder de juzgar al cual se halla sometida la propia Administración cuando se inmiscuye en las «cosas que dependen del Derecho civil», sustraídas en principio al juicio de la Administración.

Desde luego, cuando los artículos 41 y 42 de la LJ autorizan al demandante para pretender, frente a la Administración y ante la Sala de lo contencioso-administrativo, «la declaración de no ser conformes a Derecho» los actos impugnados, o bien «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada», no excluyen que se hagan valer en el proceso pretensiones destinadas en última instancia a defender derechos civiles, como lo son, por ejemplo, los derechos de propiedad industrial; pero aun entonces lo que examina la Sala no es el derecho subjetivo civil, sino la legalidad de un acto de la Administración actuando en cuanto tal, examen que realiza acaso mediante la técnica del *acto separable*.

Esta técnica se ha desarrollado en nuestra jurisprudencia en relación a los contratos civiles celebrados por la Administración, pero puede ser aplicada también en tema de cualesquiera derechos civiles, en cuya génesis, vida, comprobación o tutela interviene la Administración. Es competencia de ella, propiamente, lo que se refiere al aspecto *administrativo* que puedan tener las formalidades de constitución o dinámica del derecho subjetivo privado, pero obsérvese que aun en aquellos derechos en cuyo establecimiento o régimen interviene más de cerca la Administración, si son civiles, se reserva a la jurisdicción civil el pronunciamiento sobre su aspecto sustantivo. Cabe poner el ejemplo de los derechos de propiedad industrial, derechos de constitución preferentemente (a veces, exclusivamente) registral, en un Registro cuya llevanza incumbe inequívocamente a la Administración, y, no obstante lo cual, sólo lo relativo a las formalidades y procedencia del registro es materia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ella juzga exclusivamente sobre la juridicidad del acto administrativo de inscribir o denegar la inscripción, pudiendo entrar, por conexión inevitable, en algún tema de Derecho privado (análogamente a su competencia para conocer y decidir de cualquier cuestión prejudicial o incidental relacionada directamente con un recurso, salvo las penales: art. 4.º LJ); mas fuera de esto, las «cuestiones de propiedad»

se reservan a la jurisdicción civil (art. 13 EPI), y la sanción de los ataques punibles a la propiedad, a la penal.

De donde se sigue que el juicio sobre los derechos civiles es originariamente competencia de la Jurisdicción, y adicionalmente que el manejo de estos derechos civiles por la Administración se realiza por ella fuera de su dedicación ordinaria a cuestiones y asuntos en los que los derechos de los particulares son administrativos, o, al menos, objeto de acción administrativa, como una concesión de aguas o minera. A la Administración sólo le incumbe propiamente el *ius dicere* en relación con sus propios asuntos, es decir, precisamente en posición partidista, mientras que las controversias entre particulares escapan, por su propia naturaleza, al ámbito del quehacer administrativo y al modo de ser de la burocracia, caracterizándose entonces la intervención de la Administración por ser excepcional y *parcial*.

A su vez, el derecho subjetivo civil puede defenderse autónomamente ante la jurisdicción ordinaria en cuanto no dependa del acto administrativo estricto: vuelvo a referirme al ejemplo de la propiedad industrial.

1.3.2. *La Administración no es un poder residual*

De los textos citados se deduce que la Administración no tiene otras competencias sino las que le atribuye la ley, igual que la Jurisdicción. Es importante advertir esto porque, según he advertido (y pese a que la definición de MONTESQUIEU le asignaba un ámbito concreto), el poder ejecutivo se consideró como un poder residual: el conjunto de todo lo que no es Administración o Jurisdicción. Mas está claro que en nuestro tiempo y nuestro ordenamiento jurídico no es así: en realidad, en cualquier régimen constitucional es la ley la que delimita, por igual, las facultades del poder judicial y las del ejecutivo, siendo la ilimitación de este último propia de una época de poder absoluto, y más concretamente de despotismo ilustrado, cuya normativa poco tiene que ver con el Derecho vigente.

En otras palabras: definir como *administrativa* en sentido técnico toda aquella materia que no pertenezca a la función legislativa o a la actividad contenciosa de los Tribunales, no sólo carece de cualquier base positiva, sino también de justificación histórica.

Lo primero, por cuanto ningún precepto confiere a la Administración la generalidad de los poderes: según el artículo 97 de la Constitución, el Gobierno «ejerce la función ejecutiva», pero ejecutivas de las leyes, sin que pueda tener otras atribuciones que las expresamente definidas por ellas, y la misma conclusión se deduce del «sometimiento pleno a la ley y al derecho» que el artículo 103 exige a la Administración pública. Y en cuanto a lo segundo, precisamente la naturaleza residual del poder del monar-

ca absoluto se quiebra por la Revolución francesa y no vuelve a reproducirse en ningún régimen democrático. Es decir: cuando el rey, que tiene todos los poderes del Estado, y ello acaso en grado absoluto, se despoja (hipotéticamente) del poder legislativo para que lo asuma otro órgano distinto e independiente de él, y abandona también su posición de Juez supremo en favor de los Tribunales, él continúa teniendo atribuidas todas las funciones propias de un rey absoluto, salvo las que ha traspasado o le han arrebatado de grado o por fuerza. Pero en un régimen constitucional las cosas suceden de modo muy distinto: los tres poderes nacen del pueblo: en nuestro caso—dice el art. 1.º de la Constitución—, el pueblo español, titular de la soberanía nacional, «del que emanan todos los poderes del Estado»; y el poder ejecutivo no alcanza los límites del de un rey absoluto, sino que se ajusta a la ley, como los otros, y sin tener preeminencia sobre ellos.

1.4. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

a) Una doctrina bastante extendida entre los administrativistas, desde SANTI ROMANO a ZANOBINI, sitúa la distinción entre Jurisdicción y Administración en la diferente finalidad de ambas funciones, la una orientada a la actuación del Derecho, y la Administración, en cambio, a proveer a los intereses públicos dentro del ámbito del ordenamiento. Distinción imprecisa por cuanto el enjuiciamiento de los litigios entre particulares es también, evidentemente, de interés público, pero en la cual se apunta, acertadamente, a una doble diferencia: de finalidades, de una parte, y de intereses, de otra.

La distinción con arreglo a la *finalidad* de cada poder suele ser aparentemente clara en lo que respecta a la Jurisdicción, y mucho menos relativamente a la Administración. Se dice que para la Jurisdicción, el Derecho es fin en cuanto tiende a su declaración en el caso concreto: en tanto que para la Administración, el Derecho es medio, en cuanto opera dentro de los límites señalados por el Derecho. Según CORSINI (pág. 63), objeto de la Administración es la realidad y el cumplimiento de determinados fines; el medio utilizado es el Derecho, que a la vez constituye su límite. En cambio, la actividad jurisdiccional encuentra en el Derecho su objeto. La Jurisdicción garantiza la observancia del Derecho; la Administración observa el Derecho. En frase de CARNELUTTI (pág. 229), mientras la Jurisdicción actúa *sobre el conflicto*, la Administración lo hace *en el conflicto*. En definitiva, la nota que distingue a ambas potestades se hace consistir en la *iuris dictio*, la cual es propia de la Jurisdicción, pero cuya ausencia no da idea del ámbito de competencia de la Administración.

En el otro aspecto, el de la diversidad de los intereses protegidos por la Jurisdicción y por la Administración, señala DE MARINI (pág. 270) cómo en aquélla sólo hay un interés mediato del Estado, perteneciendo los intereses inmediatos a los individuos; mientras la Administración es portadora de un concreto interés estatal. Tal distinción puede verse gráficamente en lo relativo al cuidado de los locos: mientras la Administración los coloca en un manicomio para impedir que causen daño a los demás, la Jurisdicción provee al cuidado de su persona y bienes.

b) MICHELI (pág. 550), por su parte, caracteriza a la Jurisdicción por la imparcialidad y la independencia del Juez: donde hay un proceso e interviene el Juez como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico, allí hay jurisdicción.

En esto se distingue, precisamente, el procedimiento administrativo del proceso ante los Tribunales ordinarios: el órgano estatal que resuelve el recurso no es formalmente imparcial, sino parte, como titular del interés público a cuya satisfacción ha de dirigirse, por definición, su actividad. Mientras la reclamación sobre la base de una relación jurídica en que es parte el Estado se deduzca ante los propios órganos de la Administración, éstos serán, a la vez, juez y parte: sólo cuando se incoe un verdadero proceso, la Administración—no el Estado—deja de ser juez, y hay auténtica contienda. De ahí la diferencia entre Jurisdicción y Administración. El Juez está por encima de los intereses de las partes, y la sentencia que dicta no le afecta: declara o crea una relación que enlaza a las partes entre sí y con los terceros. El funcionario administrativo se halla representando a los intereses sobre los que va a decidir, y su acto afecta a la propia Administración.

Los indicados criterios de la *iuris dictio*, del interés mediato o inmediato y de la imparcialidad, son imprecisos, al no diseñar completamente los contornos de la Administración, pero válidos y exactos en cuanto a la frontera que pretendan establecer entre lo jurisdiccional (en sentido amplio) y lo administrativo. En vano pretenden objetar ALLORIO (pág. 33) y GOLDSCHMIDT (pág. 151) que las fórmulas de este tipo tienen, en realidad, el carácter de respetables interpretaciones sociológicas del fenómeno, respectivamente, jurisdiccional y administrativo; que tales formas no pueden ser fundamento de una teoría jurídica de la Jurisdicción o, respectivamente, de la Administración, y que las finalidades de la actuación del Derecho, composición de la litis y aplicación de sanciones que se señalan como propias de la Jurisdicción no pueden constituir sino el fin *metafísico* del proceso jurisdiccional, mientras que su finalidad práctica, la *causa* de la actividad jurisdiccional, debe contemplarse en la formación de la cosa juzgada. Pues si tales notas distintivas no carecen de excepciones, de modo que ninguna de ellas sirve para caracterizar rigurosamente a la Juris-

dicción (o, en su caso, a la Administración), lo cierto es que entre todas nos dan una idea suficientemente aproximada de los respectivos límites de ambas funciones o potestades, así como de la existencia de esa zona gris, externa al «poder judicial» pero también a la Administración, en la que ciertos actos de personas revestidas de poder estatal, definiendo a veces el derecho sin alcanzar fuerza de cosa juzgada, escapan, sin embargo, a la censura jurisdiccional y se practican por funcionarios que en el desempeño de sus funciones no se hallan sometidos a la jerarquía administrativa.

1.5. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO PRIVADO»

1.5.1. *Jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa*

Legalmente son de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos aquellos actos «en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»: actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas, o encaminados a la protección y tutela de los derechos de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida, etc.

Los autores hacen derivar lo que actualmente denominan las leyes procesales, *jurisdicción voluntaria*, de los procesos simulados que desde el Derecho romano se incoaban con finalidad negocial, a fin de dar al contrato los mismos caracteres que la sentencia. Desaparecido el uso de la *in iure cessio*, la forma judicial se redujo a una declaración hecha por las partes al Juez y recibida en las actas de su cancellería. Bastante más tarde (siglo XIII), de los Tribunales se destacan los canceleros o *tabelliones*, que, con el nombre también de *notarios*, tuvieron la función exclusiva de recibir, fuera e independientemente de la presencia del Juez, los actos entre vivos y de última voluntad de los particulares. Empero—dice SEGNI—tanta parece la íntima relación de esta función certificativa de los Notarios con la función judicial, que en todo tiempo y hoy mismo los Notarios han quedado en dependencia, más que de la autoridad administrativa, de la judicial.

Otros asuntos en los que no hay contienda entre partes llegaron o se fueron encomendando a la competencia de los Tribunales de justicia, distinguiendo entonces la doctrina, en relación a tales Tribunales, entre una jurisdicción *sine causae cognitio*, o jurisdicción *inter volentes*, equivalente a la jurisdicción voluntaria, y jurisdicción con *causae cognitio*, formada por la jurisdicción contenciosa.

GONZÁLEZ PALOMINO (pág. 76) explica la atribución a los Tribunales de las incumbencias de la jurisdicción voluntaria por cuanto «desde su origen, por su misma naturaleza, los organismos judiciales han tenido estas dos calidades: autoridad y respetabilidad. Era natural que para la protección de sus intereses no litigiosos acudieran los particulares al prestigio y a la autoridad de los organismos jurisdiccionales. De ahí una serie de funciones no jurisdiccionales de los Jueces, de las que parte conservan y parte han perdido».

Bien se entiende, entonces, que la función judicial en las actuaciones de jurisdicción voluntaria es sustancialmente diferente de las de jurisdicción contenciosa. Esta distinción no se discute, si bien los autores no se ponen de acuerdo en las notas que la caracterizan.

a) Según MANRESA (pág. 261), citando a GLÜCK, aunque las dos tienen por objeto garantizar los derechos de las partes, esa garantía no es la misma en los dos casos. «Objeto de la jurisdicción contenciosa es garantizar y restablecer los derechos ya perjudicados; la jurisdicción voluntaria establece garantías contra las lesiones futuras. De aquí se sigue que, propiamente hablando, sólo los actos de la primera categoría entran en las atribuciones del poder judicial; y si la ley encarga a los Magistrados revestidos de este poder la facultad de conocer también en los que se llaman de jurisdicción voluntaria, es una atribución especial que se les concede y que no entra necesariamente en el ejercicio de sus funciones».

Con todo, señalan algunos cómo esta función preventiva de la jurisdicción voluntaria la distingue asimismo del acto administrativo, el cual tiende al cumplimiento de fines de interés general, y no—como finalidad específica—a la protección del derecho del particular.

b) Es también muy antigua y extendida la tesis que señala en la jurisdicción voluntaria la ausencia de litigio y partes en conflicto. Así, según los clásicos franceses GLASSON y TISSIER (pág. 32), «hay jurisdicción voluntaria o graciosa cuando el Juez ejerce, a falta de todo litigio, poderes de constatación, de protección, de tutela, de comprobación. No se hace declarar entonces el derecho en un proceso entre partes, ni tomar medidas en vista de un proceso; no hay partes adversas; hay solamente uno o varios solicitantes; no hay sentencia en el sentido estricto de la palabra; no hay cosa juzgada; hay una decisión análoga a una resolución administrativa».

c) En esta dirección, pero con mayor precisión, explica GUASP (página 1637) que la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, porque en ella no hay *proceso*. «Proceso es sólo el fenómeno jurídico de satisfacción de pretensiones, aunque se le conciba como resolución de un conflicto o como actuación de un derecho; por tanto, allí donde no se trata de satisfacer coactivamente una pretensión procesal, o allí donde no se

trata, en las concepciones dominantes, de resolver un conflicto o de tutelar un derecho, contra la voluntad del que lo desconoce, no se está, ciertamente, en presencia de un verdadero proceso y, por consecuencia, en presencia de una verdadera manifestación jurisdiccional».

d) Una teoría que goza de gran predicamento es la que hace coincidir la distinción con la presencia o ausencia de cosa juzgada, considerando ésta como la característica esencial de la jurisdicción contenciosa y faltando, por tanto, en la voluntaria. La actuación jurisdiccional—dice ALLORIO (página 27)—se caracteriza por la emisión de «pronunciamientos provistos de eficacia declarativa y susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada; es decir, reguladores, a su imagen y semejanza, de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyan por sí su propia legitimidad, que precluyan toda censura que tenga a ésta por objeto, a diferencia de lo que ocurre con los otros actos, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de su conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen».

Tal ausencia de cosa juzgada en tema de jurisdicción voluntaria se deduce, para nuestro ordenamiento, del artículo 1.818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de jurisdicción contenciosa. No se comprende en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiese interpuesto recurso alguno». Ciertamente—dice SERRA (página 641)—, a la vista de este precepto, podría pensarse que el Legislador hubiera limitado la revocabilidad a las resoluciones interlocutorias mientras no estuvieran cubiertas por una resolución firme, pero que la firmeza de la resolución impidiera el posterior análisis de la misma cuestión. Pero, como agudamente observa CARRERAS (pág. 663), para que exista cosa juzgada es menester, por definición, que se haya juzgado, es decir, que exista un verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes. Por ello es imposible invocar en un juicio contencioso la excepción de cosa juzgada fundándola en la existencia y terminación de un acto de jurisdicción voluntaria, máxime cuando resultaría de imposible aplicación el artículo 1.252 del Código Civil por falta de las identidades exigidas.

Lo mismo la restante doctrina española que la jurisprudencia (Sentencias de 11 enero 1887, 5 diciembre 1902 y 31 marzo 1959; y auto 23 septiembre 1949) niegan la autoridad de cosa juzgada material a las resoluciones dictadas en actos de jurisdicción voluntaria, en lo cual coinciden, según veremos más adelante, con el régimen del procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad y las resoluciones al respecto.

En mi opinión, si bien la cosa juzgada no sirve para caracterizar el concepto más amplio de Jurisdicción, es decir, aquel que comprende cuales-

quiera actividades de valoración jurídica imparcial por el poder público; en cambio, constituye la nota diferencial más clara entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, separando a ésta, *a fortiori*, de los pronunciamientos de la Administración.

Ciertamente, algunos autores han tratado de extender el alcance de la cosa juzgada a los actos administrativos firmes, mas tal opinión es inaceptable, al faltar a la autoridad administrativa las características de imparcialidad y externidad propias de la jurisdicción, y al ser habitualmente posible el cambio de la decisión administrativa, aun firme, sea a instancia del interesado o a impulso de la propia Administración, lo cual no podrían hacer los Tribunales. No se debe confundir, por tanto, *la firmeza* de una resolución administrativa no recurrida, con la cosa juzgada. En el primer caso, la Administración puede oponer como excepción frente a cualquiera que intente modificar la decisión administrativa el haberse presentado el recurso fuera de plazo; pero la propia Administración puede volver, ella misma, de oficio o a instancia de parte, a examinar el asunto sobre el cual recayó la resolución, y resolverlo de otro modo, salvo los derechos administrativos creados por ella en favor de particulares.

1.5.2. *Los actos de jurisdicción voluntaria*

a) Sin descender a detalles, podemos sintetizar los diversos actos que la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda a los Jueces dentro de la jurisdicción voluntaria en estos tres grupos:

1. Información para fijación de hechos. Por ejemplo, las informaciones para perpetua memoria. Se trata de actos «que no puedan perjudicar a personas determinadas» (art. 2.002).

2. Declaración de situaciones jurídicas, previa comprobación. Así, la declaración de herederos abintestato, las de ausencia legal y fallecimiento, la adveración del testamento ológrafo (que después, y como fase conclusiva del procedimiento, es protocolizado en una notaría); la entrega judicial de la posesión, el deslinde y amojonamiento, etc.

3. Autorizaciones y complementos de capacidad. En materia de venta de bienes de menores, aprobación de la adopción, ciertos actos de las personas jurídicas, etc. Para PRIETO CASTRO, en este grupo se cuenta la declaración de incapacidad de las personas (art. 216 del Código Civil, especialmente), «donde ninguno de los sujetos que pueden pedirla ejercita ningún derecho subjetivo contra nadie (pues sólo existe el interés del Estado de que los incapaces sean declarados tales, y sanos capaces los no enfermos), de suerte que la adscripción a la jurisdicción voluntaria parece obvia».

b) Fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil hallamos diversas actuaciones de los jueces en materias que les confían diversas leyes.

Por ejemplo:

1. Formación, documentación y publicidad del estado civil; celebración del matrimonio civil; Registro civil de nacimientos, de matrimonios, defunciones y actos relativos a la capacidad; legitimación de hijos por concesión soberana, etc.

2. Expediente de dominio y otros procedimientos hipotecarios.

1.5.3. *La llamada «administración pública del Derecho privado»*

Parte importante de la doctrina procesalista y la práctica totalidad de los administrativistas aproximan la iurisdicción voluntaria al ámbito de la pública Administración, como función que teóricamente debe corresponderle y que en realidad se asigna a los jueces no ya simplemente fuera de su función jurisdiccional, sino también en cuanto funcionarios administrativos o, al menos, desempeñando el papel de tales. A su vez—dicen—, la Administración pública tiene encomendadas otras funciones similares a las que la Ley de Enjuiciamiento denomina «jurisdicción voluntaria», y que se desempeñan por funcionarios externos al orden judicial.

El italiano ZANOBINI (pág. 169), tomando la expresión de HAENEL (*Deutsches Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892), publicó el año 1918 un artículo en la *Rivista di Diritto pubblico*, en el cual acuñaba la expresión de «Administración pública del Derecho privado» para denominar todo este sector de actividades: tal expresión había de conseguir inmensa aceptación en el gremio de los juristas de Derecho público e incluso no pocos privatistas.

Mas la doctrina—en particular, la privatista—no ha reparado suficientemente en que el planteamiento de ZANOBINI parte de la teoría residual del poder ejecutivo, al que pertenecerían entonces, en la división de poderes, todos los no atribuidos expresamente a los otros.

«Cuando—comienza diciendo (pág. 171)—el Estado interviene en las actividades jurídicas entre particulares, no para regularlas ni para juzgar de la legitimidad o la falta de ella de los actos privados singulares en relación con las reglas impuestas, sino para tomar realmente una parte activa en la conclusión de los negocios jurídicos privados o, en general, en la formación de las relaciones jurídicas entre particulares, entonces se delinea algo que no se concilia fácilmente con las funciones características del Estado. Legislación, al menos a primera vista, a esta actividad no se le puede llamar, porque no se manifiesta mediante el establecimiento de normas; jurisdicción tampoco, porque no se trata en esta actividad de

dirimir una controversia, de restaurar un derecho violado, sino de constituir una relación de derecho entre dos partes concordes o una capacidad o situación jurídica especial a favor de una sola persona solicitante.»

«Administración, por consiguiente, debemos llamar a toda esta actividad, *no tanto porque podamos decirnos convencidos de su carácter administrativo*, cuanto porque ella no tiene la finalidad ni de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas, sino de llevar a la práctica relaciones jurídicas concretas...»

El autor considera entonces (pág. 193) como de «administración pública del Derecho privado» «todos los actos administrativos por los cuales la autoridad administrativa—y excepcionalmente la judicial—pueden ser llamadas a tomar parte en la formación de actos jurídicos de los particulares». FERREIRA (pág. 192), a su vez, la define como «zona de actividad administrativa, que consiste en la intervención de las autoridades administrativas en la formación de los actos jurídicos privados o en el establecimiento de su plena eficacia».

El carácter administrativo de las indicadas actividades de la mano pública se deduce—dice ZANOBINI (pág. 173)—de que, si bien aprovecha solamente a los particulares, vienen ejercitadas por entes públicos y en cuanto tales.

Se trata siempre—dice en otro lugar (*Trattato*, V, pág. 293)—de actividad administrativa dirigida a influir, directa o indirectamente, sobre la constitución de capacidades, situaciones y relaciones de **Derecho privado**. Tal actividad «puede corresponder lo mismo al concepto de servicio público como al de función pública: servicio público, en los casos en los que el Estado aporta una actividad certificativa que los particulares son libres de emplear o no para dar forma a sus negocios; función pública cuando el negocio no puede formarse sin la intervención del órgano público, aunque éste tenga carácter puramente certificativo o deliberativo».

El autor coloca entre las actividades testimoniales o certificativas los actos de publicidad; las intervenciones constitutivas del órgano estatal, los que denomina «negocios de Derecho público» y caracteriza como «declaraciones de voluntad con las cuales los órganos del Estado participan, directa o indirectamente, en la formación de relaciones jurídicas privadas». Concurren, pues, a la plena perfección o efectividad del negocio, el Estado y el particular: aquél, realizando una valoración del negocio privado en su oportunidad y conveniencia para el interés público. La intervención estatal puede ser meramente *permisiva*, como en las dispensas matrimoniales, la emancipación por concesión o la autorización para vender bienes de menores, o bien *constitutiva*, como en el cambio de nombres o apellidos, la legitimación por concesión soberana y la adopción.

En su trabajo del año 1918, sin embargo, ZANOBINI excluía del ámbito

de la administración pública del Derecho privado los actos de Derecho de familia: aprobación de la adopción, licencia para contraer matrimonio, etc. Se trata en ellos—decía—«de alcanzar un fin estatal, no administrativo, sino de justicia y orden superior: la protección de los intereses del cónyuge y de los hijos; la protección de la moral pública; el respeto, en suma, de la justicia y del orden». Entendiendo asimismo que la jurisdicción voluntaria no «puede hacerse entrar en la administración pública del Derecho privado: no porque ésta sea administración del Derecho público, sino porque no es verdaderamente función administrativa».

1.5.4. *La separación entre Administración y jurisdicción voluntaria*

Esto segundo viene siendo afirmado por aquella parte de la doctrina que ha examinado el problema con mayor detenimiento. En realidad, la única razón para incluir los actos judiciales de jurisdicción voluntaria entre los administrativos es la de aceptar la teoría residual, identificando a la vez la jurisdicción con el proceso contencioso, como hacen muchos procesalistas. En cuanto se reduzca el Derecho administrativo a sus propios límites, será ajena a él la actividad no contenciosa de los jueces.

a) La distinción, la centran DE MARINI (pág. 273) y SATTa en la persona del tercero que interviene en la relación entre partes, considerando supuestos de verdadera Jurisdicción y no de Administración aquellos en los cuales únicamente mediante la actuación del juez pueden producirse determinados efectos jurídicos. Se trata de hipótesis en que normalmente la simple voluntad de los participantes es irrelevante para la obtención del efecto jurídico, como ocurre, por ejemplo, con la enajenación de los bienes de un menor, la declaración de fallecimiento o las medidas provisionales en relación con los hijos, para no citar sino algunos ejemplos claros de nuestro Derecho positivo. Es indispensable que la ineficacia de la voluntad particular sea suplida mediante la intervención de un órgano que ofrezca plenas garantías. Y tradicionalmente dicho órgano ha sido el Juez, estimándose inconveniente atribuir tal misión a un órgano administrativo.

A su vez, la actividad judicial de jurisdicción voluntaria no es comparable con la del funcionario administrativo, al obedecer fundamentalmente, en su desenvolvimiento, a las reglas propias del estamento jurisdiccional y no del burocrático.

Tal actividad no forma parte de «la política, la Administración civil y militar y... la función ejecutiva», de que nos habla el artículo 91 de la Constitución, bajo el epígrafe «del Gobierno y de la Administración», y menos de una Administración que, según el artículo 96, «actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación».

La separación entre actuación administrativa y jurisdicción voluntaria se deduce también del artículo 99, según el cual «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», pues no es precisamente la *legalidad* de la actuación del Juez en actos de jurisdicción voluntaria lo que se somete a la decisión de la jurisdicción contenciosa en su caso, ni la sumisión de ésta a sus propios fines (prohibición de la desviación de poder), sino el conflicto entre partes para cuya definición es inepta la jurisdicción voluntaria, por muy legal que sea su actuación, que no es *controlada* por los Tribunales, sino que cesa cuando sobre la materia se promueve contienda.

b) En opinión de GIMENO GAMARRA (pág. 11), «la finalidad de proteger los derechos privados es la que diferencia a la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general, y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea ésta su finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria».

En el mismo sentido, para DI BLASI (pág. 1097), mientras la Administración persigue siempre fines e intereses suyos propios de carácter público, la llamada jurisdicción voluntaria se ejerce siempre en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas privadas, incluso si se asumen como intereses generales en la norma. «La Administración desarrolla su actividad para cuidar y satisfacer intereses públicos que el Estado asume como fines propios, mientras que el acto para el cual se atribuye competencia a un órgano judicial y, por tanto, el de jurisdicción voluntaria, se halla siempre dirigido a la tutela de un interés privado. Todo órgano de la Administración es portador de un interés del Estado en nombre del cual actúa, mientras el órgano judicial es desinteresado e imparcial. El Estado es parte en el juicio de anulación del acto administrativo y será llamado a responder de los daños: todo esto hace manifiesto cómo el acto de jurisdicción voluntaria, en cuanto emanante de un órgano judicial, no puede insertarse en el esquema del acto administrativo.»

c) Sintetizando los criterios anteriores, hace notar GARRIDO FALLA (página 22) que «la actividad administrativa supone siempre una intervención estatal (y, según nuestra tesis, a través precisamente de organismos administrativos) en tutela del interés público; en cambio, la jurisdicción voluntaria actúa normalmente para resolver cuestiones que afectan a individuos particularmente considerados (informaciones para dispensa de ley, declaración de fallecimiento, nombramiento de tutores, habilitación para comparecer en juicio, etc.). Es cierto que en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en los que constituyen la jurisdicción contenciosa,

el Tribunal no resuelve efectivamente sobre la pretensión de un particular respecto de otro, pero no hay duda de que la resolución que se dicta condiciona tanto las posibles pretensiones procesales que en el futuro pueda esgrimir el interesado como las que pueden esgrimirse frente a él; ésta es la razón por la que su competencia se encomienda al Juez y no a la Administración pública. Finalmente, aunque fuese cierto que la jurisdicción voluntaria sea, desde el punto de vista material, auténtica actividad administrativa, bastaría el hecho de que el ordenamiento jurídico positivo la atribuyese a los Tribunales para que sea cuestión de la que deba desentenderse en absoluto el Derecho administrativo.

Yo mantuve también una opinión semejante en mi trabajo del año 1961, al explicar que «la actividad administrativa supone tutela de un interés público, mientras los actos de jurisdicción voluntaria han sido deliberadamente atribuidos a la competencia de los Tribunales por la razón sustancial de que no realizan inmediatamente la tutela de un derecho público, sino que afectan a relaciones jurídicas privadas o al estatuto jurídico de los particulares. Como los actos de la jurisdicción contenciosa, tienen también como fin actuar el Derecho (no para repararlo, sino con carácter preventivo) y provienen de un órgano ajeno a los hechos o materia sobre la que recae su actuación. En este sentido, dice BAUR que la jurisdicción voluntaria es ejercicio de la jurisdicción estatal en un proceso legalmente preordenado, como cualquier otra rama de la jurisdicción; también en ella la autoridad es considerada como Tribunal en cuanto goza de independencia real, es decir, siendo sus decisiones ajenas a cualquier limitación de orden superior: falta el momento característico de la subordinación, común a todos los empleados».

d) GUASP (pág. 1638) se fija también en el tema sobre el que versa el examen del Juez, a saber, la adscripción de una figura jurídica al ámbito de competencia civil. Tal adscripción «viene dada por el hecho de que en él, el órgano de la Jurisdicción trabaja sobre *relaciones de Derecho privado* existentes entre partes, como elementos distintos del propio órgano jurisdiccional y ajenas, por tanto, al significado público de las funciones específicamente administrativas. La jurisdicción voluntaria ofrece no sólo la presencia de un órgano jurisdiccional, sino también la presencia de sujetos distintos de esos órganos, titulares de relaciones jurídicas particulares; de parte o partes, en una palabra, que proporcionan un rasgo definidor de este ámbito jurisdiccional. En la jurisdicción voluntaria, el órgano de la Jurisdicción recoge material de Derecho privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia fundamental de que no existe en ella el elemento sustancial de todo proceso, que es la pretensión procesal».

1.6. CONCLUSIONES. UBICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA LLAMADA «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO PRIVADO»

En conclusión: la forma concreta como el Derecho ha organizado la jurisdicción voluntaria, no sólo encomendándola a la autoridad judicial (que, por imperativo del artículo 4.º de su Ley Orgánica, tiene terminantemente prohibido «mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares de la Administración del Estado»), sino regulándola de modo divergente al acto administrativo, que puede ser revocado por el superior jerárquico y, tras el recurso gubernativo, llegar a la jurisdicción contenciosa (no a la civil), aleja a dicha jurisdicción voluntaria de las actividades propias del poder ejecutivo. Ciertamente, la materia sobre la que recae no suele ser específica del poder judicial—tanto es así que otros asuntos similares se hallan encomendados a funcionarios no pertenecientes al mismo—, pero por la naturaleza privada de los derechos sobre que versa, por la índole e independencia de los funcionarios que en ella entienden y por la forma del procedimiento no puede calificarse, sin más, de *Administración*. Mas, a su vez, por la indicada falta de partes adversas, de proceso y de cosa juzgada, o por su función habitualmente preventiva: en fin, en presencia de las notas diferenciales expuestas *supra*, en el epígrafe 1.5.1., vemos cómo esta materia, estas actividades, tampoco pueden incluirse en el ámbito de la *jurisdicción*, en sentido estricto. Hay que pensar, por tanto, como hacen, entre tantos otros, FONT BOIX (pág. 257) y CHICO ORTIZ (pág. 51), en un *tertium genus*, idea a la que no es ajeno el artículo 117 de la Constitución cuando, de una parte, atribuye a los Tribunales «el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», en donde claramente se alude al proceso, sea civil o penal, pero siempre en litigio o causa criminal; mientras que, ulterior y adicionalmente, ordena a los Tribunales ejercitar las otras «funciones...», que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho: funciones, pues, distintas de las que desempeñan en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por tanto, aparte de ella.

Es clara, en este último pasaje constitucional, la alusión a la jurisdicción voluntaria, la cual, según se ve, conforme al texto del artículo 117, no forma parte de «la función jurisdiccional», esto es, de la Jurisdicción, pero sí es un atributo más del «poder judicial» y, por tanto, algo ajeno al «Gobierno y la Administración», que regula el título IV; a la «función ejecutiva», de que habla el artículo 97. No olvidemos que los Jueces tienen prohibido «mezclarse en asuntos peculiares a la Administración del Estado» (art. 4.º Ley Orgánica Poder Judicial). El propio precepto constitucional, pues, diseña la existencia de ese *tertium genus* de funciones entre lo que MONTESQUIEU llamaba, respectivamente, «poder de juzgar» y «po-

der ejecutivo del Estado»: funciones «atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Empero, ¿qué decir cuando estas funciones vienen atribuidas a organismos no judiciales?

De lo dicho hasta ahora se deduce, sin lugar a dudas, que tales funciones son impropias de la *Administración*, tanto desde el punto de vista objetivo—el de la materia sobre la que versan—como el subjetivo—la posición de quien ejerce la función—. Materia civil, intereses ajenos, posición imparcial del que decide sobre ellos, posición asimismo independiente y ajena a la jerarquía en el acto de decidir: todo ello configura un ámbito de actividades en el que quien desempeña la función ostenta una posición bastante parecida a la de un Juez y, desde luego, radicalmente distinta de la de un funcionario del orden administrativo. No tiene, evidentemente, el funcionario no judicial auténtica *iurisdictio*: su actuar nunca será ejercicio de la Jurisdicción, ni por razón de la materia ni por razón de la persona. Pero ni siquiera cuando se trata de funcionarios administrativos incidimos siempre en el ámbito de la Administración, sino sólo cuando la actuación discurre, sucesivamente, por la vía administrativa y la contenciosa.

En otro caso, nos hallamos ante el desempeño, por personas no pertenecientes al orden judicial, de esa «función de garantía», de que habla el artículo 117 de la Constitución en relación con los Jueces y Tribunales, pero cuyo desempeño puede corresponder también a otras personas que específicamente designa la ley: función que constituye un *tertium genus* al lado de la Jurisdicción y la Administración.

Bien entendido que no por pertenecer entonces a un mismo género se confunden las dos especies de los actos de jurisdicción voluntaria y los realizados por sujetos ajenos al poder judicial: los actos de jurisdicción voluntaria son, como dicen SÁENZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (pág. 328), tipos especiales de procesos, caracterizados por la falta de contradicción, pero cualificados por la necesidad de una inicial pretensión y de una resolución final, a lo que podemos añadir que en el momento en que hay oposición de parte interesada, el expediente de jurisdicción voluntaria, por imperativo del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se vuelve contencioso. Lo que no sucede, por ejemplo, en materia registral.

Esto nos lleva a una última consecuencia, a saber, que mientras para la Jurisdicción y la Administración el legislador ha establecido una serie de reglas generales, en cambio, apenas puede hablarse de una regulación general para esta categoría de actividades dispares, que el legislador sólo ha contemplado en conjunto en una parte (actos judiciales de jurisdicción voluntaria), pero no en su totalidad.

SEGUNDA PARTE

PODERES DEL ESTADO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
POSICIONES DE LA DOCTRINA2.1. DOCTRINAS QUE APROXIMAN LA FUNCIÓN REGISTRAL
A LA JURISDICCIÓN

Algunos autores, más abundantes entre los antiguos, resaltan las similitudes de la función registral con la del Juez, incluyendo aquélla en el ámbito de la Jurisdicción.

En el siglo pasado se orientan en esta dirección los Registradores AGULLÓ, BARRACHINA y PARDOS GARCÍA.

AGULLÓ considera que el Registrador «es un Juez que resuelve el derecho a favor de una persona determinada», añadiendo que en el procedimiento que conduce a la inscripción, «aparte de la contención entre partes, hay una especie de contención entre los particulares y el Registrador cuando aquél solicita y ésta rechaza la inscripción en nombre de la ley, de manera que el Registrador es un verdadero Juez fiscal» (citas de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, pág. 434, y LÓPEZ MEDEL, pág. 225).

Tal es también el parecer de BARRACHINA y GULLÓN (citados por MORELL y TERRY, V, pág. 116), para quienes igualmente el Registrador «es un Juez, quien resuelve el derecho a favor de una persona determinada oyendo al que transfiere, al que adquiere y a todo el que pueda alegar algún derecho, a cuyo efecto consulta el Registro, siendo éste, por consiguiente, la parte contraria al título, el fiscal que representa a los ausentes».

La posición de PAZOS y GARCÍA (citado por LÓPEZ MEDEL, pág. 225) es más *lege ferenda*. El se plantea el problema partiendo del reconocimiento de que históricamente el Registro venía siendo objeto de la Administración activa más que del orden judicial, pero que a éste se le va restituyendo progresivamente y al que pertenece en casi todos los países. Dice que la función que ha de cumplir el Registro lo será mejor «con un órgano propio y distinto, pero siempre dentro de la Administración de la

Justicia, al igual que hay justicia civil y justicia penal, siendo órganos distintos, que no quebranta la unidad... Al Registrador le está encomendada la higiene de la propiedad, y a los Tribunales, la terapéutica de la propiedad; y a ambos, la normalidad fisiológica del organismo jurídico de ella. Cuando el Registrador se concretó a medio de publicidad y no de seguridad, no había esas facultades. El Registrador, dentro de una organización científica, es un verdadero juez que consagra las evoluciones legales y pacíficas de la propiedad en nombre del Estado».

Años más tarde vuelve a afirmar la naturaleza jurisdiccional de la función (no del cargo) ROMANÍ CALDERÓN (pág. 85). Para él, «el funcionario que tiene a su cargo esta oficina (la del Registro) no pertenece en España al orden judicial, pero la calificación que realiza supone una función judicial o jurisdiccional; determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso la autoriza dando fuerza de verdad legal a su determinación, que por ello produce todos los efectos que, según la legislación hipotecaria se derivan de la inscripción. La inscripción convierte en acto objetivo de carácter y trascendencia real a un acto subjetivo que, como un contrato, sólo produce efecto entre los otorgantes; crea y garantiza la situación legal de propietario con titulación inscrita».

«La jurisdicción hipotecaria es de carácter objetivo, produciendo efectos *erga omnes*. La ausencia de contradictor sólo significa que no se ventilan intereses contrapuestos, sin que pueda alterar su carácter jurídico, pues siempre establecerá una presunción de legitimidad, de que el acto que produce la inscripción está ajustado a derecho, determinando la situación legal de propietario inscrito en el titular con todas las presunciones y consecuencias que de ello se derivan.»

Ulteriormente, DE LA RICA (II, pág. 176), con expresión mucho más matizada, explica que «la función calificadora es delicadísima y su declaración implica, en cierto modo, una función cuasi judicial, puesto que tiende a adecuar los hechos jurídicos al Derecho objetivo, a velar por la fiel observancia de éste, a dar vida real al principio de legalidad, y puesto que, por otra parte, es recurrible en vía gubernativa y en vía judicial». Y GALLARDO RUEDA (pág. 158) encuentra «un evidente entronque de la función registral con la judicial».

Por su parte, LÓPEZ MEDEL, sin perjuicio del carácter de servicio público que atribuye al Registro de la Propiedad, señala su misión de garantía y aseguramiento de los derechos e incluso de constitución de situaciones jurídicas (como en la inscripción de las sociedades mercantiles, con la cual—dice—«el Registrador da vida a la sociedad», o mediante la anotación preventiva de embargo o la hipoteca, etc.), concluyendo (pág. 238) que se trata de una «función jurisdiccional de carácter especial, por la

índole de derechos civiles, por la fuerza constitutiva del resultado de la calificación y por la seguridad jurídica general que se procura por medio de la publicidad registral, a los fines de una justicia de índole civil registral».

La tesis de la naturaleza jurisdiccional ni se plantea habitualmente —como vemos— en todo su rigor ni se acepta hoy por la doctrina. «La actividad—dice MARTÍNEZ RUIZ (pág. 1078)—es distinta, se desenvuelve en planos distintos y con instrumentos también distintos. La única nota común es la juridicidad, nota común a otros funcionarios.»

En efecto, falta aquí, por de pronto, la cosa juzgada, en cuanto que, como veremos, siempre es posible presentar nuevamente a inscripción un documento ya calificado y obtener una calificación diversa (cfr. art. 108 del Reglamento Hipotecario). Ya se ha dicho, además, que la operación lógica de la subsunción es común a todos los supuestos de aplicación del Derecho, por el Juez o por el funcionario administrativo. Finalmente, la inscripción tiene una misión de garantía, y a veces una misión constitutiva, que diverge notoriamente de la tarea de discriminación entre dos opuestas posiciones en torno a un problema jurídico, que se encomienda al Juez en el proceso.

Como dije en mi trabajo del año 1961, «la separación entre Registro y Jurisdicción es patente. El procedimiento hipotecario se desarrolla ante el Registrador con independencia de los Jueces y Tribunales. Estos sólo excepcionalmente son llamados a intervenir por la legislación registral, y no pueden obligar al Registrador a que inscriba contra su voluntad: los títulos creados por ellos, en los que se apremie a dicho funcionario para practicar algún asiento que él estima improcedente, dan lugar a un recurso, de carácter gubernativo, resuelto en última instancia por el Ministerio de Justicia a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sin ulterior vía jurisdiccional (art. 136 R. H.).

«No es posible—añade, desde su planteamiento administrativista, GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 580)—atribuir a la función calificadora carácter jurisdiccional, en cuanto que no tiene por objeto el examen de pretensiones, ya que no puede considerarse como tal la solicitud de inscripción. Indudablemente, el Registrador examina aquí si existe o no concordancia con el Derecho objetivo antes de inscribir, pero no se dan en ella los elementos conceptuales de la pretensión, en cuanto que no se pide nada frente a nadie—se solicita únicamente la extensión de un asiento determinado—ni se pide de un órgano jurisdiccional—el Registrador es un auténtico funcionario administrativo—; el examen sobre la adecuación entre la solicitud y el Derecho positivo es común a todas las funciones administrativas en que existe un procedimiento a instancia del particular, en las que el funcionario administrativo examina de oficio si la solicitud está

de acuerdo con lo dispuesto en la norma. No existe, por tanto, un auténtico proceso dentro de la función registral, en que falta la dualidad de partes y un órgano estatal supraordenado, mientras que, por el contrario, existe el particular solicitante y el órgano estatal en relación típica de procedimiento administrativo.»

2.2. LA TESIS DE LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA

Hasta época reciente diversos autores venían aludiendo, sin demasiada precisión, a la condición administrativa, e incluso de órgano de la Administración, del Registro de la Propiedad, o a la de acto administrativo de la calificación o la inscripción.

Así, en el siglo pasado, ROMANÍ PUINDENDOLAS (citado por LÓPEZ MEDEL, pág. 223), habla de «la verdad administrativa del Registro, que éste es el carácter propio de ella en dicho instituto» (pág. 9). Hace historia de la legislación castellana, recordando la penalidad por no inscribir, con multas, privación de oficios y atribuciones (págs. 41 y sigs.), y alude a las «reformas legislativas», que son calificadas de reformas gubernativas..., «primeras disposiciones reformistas de carácter administrativo hasta 1863» (pág. 81).

En el presente es de señalar más especialmente CAMPUZANO Y HORMA, para quien (pág. 11) «la actividad del Registro no es judicial, sino jurídica, y en rigor, los principios puramente administrativos, porque la calificación en su fondo no representa más que la resolución del Estado respecto al particular que pretende, a través de los asientos del Registro, adquirir unos derechos que el mismo Estado le garantiza. Entendemos que el Registro es una institución de carácter administrativo». «Toda calificación—añade en otro lugar (pág. 244)—que hagan los Registradores surte efectos puramente administrativos, sin que tenga la autoridad de cosa juzgada, a la cual debe subordinarse dicha calificación cuando sobre el título haya recaído fallo judicial.»

Pero el autor que realmente ha dado fundamento científico a la tesis que considera al Registro de la Propiedad una parte de la Administración ordinaria del Estado, es el catedrático de Derecho administrativo y Registrador de la Propiedad GONZÁLEZ PÉREZ. En su opinión, la función registral es de naturaleza administrativa, «ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública, que es la publicidad inmobiliaria». «Históricamente—dice—hubo un momento en que se consideró que la seguridad del tráfico exigía publicidad, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa, como fin de interés general. Nace así el Registro de la Propiedad, modo de acción

administrativa que no es policía ni fomento, sino precisamente servicio público. Y es cierto que su gestión se realiza en régimen excepcional parecido al de Derecho administrativo, es decir, actuando el Estado revestido de *imperium*, y no en régimen normal de Derecho privado.»

«Los *hipotecaristas*—añade en otro lugar (pág. 514)—no han acertado con la naturaleza jurídica del Registro de la Propiedad. La razón no es otra que su falta de preparación jurídico-administrativa, bien por la creencia de que ese conjunto de normas que se conocen con los nombres de *Derecho inmobiliario*, *Derecho hipotecario* o *Derecho registral* constituyen una rama autónoma del Derecho o porque vienen a ser una parte, en cierto modo, especializada del Derecho civil. Se ha olvidado que tales normas son, en su mayor parte, normas de Derecho administrativo. Pues bien, si nos enfrentamos con el Registro de la Propiedad con un mínimo de preparación jurídico-administrativa, resulta obvio que estamos en presencia de un servicio público, con un modo de acción administrativa que no es policía ni fomento, sino precisamente servicio público. Este hallazgo impone una conclusión elemental: que los actos dictados por aquel órgano estatal al que corresponde la realización del servicio público registral son, cualquiera que sea la concepción del acto administrativo de que se parta, actos administrativos dictados en un procedimiento administrativo.»

«Cuando una persona acude al Registro de la Propiedad en demanda de una inscripción, acude a hacer uso de un servicio público e incoa un procedimiento, de indudable naturaleza administrativa, que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo.»

En la tercera parte de este dictamen aludiré a la postura de MENDOZA OLIVÁN, coincidente con la de GONZÁLEZ PÉREZ, siquiera con nuevos razonamientos, y explicaré con mayor detalle la fundamentación de ambas.

La tesis administrativista, dado el—hasta época reciente—reducido número de sus defensores, tampoco ha tenido impugnadores. Entre éstos parece importante citar, con todo, la opinión que emitía en 1951 ITURMENDI BAÑALES, entonces Ministro de Justicia, esto es, miembro del poder ejecutivo, y para quien la afirmación de ser la registral una actividad gubernativa «no resiste el menos exigente examen crítico. Ni la función legitimadora confiada al Registro, ni la naturaleza de la decisión resultante de la calificación, ni los derechos cuya existencia y validez se califica, ni el lugar que formalmente corresponde al Derecho inmobiliario en nuestro Ordenamiento jurídico general, permiten mantener ya semejante ficción. Y la realidad se ha encargado de ponerlo así de manifiesto, otorgando de buen grado a la jurisprudencia registral pareja autoridad doctrinal que a la emanada de los órganos inferiores y superiores de la organización judicial civil común».

Recientemente advierte MARTÍNEZ BEDOYA (pág. 255) que el Registro de la Propiedad no es un servicio administrativo, sino una función autenticadora; no es una parte de la Administración, considerada ésta en sentido estricto. La total libertad e independencia de la calificación registral —dice— lo prueba suficientemente. Piénsese que el Registrador puede denegar la inscripción de una compraventa realizada por el Ministerio de Justicia, y el recurso contra la calificación se resolvería, en la forma ordinaria, por la Dirección General.

Con alguna extensión me ocupé del tema, frente a la tesis de GONZÁLEZ PÉREZ, en mi trabajo del año 1961, en el cual llegaba a las siguientes conclusiones:

a) Que podemos aceptar que en el Registro hay materia administrativa, como la organización y reglamentación del servicio, horario, normas sobre los funcionarios que lo sirven, etc. Mas ello no obliga a considerar administrativa, en globo, toda la actividad del Registro, es decir, todo el Derecho hipotecario formal.

b) Que no es fecundo en resultados decir que el Registro de la Propiedad constituye un servicio público. Porque, de una parte, el servicio público, en su acepción más amplia, no es una forma de actividad administrativa, sino el fin mismo que la inspira, como inspira la actuación de todos los poderes del Estado, por lo que no puede convertirse en un concepto clave, en una piedra de toque de la condición «administrativa» de las instituciones, los actos o sujetos: su acción, en el Derecho positivo español, se limita a destacar ciertos contratos de la zona del Derecho civil, ensanchando la frontera de la Administración en el punto en que ésta linda con sus propias actividades como ente de Derecho privado. Y, de otra parte, en su acepción estricta, como modalidad de la acción administrativa, las «prestaciones» del Registro, como las del Notario, tienen menos de común con las de cualquier servicio público típico (que, para ser tal, debe poder ser prestado por los particulares) que con las de la Administración de Justicia. Por último, nótese que si bien la noción de servicio público puede servir en algún supuesto para delimitar los actos administrativos frente a los de Derecho privado de la propia Administración, en nada nos vale cuando lo que intentamos aquí es, supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, de ver si funcionalmente se aproxima más a lo jurisdiccional y, por tanto, está exento de la aplicación de las normas de Derecho administrativo en materia de procedimiento registral, calificación, recursos, sujetos y objeto de la inscripción, etc.

c) Que, en cuanto a la calificación de la inscripción como acto administrativo, la realidad nos muestra como características de los actos

administrativos propiamente tales, de una parte, la sumisión a la ley y a las formas jerárquicamente superiores de dichos actos y, de otra, la fiscalización jurisdiccional, condiciones que, en principio, faltan en aquél. No hay intervención de órganos administrativos distintos del Registrador en el procedimiento, y los actos registrales no se impugnan en vía auténticamente administrativa. Finalmente, los actos registrales versan las más veces sobre derechos privados, y es muy discutible que estén comprendidos entre los actos de la Administración, a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hallándose excluidos ciertamente, en principio, de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, no obstante regular ésta la actuación, *in complexu*, de la Administración del Estado y no exceptuar en ella expresamente al Registro de la Propiedad.

Se trata, en suma, de la constancia de derechos materiales—generalmente civiles—, que dan un valor también sustancial a la inscripción, independiente del proceso: valor que, conseguido a través de un procedimiento registral, será mantenido mientras no se declare inexacta por los Tribunales ordinarios, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro, sin que los superiores jerárquicos del Registrador puedan inmiscuirse en ellos, y sin que los errores en ellos contenidos puedan corregirse sino mediante los procedimientos establecidos en la ley, ni la nulidad del asiento declararse sino judicialmente, sin que pueda ser prejuzgada ni decretada por el simple trámite de un recurso gubernativo (R. 8 mayo 1946), ni éste pueda ser utilizado para dejar sin efecto asientos ya extendidos. La Administración no es parte en el procedimiento registral, como lo es en los administrativos ordinarios: las decisiones del Registrador tienen, a estos efectos, el valor de las de un Juez, y así, los derechos que crean no pueden ser anulados por la Administración. Esta podrá anular los actos administrativos ordinarios, ya directamente o previa declaración de lesividad de su acuerdo, mientras los resultados de la actuación registral, que crean derechos en favor de los particulares, en ningún caso pueden estimarse lesivos para ella. El fin de publicidad general de los derechos, de exactitud general del Registro en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, pasa a un muy segundo término, frente al de la permanencia de los derechos inscritos mientras no se demuestre en tiempo y forma la nulidad del procedimiento que sirvió para inscribir o la inexistencia o invalidez absoluta y de pleno derecho del asiento.

2.3. ADSCRIPCIÓN A LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O A UNA FUNCIÓN ANÁLOGA DISTINTA DE LA JURISDICCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN

A la proximidad del procedimiento registral a la jurisdicción voluntaria aluden algunas resoluciones de la Dirección General, si bien sin excesivo rigor técnico y con la finalidad de separar aquel procedimiento del litigio judicial. Así, la Resolución de 13 de septiembre de 1926 dijo que el procedimiento de inscripción en los libros del Registro encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria y no puede, por tanto, exigirse que la prueba aducida ante el Registrador se desenvuelva en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo, sino que ha de ser practicada con documentos y manifestaciones que sean garantía suficiente de la legalidad del acto inscribible y de su autenticidad frente a tercero. Igualmente, la Resolución de 31 de marzo de 1950 rechaza toda asimilación del recurso gubernativo a un debate judicial tramitado con la amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regula la ley procesal, criterio del que participa la Resolución de 23 de marzo de 1961.

En la doctrina esta postura es clásica. Según la conocida cita de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (pág. 436), «los más antiguos autores de Derecho hipotecario colocaban estas funciones entre las judiciales y las administrativas por tener de las primeras el examen y apreciación de la prueba documental y la decisión sobre cuestiones civiles, así como la elasticidad, rapidez y menor solemnidad de las segundas. Sin discusión, se colocan hoy entre los actos de jurisdicción voluntaria, por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse». ROCA SASTRE (pág. 247) se adhiere a la opinión de «la doctrina científica», la cual «se inclina por considerar que la función calificadora del Registrador es más bien la propia de los actos de jurisdicción voluntaria y no participa de la naturaleza del acto administrativo». Son muchos los autores que mantienen esta postura, hasta el punto de decir SANZ FERNÁNDEZ que «el criterio de don JERÓNIMO ha causado estado en nuestra doctrina».

Mas tal criterio no parece hoy suficientemente expresivo, ya por las diferencias que median entre la jurisdicción voluntaria judicial y las funciones semejantes desempeñadas por funcionarios distintos de los Jueces, ya porque la propia jurisdicción voluntaria, según hemos visto, es un concepto en tela de juicio, que no pocos procesalistas reenvían a la Administración.

En el Derecho portugués advierte FERREIRA (pág. 193) la existencia de marcadas diferencias entre la registración y la jurisdicción voluntaria. Las especialidades de ésta las resume en tres puntos principales: «inexistencia de cosa juzgada, inaplicación rigurosa del principio de legalidad e inquisitorialidad en el terreno de las pruebas». Señalando, en cuanto a los dos últimos extremos, que, de una parte, «el conservador del Registro decide sobre la calificación de los actos sujetos a registro, en términos de legalidad..., en lo cual se aparta de la jurisdicción voluntaria», y, además, que «cuando no actúa oficiosamente, el funcionario mantiene en la institución del Registro una posición pasiva, que no es compatible con la inquisitorialidad característica de la jurisdicción voluntaria».

Por eso va cundiendo entre los hipotecaristas la idea del *tertium genus*, que asimismo propugné yo en mi trabajo de 1961. El Juez no es una especie de Rey Midas, que convierte en jurisdiccional todo aquello que es incumbencia suya por el solo hecho de serlo; pero tampoco la Administración es una especie de coche escoba, como en las carreras ciclistas.

Valga por todas la opinión de CHICO ORTIZ, con la que concluyo esta exposición descriptiva. Expresando un estado de opinión ampliamente difundido, explica, en esta línea (pág. 58), cómo la función registral, de una parte, «en su actuación se asemeja a la judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene algo de todos éstos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos. Se ha caído aquí en la gran *ansiedad* que utilizaron los pandectistas en su obsesión de aprisionar todas las figuras jurídicas aplicando el método dogmático de inversión para precisar lo real de lo obligacional: dadas determinadas características de los derechos reales, según que la figura expuesta coincida o no con las mismas, de ahí que pudiera o no ser considerada como derecho real. ¿Es posible configurar la calificación en forma autónoma sin necesidad de encuadrarla en instituciones típicas? Decir que es autónoma o *sui generis* quizá no sea decir nada, pero creo que tampoco se adelanta mucho intentando encuadrarla dentro del campo judicial o del administrativo, en los que sólo pérdida de derechos y limitación de facultades surgirían. Afirmar una situación híbrida de *jurisdicción voluntaria* puede llevarnos a las mismas orillas doctrinales que la de la calificación como autónoma, *sui generis* o diferente».

«Entiendo que hay que partir de un principio general, cual es el que atribuye a los ciudadanos españoles el derecho a la *seguridad jurídica*, lo cual supone comprender en dicha expresión no sólo la idea de *seguridad del derecho*, que está garantizada a través del poder judicial, sino la *seguridad del tráfico*, que se ejerce a través de la publicidad que

el Registro ofrece a los actos jurídicos inscribibles. Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder (o si se quiere, jurisdicción) que, en principio, podríamos considerar como especial. En la *seguridad jurídica* (conforme al art. 17 del Fuero de los Españoles) no puede desconocerse la *seguridad del tráfico*, pues si sólo a la seguridad del *derecho* se estuviera refiriendo, el precepto no tendría el alcance programático que lo inspiró.»

«Aunque se ha dicho que era exagerado entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver recursos gubernativos entablados contra la calificación registral, quedaba convertida en un nuevo poder del Estado (la cita de esta opinión la hago a través de IGNACIO CASSO), considero que dicha opinión puede encerrar la clave que nos lleve a perfilar la verdadera naturaleza de la función calificadora.»

TERCERA PARTE

LA FUNCION REGISTRAL, ENTRE LA ADMINISTRACION
Y LA JURISDICCION

3.1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL

3.1.1. *Concepto y ámbito*

CORRADO (pág. 58) distingue entre los que él llama «actos administrativos dirigidos a la señalación y la divulgación de noticias», de una parte, los que se refieren a actos o situaciones de Derecho público, y, de otra, los relativos a actos o situaciones de Derecho privado. «En el primer caso se tienen las publicaciones en sentido estricto, y en el segundo caso la publicidad. Las publicaciones en sentido estricto se refieren a actos y situaciones de Derecho público en sentido amplio, y así se tienen publicaciones de normas jurídicas (leyes u otras providencias legislativas y reglamentarias); publicaciones de sentencias; publicaciones relativas a actos y relaciones administrativas de diverso género, como providencias financieras y fiscales o de policía. La publicidad se refiere, en cambio, a hechos (sean voluntarios o involuntarios) o bien a situaciones jurídicas de Derecho privado.»

La publicidad es un concepto que abarca actuaciones muy diversas: así, al lado de las inscripciones y transcripciones de documentos, la recepción de declaraciones de voluntad o de hechos (nacimiento, defunción) que deben quedar consignadas en el Registro.

La constancia registral produce distintos efectos. Por de pronto, los efectos que podemos llamar *certificativos*, derivados del testimonio del agente público acerca de las declaraciones recibidas por él y, en general, de los comportamientos observados en su presencia (FAZZALARI: *Enciclopedia*, pág. 365): en el Registro inmobiliario español este efecto se amplía hasta la *legitimación* del titular inscrito (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Surte asimismo la constancia registral, en múltiples ocasiones, efectos constitutivos respecto al nacimiento o eficacia del acto o derecho (sociedades mercantiles, hipoteca, patentes, etc.). Pero la misión esencial

de la constancia registral es la *señalativa*, que consiste—dice CORRADO (página 55)—«en la divulgación directa o indirecta de la verificación de un hecho que puede acarrear un perjuicio a los terceros, realizada en las formas oportunas, a fin de que los terceros interesados puedan tomar conocimiento de que el evento se ha realizado y que, por tanto, corren el riesgo de sufrir un perjuicio. La declaración señalativa es perfecta apenas se haya exteriorizado en la forma debida y desde este momento adquiere la relevancia que el legislador le atribuye».

Estas tres dimensiones de la publicidad, presentes en nuestro Registro de la Propiedad y Mercantil, son esenciales a efectos de determinar la naturaleza de las actividades del Registrador, según veremos ahora.

3.1.2. *La tesis del carácter administrativo de la publicidad registral*

Según PAVONE (pág. 63), «la señalación de actos o de otros hechos relativos a la vida del tráfico, si bien interesa a situaciones de Derecho privado, parte de exigencias de certidumbre y de regular constitución y desarrollo de las relaciones jurídicas, exigencias que responden a un interés general y de orden público. Por otro lado, el buen funcionamiento de la publicidad depende del modo como los Registros se hallan formados y llevados, de la integridad y fidelidad de las registraciones y, en general, de las garantías de regularidad que la presencia de órganos públicos confiere al servicio prestado. En esto reside esencialmente la razón por la cual la llevanza de los Registros públicos es demandada a los órganos estatales o, en todo caso, a sujetos que actúan en la esfera de actividad de la pública Administración».

No obsta a ello que las funciones llamadas ahora de «administración del Derecho privado», y sobre todo las de publicidad, se ejercieran en otro tiempo por órganos judiciales o vinieran consideradas como actividades de naturaleza jurisdiccional. «Tal atribución—advierte PAVONE (página 74)—venía justificada por el hecho de que dichos órganos daban mayor confianza de imparcialidad y probidad en el ejercicio de las funciones que les venían atribuidas, y sobre todo garantía de un mejor cumplimiento a causa de su particular competencia jurídica. Más tarde estas funciones han sido confiadas a órganos administrativos, si bien todavía se encomiendan algunas de ellas a órganos jurisdiccionales o bien a órganos administrativos puestos bajo la vigilancia o dependencia de la autoridad judicial. En tema de publicidad, la intervención de los órganos jurisdiccionales es generalmente requerida cuando la publicación debe ser precedida del examen de la legalidad de los actos o de la verificación de la condición jurídica de los sujetos a que se refiere el evento a regis-

trar, entendiéndose que la autoridad judicial es particularmente apta para efectuar tales controles.»

Tanto este autor como CORRADO (pág. 52) o PUGLIATTI (pág. 270) insisten en el carácter administrativo de la publicidad también cuando en ella intervienen órganos judiciales; sobre todo—dice CORRADO—en «la señalación de algunos negocios jurídicos privados en los cuales es oportuno, en interés de la generalidad, que intervengan órganos particularmente adaptados para ejercitar intereses públicos y privados que los negocios pueden regular o prejuzgar». Aun entonces la función en sí es un servicio administrativo, aunque se encomiende a los Jueces, debido a causas históricas o a razones de orden técnico (ZANOBINI, pág. 185).

En España, el primero en mantener explícitamente esta opinión ha sido GONZÁLEZ PÉREZ. Para él, «entre los intereses colectivos a realizar por la Administración, hay un grupo específico de ellos... relativos al Derecho, como asegurar el tráfico jurídico, dando certeza a las relaciones precisamente con objeto de evitar los casos excepcionales—patológicos se han llamado—, en que entra en juego la función jurisdiccional. Existiendo, por tanto, un grupo de funciones administrativas que tienen como fin cooperar a la realización del Derecho, lo decisivo será ver cómo realizan este fin, que es el Derecho, ambas funciones».

«La función registral—añade más adelante—es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la L. H.). Ahora bien, no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa. Es cierto que la función registral exige una petición por parte del particular, no pudiendo realizarse de oficio por el Registrador (principio de rogación); pero esto no permite en modo alguno asimilar tal función a las jurisdiccionales, pues que, como vimos, el concepto de pretensión y el de petición de inscripción son distintos.»

Sin que quepa considerar a la función registral como una parte de la jurisdicción voluntaria, porque ésta es «únicamente la actividad administrativa realizada por los órganos jurisdiccionales», mientras que la «función calificadora... se realiza por órganos administrativos».

3.1.3. *Interés público, función pública y competencia de la Administración en la función registral*

Ahora bien: conviene distinguir entre el hecho indudable de que los Registros realizan un interés público y esta otra afirmación de que los Registros constituyen, por su esencia, una competencia atribuida a la Administración.

Ciertamente, la realización de la justicia supone siempre un interés público, aun cuando se trate de un litigio entre particulares, es decir, de un conflicto de intereses privados: por encima de él hay un «interés en la composición del conflicto» (CARNELUTTI) que asume el Estado.

La publicidad tiene asimismo un fin genérico de interés público, que puede coexistir con la realización de finalidades de naturaleza privada, ya sean de Derecho patrimonial, como en el Registro de la Propiedad, o de Derecho de las personas y de la familia, como en el Registro civil; a veces, las finalidades son, sobre todo, administrativas, como en los Registros administrativos de vehículos o aeronaves.

Y, sin duda, en nuestro Derecho positivo, la organización de la publicidad registral viene ordenada por el Estado, que asume como propios los fines a realizar; predispone—por sí o por delegación—los instrumentos materiales y crea los sujetos que destinarán a tal fin su actividad.

Pero de ahí no se sigue, necesariamente, que la publicidad registral sea competencia de la Administración, y mucho menos que sea competencia exclusiva.

Hace notar, en este punto, DE LISE (pág. 9) que si bien la registración inmobiliaria entra en aquellas actividades mediante las cuales la Administración pública participa en la finalidad de asegurar a las relaciones privadas certeza y publicidad, con todo, «cuando alguien asegura que la función de la transcripción, de resolver conflictos de intereses entre particulares, debe ser contemplada bajo un perfil eminentemente publicístico, en cuanto tiende a resolver el conflicto en sí, con independencia de los intereses que en él se contraponen, parece que excede cualquier deducción razonable».

«En el ámbito de la categoría de la administración pública del Derecho privado se quieren reagrupar situaciones jurídicas particulares, que son el resultado de la mezcla y la confusión de intereses de los particulares y de la Administración pública, la cual se limita a *participar* en las situaciones jurídicas particulares, para fines determinados: en el caso de la transcripción, para atribuir a determinados hechos o actos certeza y publicidad.»

«Por un lado, está la autoridad pública, que predispone medios y personas para la actuación de la publicidad; por el otro, están los particu-

lares, únicamente a los cuales compete la iniciativa para la consecución de aquel resultado. Estos últimos, por tanto, son libres de transcribir o no los actos y hechos que les conciernen personalmente, y si lo hacen, no lo hacen ciertamente para ejercitar un servicio público o una función pública, sino para tutelar sus propios intereses, asegurando, en el caso, a los propios actos la inatacabilidad.»

En opinión del autor, con arreglo a la normativa del Código Civil, el Registro inmobiliario tiene una función principal de tutela de los intereses privados; si así no fuera, es de suponer que el legislador habría impuesto la inscripción coactivamente, y habría sancionado a los que evaden la publicidad con otras penas distintas de aquellas de carácter eminentemente sustancial que actualmente se imponen o gravan al que es negligente en hacer constar su derecho.

En otro aspecto, de la naturaleza pública del interés protegido por la publicidad no se sigue que las actividades que lo sirven correspondan necesariamente a la competencia de la Administración, como no corresponde a ésta la resolución de los litigios, no obstante su interés público; habiendo quedado claro, según creo, en la primera parte de este dictamen, que la función registral—sea la desarrollada por órganos del poder judicial o por otros no pertenecientes a él—es competencia de ese *tertium genus* situado entre la Jurisdicción y la Administración, sobre lo cual insistiré más adelante en relación concreta a los Registros de la Propiedad.

Ciertamente, el hecho de que la inscripción recaiga por lo común sobre derechos subjetivos privados no arguye su carácter igualmente privado, como no lo tiene la sentencia judicial resolviendo un pleito civil: la pública actividad hipotecaria es función pública, al igual que lo es la de los Tribunales; pero, como ella, tampoco entra en el ámbito de la Administración, en sentido estricto.

3.1.4. ¿Función pública o servicio público?

Algunos autores (PUGLIATTI, por ejemplo) dan un paso más distinguiendo entre «función pública» y «servicio público», y afirmando que la «organización de la publicidad está predispuesta para la realización de un específico servicio público. Hay un interés público en procurarse el conocimiento de ciertas situaciones, interés que se resuelve en el derecho subjetivo concedido a todo sujeto singular, el cual, mediante él, disfruta del servicio público». En nuestra doctrina administrativista, GUAITA (página 313) califica al Registro de la Propiedad como «servicio público innegable», y censura que pueda «llegar a convertirse en arma contra la Administración que lo creó, disciplina y rige».

No es ésta la conclusión que se desprende de los conceptos, respectivamente, de *función* y *servicio* públicos en ZANOBINI, para quien la función pública «representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida como una esfera de capacidad específica del Estado, o sea, de su soberanía», mientras que «los servicios públicos representan, en cambio, otras tantas actividades materiales, técnicas, frecuentemente de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles en la consecución de sus finalidades».

Fundados en estas afirmaciones, estiman BONIS (pág. 67) y RASTELLO (página 23) que la actividad del Registrador no constituye el desarrollo de un servicio público, sino el de una función pública, «porque no es una actividad material o técnica, sino que tiene el contenido de una potestad pública, tanto para la actuación de los institutos de la transcripción y la inscripción como para el del poder tributario. De hecho, bajo el primer aspecto, el Estado pone en obra actos administrativos constituidos por declaraciones de conocimiento, y bajo el segundo aspecto, los actos administrativos, bajo los cuales se materializa el poder del Estado de cobrar tributos».

3.2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3.2.1. *Naturaleza*

En el Derecho comparado, el papel del Registrador y el significado y eficacia de la inscripción son muy distintos según los ordenamientos, y esto explica ciertas posiciones de autores extranjeros que no resultan adaptables al Derecho español, no obstante ser exactas en relación con su propio ordenamiento.

De una parte, la inscripción puede ser precisa o no para el nacimiento del derecho que se pretende publicar.

De otra, el Registro puede publicar el acto o contrato, o bien exclusivamente la mutación jurídica causada por él en los derechos sobre bienes inmuebles o muebles registrables.

De otra, la misión del Registrador, en relación al acto o mutación cuya publicación se solicita, puede: *a)* bien reducirse a la verificación de la competencia, admisibilidad del documento al Registro y autenticidad externa de éste, desempeñando el encargado del Registro entonces una función meramente pasiva; *b)* o bien añadiendo a esta indagación sumaria y externa el análisis de la veracidad del hecho o de su correspondencia con los documentos presentados, o incluso, *c)* extendiéndose el juicio del oficial público a los presupuestos y elementos no formales del negocio,

amén de la concatenación de la transmisión con los datos que previamente constan en el libro, como en los Registros más desarrollados, y entre ellos el español.

Cuál sea la posición de nuestro Derecho en torno a estos problemas lo he expuesto ya en mis *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, obra a la cual me remito por no alargar todavía este extenso dictamen.

A la resolución de las cuestiones planteadas por la entidad consultante importa únicamente fijar la trascendencia de la inscripción en relación al derecho, y la de la intervención del Registrador en relación al asiento.

En cuanto a lo primero, una parte de la doctrina italiana, y sobre todo FERRI (pág. 10), explica que la transcripción «se limita a dar publicidad a la declaración de otros, esto es, reproduce y recoge lo que otro declara»; que «no es un acto jurídico fundado sobre la voluntad del legitimado precedente, sino una mera operación material que tiene valor cualquiera que la haya realizado. Además, el legitimado puede disponer del derecho, pero no de la propia legitimación. El que ha transferido la propiedad de un inmueble no conserva hasta la transcripción de la transferencia el poder de disposición, y sí sólo la mera posibilidad de hecho de poner a un tercero en condiciones de vencer al primer adquirente» (página 38).

En el mismo sentido, PUGLIATTI (pág. 388) y PAVONE LA ROSA (página 39): para este último, si bien el documento redactado por un oficial público contiene una declaración intelectual cuando testimonia hechos que se han desarrollado en presencia de aquél, y en particular actos realizados por él, no ocurre así cuanto *documenta* una declaración de otro, porque en tal caso se limita a redactar el documento, es decir, a recoger en él lo que el otro declara. En tales casos, «la actividad de la oficina se resuelve en una mera operación reproductiva dirigida a reproducir, en sus elementos esenciales, el contenido del acto sobre un documento. Y esto es, sobre todo, evidente en la hipótesis en la cual la oficina del Registro desempeña solamente una función ejecutiva, debiendo limitarse a inscribir el acto cuya legalidad ha sido ya controlada por otro órgano... No es lícito deducir que quien lleva el Registro realice una declaración, ya que éste no expresa un pensamiento propio, sino que da trámite a la declaración de otro, realizando una actividad dirigida a hacer posible a los destinatarios el conocimiento de dicha declaración».

A esto opone CORRADO, y ello es particularmente significativo para el Derecho español, cómo el Registrador «no debe limitarse a recibir y transcribir sobre Registros declaraciones privadas, sino que realiza una actividad tendente a comunicar algo a la generalidad de los ciudadanos, que se apoya sobre el presupuesto de una verificación, frente a la cual asume una posición de preeminencia funcional».

En general, para la doctrina dominante la registración es una declaración de ciencia (no de voluntad). El acto de publicidad tiene los caracteres típicos del de contenido no volitivo: es una declaración intelectual mediante la cual el que lleva el Registro participa el conocimiento, adquirido por él, de una determinada situación jurídica, a fin de hacerla cognoscible a los terceros.

Aceptamos, desde luego, que el Registrador no realiza ninguna declaración de voluntad mediante la publicación, que tampoco es exactamente una declaración de ciencia, pero sí realiza un juicio *para la publicación*, con examen de las circunstancias de hecho, de los antecedentes registrales y de los preceptos legales aplicables a la figura jurídica de que trata el negocio, sin cuya resolución favorable el documento no tiene acceso al Registro. El solicitante de la inscripción, por tanto, sólo consigue su práctica a través de tal resolución favorable, tras de la cual el acto de consignar la mutación jurídica en el libro deviene acto debido, y el que contempla el asiento conoce la existencia de este juicio y esa resolución, que garantizan la eficacia *erga omnes* del asiento.

Quedan, por lo demás, aquellos eventos en los que la inscripción es constitutiva y forma parte, por tanto, del supuesto de hecho de la transferencia o constitución del derecho real, o de la prohibición de disponer, etcétera, y asimismo los de adquisición *a non domino* por el que inscribe primero su contrato, caso en el cual, evidentemente, la inscripción no es declarativa, sino integradora de la eficacia transmisiva del contrato y la tradición.

En general, cabe afirmar que la inscripción nunca es un mero acto de publicidad declarativa: ya por la fuerza legitimadora de que la dotan los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, ya porque el acto no inscrito no produce efectos frente al tercero protegido, de modo que la plenitud y la irrevocabilidad de la transmisión sólo se consigue a través de la constatación registral.

Todavía he de señalar el aspecto duradero de la inscripción: la presencia estable de la constatación en el Registro, que persiste como dato jurídico intemporal (RUBINO, pág. 13). La transmisión o la constitución del derecho real se agota en el instante de concurrir título y modo, y respecto de ella la inscripción tiene una función meramente histórica. Pero el derecho subjetivo creado o transmitido permanece desde entonces dotado de la defensa de la publicidad: la función jurídica de la inscripción es precisamente esta defensa.

Si interviene una nueva transmisión, sobrevendrá una nueva inscripción que refleje la situación actual. El viejo asiento, al cual ya no corresponde un derecho que se haya de proteger, conserva, sin embargo, la función histórica, en cuanto permanece para documentar la mutación

jurídica precedente, e incluso contribuye a la defensa del derecho actual al formar parte de la cadena de inscripciones anteriores que compone el tracto sucesivo (véase FERRI, pág. 29).

3.2.2. *La inscripción, ¿acto administrativo?*

3.2.2.1. Opinión afirmativa

GONZÁLEZ PÉREZ, de la condición de servicio público del Registro, deduce que los actos dictados por el órgano estatal a que corresponde la realización del servicio público registral son, cualquiera que sea la concepción del acto administrativo de que se trata, actos administrativos, dictados en un procedimiento administrativo. El que acude al Registro hace uso de un servicio público e incoa un procedimiento de indudable naturaleza administrativa, que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo.

MENDOZA OLIVÁN opina, por su parte (pág. 195), que «según los términos expresos del Derecho vigente, la inscripción en el Registro (todo asiento de esta índole) es en nuestro sistema un acto administrativo, si especial a los efectos del Decreto de 10 de octubre de 1958, en cuanto al procedimiento para su práctica, sometido, sin embargo, en su revisión al régimen común establecido en el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo».

«Desde esta perspectiva, la virtualidad limitadora de los actos (administrativos) de inscripción respecto de los de deslinde (igualmente administrativos), impuesta a la Administración sin otra alternativa que la del juicio plenario ulterior, en el que deberá asumir el papel de contradictora de los asientos registrales (art. 38 de la Ley Hipotecaria), choca abiertamente con las facilidades que el Ordenamiento le concede para revisar y rectificar los 'errores de hecho' (no otra calificación puede merecer) de que adolecen estos últimos (art. 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo), al publicar como susceptibles de tráfico jurídico unos bienes radicalmente incompatibles con cualquier forma de comercio privado.»

En definitiva, llega el autor a pensar, aun señalando que la consecuencia es contraria a la *praxis* común, que «si los procedimientos de revisión de los actos registrales son los previstos en el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo, tendrá también aplicación el artículo 111 de ésta al sancionar que en cualquier momento podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho de los actos administrativos». Pues «si el Registro español tiende a la exactitud y está destinado institucionalmente a recoger la realidad material, la publicación, como traficable, de un bien de dominio público (*res extra commercium*) sólo puede

explicarse en virtud de un error de hecho, revisable como tal por la Administración en cualquier tiempo, contra cuyo pronunciamiento corresponderá al particular la garantía de la impugnación jurisdiccional». He aquí una prueba de las consecuencias a que puede conducir la visión administrativista del Registro.

El autor insite en el carácter de acto administrativo de la inscripción fundándose en que la *Ley de Procedimiento Administrativo* y el Decreto de 10 de octubre de 1958, dictado al amparo del apartado 3 de su disposición final 1.ª, admiten esa calificación considerando como «procedimientos administrativos especiales», a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la *Ley de Procedimiento Administrativo*—es decir, al objeto de la aplicación sólo supletoria de las normas contenidas en el título IV de ésta (procedimiento no revisorio)—, entre otros, a «los procedimientos regulados en las *Leyes y Reglamento Hipotecario...*» (apartado 7.º del citado Decreto).

3.2.2.2. Examen del argumento deducido de la Ley de Procedimiento Administrativo

En mi opinión, el único argumento que podría demostrar la naturaleza de acto administrativo de la inscripción es que así lo dispusiera expresamente una ley, la cual, por serlo, derogaría a la *Ley Hipotecaria*. Mas no sucede así, no pudiendo deducirse de la *Ley de Procedimiento Administrativo* tal derogación.

Es cierto que el Decreto de 10 de octubre de 1958 considera como «procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la *Ley de Procedimiento Administrativo*», a los «regulados en las *Leyes y Reglamentos Hipotecario y Notarial*», acaso incluidos en la «heterogeneidad de la materia administrativa», a que alude la Exposición de Motivos del propio Decreto.

Es igualmente cierto que, según la disposición final primera de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, «a efectos de lo establecido en el número 2 del artículo 1.º, el Gobierno señalará, en el plazo de tres meses, cuáles son los procedimientos especiales que por razón de la materia continuarán vigentes». Disponiendo el citado artículo 1.º-2 que «las normas contenidas en los títulos IV y VI, salvo el capítulo I de éste, y en el capítulo II del título I, sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo previsto en la disposición final primera».

Pero esto no significa que los procedimientos regulados por la legislación hipotecaria hayan quedado constituidos, todos ellos, a partir de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, en procedimientos administra-

tivos propiamente tales. El Decreto no introduce ninguna alteración en la legislación existente, ni podría hacerlo, dada su condición de norma de rango inferior que no cobra otro superior por el hecho de que la Ley de Procedimiento ordene al Gobierno la mencionada clasificación de procedimientos: no le da plenos poderes para hacerlo, ni le permite legislar a tal respecto: de los procedimientos vigentes, los que sean objeto de reglamento independiente podrán ser modificados y adaptados, pero no los predispuestos por la ley. El Gobierno, tras el mandato del legislador, no tiene más poderes de los que tenía, en orden a la fijación de la condición administrativa o no de las disposiciones reglamentarias y las legales. No se trata aquí de legislación delegada, en definitiva.

En la tesis de MENDOZA OLIVÁN resultaría que, si el Gobierno no hubiera mencionado los procedimientos hipotecarios en el Decreto de octubre de 1958 que señala los procedimientos especiales que por razón de la materia continúan vigentes a la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo, tales procedimientos se entenderían derogados, y al procedimiento hipotecario sería aplicable en todo la nueva Ley de Procedimiento Administrativo; y no toda ella salvo los título 4.º y 6.º Con esa conclusión, entonces, el Gobierno derogaba todas las normas procedimentales de la Ley y el Reglamento hipotecarios, sustituidas por la Ley de Procedimiento Administrativo. Y como todo ello carece de sentido, más bien ha de atribuirse a un exceso de celo del Gobierno la inclusión de los Reglamentos hipotecario y notarial en la relación del Decreto de 1958: sin duda, con la finalidad de evitar esa anterior inteligencia, pero, desde luego, sin ninguna virtualidad para poner en vigor ninguna parte de la legislación de procedimiento administrativo en lugar de los preceptos hipotecarios que regían en el momento de promulgarse la citada Ley de Procedimiento.

En otras palabras: como según el inicio de la Ley de Procedimiento Administrativo, «la Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de esta Ley», de ahí se deduce que aun exceptuado el Reglamento hipotecario por el Decreto de 1958, si se considera al Registro como una parte de la Administración del Estado, irremisiblemente y sin salvedad alguna las normas no exceptuadas en el artículo 1.º (títulos IV y VI) «serán aplicables aun habiendo otras especiales», esto es, que la Ley Hipotecaria quedaría derogada en todo cuanto se hallase regulado en modo divergente por la Ley de Procedimiento Administrativo (salvo sus títulos IV y VI), y complementada asimismo por ella. Por supuesto, la inscripción sería acto «sujeto al Derecho público» (art. 44); sería causa de abstención el parentesco en 4.º grado de consaguinidad, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Procedimiento, y no sólo en 2.º grado, según el artículo 102 del Reglamento Hipotecario; el Registrador (o acaso

la Dirección General) podría, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen del Consejo de Estado, declarar la nulidad de las inscripciones practicadas por órgano manifiestamente incompetente, o de contenido imposible o constitutivas de delito (véase, con todo, art. 101 de la Ley Hipotecaria), etc.; tratándose de inscripciones que «incurren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico» la anulación sería posible previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 110); el Ministro de Justicia tendría competencia para avocar a sí las cuestiones hipotecarias; cabría recurrir en reposición ante la Dirección General de los Registros, de las resoluciones de ésta, etc.

3.2.2.3. ¿Aplicabilidad de la Ley?

GONZÁLEZ PÉREZ, en reciente trabajo (RCDI, año 1976, págs. 1301 y siguientes), admite la aplicabilidad supletoria de algunos títulos de la Ley de Procedimiento Administrativo al procedimiento hipotecario, y no la de otros (sobre todo, no los relativos al régimen jurídico de los actos y revisión de los mismos en vía administrativa). Pues—dice—si bien «el apartado 7 del artículo 1.º del Decreto citado se refiere, sin distinguir, a los *procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios*...; ello no quiere decir que puedan someterse sin más estos procedimientos al régimen de los especiales a que se refiere el artículo 1.º-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues como he señalado *ut supra*, las normas generales de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, según este artículo 1.º-2, serían de aplicación como tal procedimiento especial, son incompatibles con los principios y regulación de los procedimientos hipotecarios. Pero en cuanto sean compatibles, no hay razón alguna para negar la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo».

El planteamiento de GONZÁLEZ PÉREZ me parece contradictorio, por cuanto el artículo 1.º de la Ley en cuestión es terminante: se aplica ésta a toda actuación de la Administración del Estado. Si alguna parte de ella no es aplicable, será porque la propia ley u otra posterior excluyen su aplicación.

A mí la incompatibilidad de ciertos pasajes de la Ley de Procedimiento Administrativo con la legislación y los procedimientos registrales me parece un fenómeno natural, y procede sencillamente de que el Registro de la Propiedad no forma parte de la «Administración» a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues si formase parte, la única solución posible sería la aplicación en bloque de los títulos y capítulos de la Ley no exceptuados por su artículo 1.º-2, con todas sus consecuencias.

En efecto, la claridad del texto de la Ley de Procedimiento Administrativo no tolera medias tintas: si se aplica, la aplicación sólo puede ser total (en la parte no exceptuada por el art. 1.º-2), y, por tanto, en cuanto sea incompatible con la Ley Hipotecaria, la deroga. De ahí la necesidad de restringir el sentido de la palabra «Administración» en el citado artículo 1.º, a fin de no introducir en el ámbito hipotecario unos procedimientos y unos principios incompatibles con la arquitectura de la Ley y asimismo con el pensamiento del legislador.

Cosa distinta es que puedan aplicarse los preceptos de dicha Ley (cuando realmente falta una norma en la legislación hipotecaria) sea como principios generales del procedimiento, o bien por analogía, que es lo que hace la Resolución de 28 de mayo de 1971.

3.2.2.4. Significado del Decreto de 10 de octubre de 1958 en el ámbito hipotecario

De lo dicho hasta ahora cabe deducir, sin posible duda, que el autor del Decreto de 10 de octubre de 1958, al mencionar como procedimientos especiales subsistentes tras la Ley de Procedimiento a los regulados por la legislación hipotecaria, se limitó a dejar sentado que unos procedimientos en los que interviene un órgano de la Administración del Estado como la Dirección General de los Registros no entran dentro del marco de los títulos IV y VI de la Ley en cuestión, sin que por eso deba entenderse que todos ellos se someten al resto de los preceptos de tal Ley, y sin que el Decreto tenga fuerza interpretativa a tales efectos. Obsérvese, con todo, que hay procedimientos, como el de impugnación de honorarios del Registrador, puramente administrativos, y a tales procedimientos sí afectan las disposiciones de la Ley de Procedimiento: a ellos se refiere, propiamente, el Decreto de 1958.

Tal es la doctrina que viene estableciendo la Dirección General. Como dice la Resolución de 23 de febrero de 1968, con cita de la de 23 de marzo de 1961, «la excepción contenida en el número 7 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se aplican los preceptos contenidos en el título I, capítulo II, títulos IV y VI de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas cuya materia es administrativa y, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, 563 y 618 del Reglamento para su ejecución, 340 y siguientes del Reglamento Notarial, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto».

3.3. AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL

3.3.1. *El principio*

En general, cabría oponer a la tesis que conceptúa como administrativo al acto de inscripción que, en conjunto, y salvo expresiones muy generales, la regulación del acto administrativo en la Ley de Procedimiento (artículos 40 y siguientes) no se ajusta a la sustancia y manera de ser de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Lo vamos a ver en las páginas que siguen, y se deduce asimismo de cuanto dije en la primera parte de este dictamen sobre el planteamiento de la división de poderes en la Constitución. Según he razonado allí, el Registro constituye manifestación de una función del Estado distinta, por igual, de la Jurisdicción y la Administración.

Es así cómo lo concebía la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, que, sobre todo, señala su distancia con la Administración y su proximidad a la Jurisdicción al decir, bien claramente, en su Expositión de Motivos que la «manera que tiene la Comisión de considerar la Ley de Hipotecas, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del proyecto, que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la Autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las Autoridades del orden administrativo: a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

3.3.2. *La intangibilidad de los asientos y la Administración*

El propio GONZÁLEZ PÉREZ, aun dentro de su planteamiento administrativo, señala una característica de los asientos registrales fundamental para marcar la distancia entre el Registro y la Administración: ésta, como cualquier otro sujeto, ha de respetar tales asientos en tanto no se declare su inexactitud por los tribunales competentes. «La Administración—dice—no podrá revocar ni anular dichos actos administrativos (ni siquiera por los superiores jerárquicos del Registrador), ni dictar actos administrativos que contradigan lo dispuesto en los asientos, pues si así lo hiciera, tales actos adolecerían de un vicio esencial de nulidad».

«Los principios señalados han sido recogidos en reiterada doctrina jurisprudencial de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en Sentencia de 11 de mayo de 1950, séptimo con-

siderando, se dice «que si los asientos del Registro se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, es evidente que mientras éstos no dicten proveído judicial contrario a su contenido, ellos subsisten y, por consiguiente, la declaración administrativa hecha en la Orden ahora impugnada implicó una extralimitación de poder, por cuanto, no obstante constar la presencia de inscripciones relativas a los bienes y favorables a las pretensiones de los demandantes, desconoció efectos de dichos asientos, y así adolece, por tanto, de nulidad la Orden impugnada, lo que impone declararla sin efecto». Y en el tercer considerando de otra de 10 de marzo de 1903 se dice que «la Administración activa carece de atribuciones para ordenar que se subsanen las inscripciones consignadas en el Registro de la Propiedad, puesto que equivale a modificar el derecho de la propiedad a que aquéllas se refieren, y el ordenar esa modificación es de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, únicos competentes para fallar todas las cuestiones de propiedad que se basen en títulos civiles». En análogo sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias de 26 de octubre de 1928, 18 de febrero de 1936 y 13 de febrero de 1942».

«Por tanto, la única posibilidad que tiene la Administración de anular o revocar un acto registral es: en vía de recurso, en aquellos casos en que es posible interponer recurso ante órganos administrativos—y sólo por los órganos con competencia para ello—, o deduciendo la oportuna pretensión procesal ante los órganos de la jurisdicción ordinaria; lo que no puede es utilizar el mecanismo del proceso de lesividad para impugnar el acto del Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el supuesto de que resulte lesivo a sus derechos e intereses.»

En realidad, en ningún caso tiene la Administración, en vía administrativa, un específico derecho a anular el asiento: frente al Registro, y salvo algunos privilegios que le concede específicamente la Ley Hipotecaria, como el de inmatricular mediante certificación administrativa del artículo 206, tiene el mismo trato que un particular, la misma disponibilidad (relativa) de los asientos de que es titular y la misma inaccesibilidad a los asientos cuyo titular es otro sujeto.

3.3.3. *Un ejemplo: el deslinde administrativo*

Una notable aplicación práctica de lo dicho es la inocuidad de los deslindes, por la Administración, de sus propios bienes, cuando entran en conflicto con las titularidades registrales.

En efecto, como señala MENDOZA OLIVÁN (pág. 160), frente a la protección que brindan al titular inscrito los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria, «la declaración hecha por la Administración, al deslindar un bien de dominio público, de que éste incluye en su extensión una finca

inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular, carece de virtualidad para imponerse en vía administrativa, mediante su directa recuperación *iure publico*, porque los preceptos citados de la Ley Hipotecaria prohíben toda contradicción al contenido de los asientos de aquel Registro que no se derive de un pronunciamiento de los Tribunales (civiles). En tal caso sí que la afirmación administrativa de la titularidad dominical, extensión y límites del demanio, respecto de la finca inscrita, tiene alcance puramente interno, como preludio o antesala al ejercicio por la Administración, ante los mismos Tribunales, de la 'acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos' con previa o simultánea 'demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente' (art. 38 de la misma Ley). En este supuesto, a diferencia de los restantes, no se produce mutación alguna de posiciones procesales, según es propio del deslinde». Así lo especifica la Sentencia de 12 de noviembre de 1962. Por su parte, la de 30 de enero de 1958 reconoce que «cuando se oponen títulos amparados en la legitimidad registral en favor del particular, a la Administración no le es dado desconocerlos... (pues otra cosa supone) una extralimitación en sus poderes, como dice la Sentencia de 11 de mayo de 1950, reivindicando por sí lo que sólo se podría hacer con intervención de los Tribunales de Justicia, mediante la indispensable anulación de los asientos del Registro existentes»; y a su vez, la Sentencia de 6 de julio de 1962 expresa que «es preciso, como consecuencia de los principios fundamentales que el Registro ampara... que aquella presunción nacida del Catálogo... no pueda hacerse prevalecer sobre el Registro de la Propiedad... por lo que el simple procedimiento del deslinde administrativo no puede constituir medio adecuado para invertir los términos de prueba y obligar al titular inscrito a la defensa activa, sino que... ha de ser parte (demandante, se entiende) quien afirma que las inscripciones vulneran su derecho». Se trata—dice por su parte la Sentencia de 7 de febrero de 1963—de una «realidad jurídica de momento indiscutible».

Parejamente, GONZÁLEZ BERENGUER (pág. 156) señala cómo «la acción de oficio es hoy una burla en los casos, frecuentísimos, de inscripción registral», pues—continúa diciendo—«aunque el Reglamento de Bienes resuelve la discusión en torno a la extensión del débil privilegio del artículo 404 de la Ley de Régimen Local, diciendo que aquél es aplicable sólo a los bienes patrimoniales... la verdad es que esta acción sólo dura un corto plazo de años a contar desde la usurpación, y además, carece la Administración de toda potestad de oficio cuando la cuestión se plantea registralmente... Cuando el usurpador ha inscrito a su nombre la parcela que ha ocupado del dominio público, la Administración deberá instar en el juicio correspondiente la anulación del asiento. ¿A esto se le llama *recu-*

perar por sí? ¿Dónde está el privilegio de recuperación en vía administrativa?»

Este efecto protector, que puede en ciertos casos amparar verdaderas usurpaciones del dominio público, pero que en muchos otros servirá para salvaguardar al particular frente a las demasías de la Administración, es propio y privativo del Registro, como si la inscripción participase—siquiera *prima facie*, y por tanto en un grado más modesto y claudicante—de los caracteres de la sentencia judicial, mientras los otros títulos no son oponibles a las decisiones del poder ejecutivo. No lo sería, por ejemplo, una escritura pública de compra, sino su reflejo registral, cuando lo haya. Como explica el citado MENDOZA OLIVÁN (pág. 192), son «los asientos registrales y no los títulos por ellos publicados los que delimitan, obligando a la Administración a su respeto, la actividad de deslinde». Citando la Sentencia de 20 de junio de 1962, según la cual «los títulos de dominio no se admiten como tales títulos (por la Administración) (sino) por virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria... para lo cual, claro está, es imprescindible que tales títulos auténticos estén inscritos en el Registro de la Propiedad y, si esto no sucede, quien pretenda la exclusión del área del monte objeto de deslinde de una parcela o porción de terreno, habrá de acreditar por otros medios su situación o condición de poseedor».

El propio autor, desde su posición puramente administrativa, censura esta virtualidad defensiva de la inscripción. Partiendo—dice—«de que los actos administrativos gozan de una general presunción de legitimidad, y supuesto también que, en el caso de deslinde, la actividad de la Administración afecta a bienes que no pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, ¿con qué lógica puede mantenerse que ésta quede vinculada y delimitada por unos asientos registrales que sólo pueden referirse a bienes distintos de los que son objeto de deslinde?»

«Planteada la cuestión en estos términos y desde el punto de vista crítico, la doctrina de la eficacia ofensiva de la inscripción frente a los actos de deslinde de los bienes de dominio público no puede merecer más que una abierta repulsa. Significa, pura y simplemente, invertir el principio que domina la actividad de la Administración, que lejos de imponer ejecutoriamente, como en ella es usual, el contenido de sus actos, institucionalmente vinculados con el interés público, ha de detenerse ante la barrera formal de otras presunciones de legitimidad al servicio del interés particular.»

Punto de partida de este planteamiento es una concepción de la supremacía de la Administración muy cuestionable para los privatistas, quienes no reconocemos que la superioridad del interés público justifique la invasión, por la Administración, de la zona de los derechos subjetivos civiles,

entre otras razones porque la salvaguardia de los derechos civiles de los particulares es también de interés público, y patrimonio de los Tribunales ordinarios.

La validez de las inscripciones registrales es un efecto normal de la función del Registro de amparar los derechos subjetivos privados, los cuales no deben quedar sometidos provisionalmente a la voluntad de la Administración y han de poder defenderse sin tener que adoptar la posición de demandante impugnando los actos de aquélla ante la jurisdicción contenciosa, siendo el Registro de la Propiedad el más adecuado instrumento para esa defensa.

3.4. EL PROCEDIMIENTO. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

Si ahora pasamos a examinar concretamente el procedimiento seguido para la inscripción, veremos cómo en él se hace patente la naturaleza, ni judicial ni administrativa, de la función registral.

Desde que una persona solicita la inscripción de un título hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión, inscribiéndolo o suspendiendo o denegando la inscripción, se suceden una serie de actos regulados por el Derecho, a través de los cuales el Registrador realiza su función y los particulares obtienen—o tratan de obtener—la constatación registral de sus titularidades inmobiliarias, con los efectos jurídicos inherentes. A esta sucesión reglada de actos llamamos *procedimiento registral*. Este procedimiento, en armonía con el carácter privado de la finalidad inmediata a la cual se halla ordenado, es dispositivo, es decir, se inicia a instancia de parte. Como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ, no basta con que llegue a conocimiento del Registrador la realización de actos o la consumación de hechos que alteren la situación hipotecaria de una finca o derecho, sino que será precisa una manifestación de voluntad, más o menos formal, por parte de los interesados, para que el encargado del Registro proceda a practicar las operaciones correspondientes.

«El Registro—dicen HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 69)—no tiene ni el derecho ni el deber de emprender averiguaciones ni establecer pruebas. Tampoco se permite aplazar la solicitud sin tomar ninguna resolución o anotación, en la expectativa de la eliminación de un impedimento.»

Algunos autores italianos han contemplado en la petición de inscripción una a modo de relación privada entre el Registrador y el solicitante: acaso una relación obligacional (por lo que la responsabilidad del Registrador, en caso de daños causados por una inscripción indebidamente practicada o dejada de practicar por culpa suya, sería contractual). A esto

replica OBERNECK (*Grundbuchordnung*, pág. 165), con referencia al Derecho alemán, que «no puede hablarse de una relación obligacional entre el funcionario del Registro y los solicitantes, por cuanto la Ordenanza del Registro es una ley establecida para protección de los interesados, mientras, por otra parte, los legitimados tienen un derecho de naturaleza pública y, por consiguiente, absoluta frente a los empleados del Registro, como representantes del Estado, a la inscripción o la cancelación».

Algo de esto vale también para el Derecho español, sin que la naturaleza de declaración de voluntad que tiene, sin duda, la petición de inscripción sea obstáculo al carácter procedimental que presenta a primera vista.

El hecho de que la petición pueda hacerse verbalmente, o que pueda ir implícita en la presentación del título, no obsta, según me parece, a su condición de declaración volitiva dirigida al Registrador en cuanto tal, es decir, como funcionario encargado del Registro, en súplica de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. En efecto, aunque algunos (FALASCHI, pág. 34) niegan esa condición en sentido técnico, porque la presentación puede ser realizada por un amplio círculo de personas no titulares del derecho y sí sólo interesadas en su constancia registral, en cualquier caso quien solicita la inscripción quiere que ésta sea realizada, aunque no sea en favor propio. Recuérdese que el Registrador puede exigir la firma del presentante del título en el asiento de presentación (artículo 430 del Reglamento Hipotecario), lo cual no puede tener otro sentido que demostrar la voluntad de tal presentante.

Por supuesto, no se trata de una manifestación de voluntad relacionada con el contenido del título: «Es—dicen los citados HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 56)—de naturaleza procesal, semejante al planteamiento de la acción en el proceso, y aunque tenga esta naturaleza, la jurisprudencia le aplica las prescripciones sobre declaración de voluntad en el negocio jurídico, por lo cual sólo es eficaz cuando llega al Registro, y además su eficacia queda consolidada desde entonces, siendo indiferente para ella que el solicitante, después del envío de la solicitud, fallezca o quede incapacitado.»

Ese aspecto privado de la declaración de voluntad del presentante, que procede de la condición generalmente privada del derecho que con la inscripción se trata de tutelar, es decisivo—dándose tal condición privada—para su eliminación del ámbito de las actuaciones administrativas. La declaración pretende la publicación de un derecho privado, con unas consecuencias puramente civiles, a las que se halla directamente orientado. Es decir, los actos administrativos que tienen consecuencias civiles, las tienen *per accidens*, secundariamente, y versan sobre derechos que, aun atinentes a los particulares y aun de tipo privado a veces, son de

naturaleza administrativa. El derecho subjetivo que tiene el solicitante contra el Estado para que inscriba, apenas puede decirse que tenga autonomía propia: es una facultad que emana del propio derecho y que pretende conseguir, a través de una prestación estatal, como es la actividad inscriptoria formal, un resultado de constitución o garantía de derechos. En tal actitud resulta más parecido a los actos de jurisdicción y muy semejante a los de jurisdicción voluntaria. Mediante la actividad del funcionario se ha producido un resultado material, el cual cuenta de tal modo que aunque fuera consecuencia de un delito (asiento falso) seguiría, sin embargo, produciendo una parte importantísima de sus efectos. Para desarrollar esa actividad, se impone el análisis del derecho sustancial (sea civil o de otra naturaleza) inmobiliario que quiere hacerse constar en el Registro.

3.5. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LA CALIFICACIÓN

3.5.1. *Conceptos generales*

La calificación es el acto de examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del Registrador, para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros o bien si debe denegar la práctica del asiento.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE la define como «aquella decisión jurídica solemne dada por el encargado del Registro, mediante la que se declara que el acto o negocio objeto de ella reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral» (pág. 172).

a) En esta labor—dice CORRADO (pág. 85)—, «el funcionario no actúa como órgano pasivo que fija en documentos determinados hechos (como un testigo), sino que constituye un órgano activo predispuesto para inscribir a fin de que los terceros puedan conocer, y toda su actividad gravita sobre esta inscripción, que constituye el acto principal y absorbente y cuya naturaleza se deduce lógicamente de la función que debe cumplir».

Aun para el Derecho italiano, «el conservador—dice PACIFICI MAZZONI (pág. 172)—no es un ejecutor puramente material de las formalidades hipotecarias, sino frecuentemente, por disposición de la ley, está obligado a examinar la legalidad de los actos y a verificar el cumplimiento de las formalidades prescritas».

Acusando D'ORAZI (pág. 156) de superficialidad y aproximación la máxima repetida a menudo y de varios modos parafraseada que define al conservador como *hypotecarum non iudex sed custos*. «El conservador

—afirma—no se limita a vigilar sobre los Registros ni agota su competencia en mantener un *status* y librar las documentaciones requeridas, como hace el archivo del Estado cuando los documentos se depositan en él, sino que se constituye en instrumento de la publicidad, atendiendo a la llevanza de los Registros y a la puesta al día de sus resultados.»

b) La calificación es unipersonal. Como dice CHICO Y ORTIZ, «un poder individual que la ley concede y que en ningún caso es compartido. Así viene a demostrarlo el apartado d) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario para el supuesto del desempeño de un Registro por dos titulares, en el cual se dice que 'el Registrador que calificase un título seguirá conociendo de cuantas incidencias, operaciones, recursos o quejas se produzcan respecto del mismo y firmará los asientos y notas a que diere lugar', reconociendo el apartado c) la posibilidad de que el 'cotitular' discrepe de la opinión del Registrador calificador, practicando en este caso la inscripción bajo su exclusiva responsabilidad». He aquí un carácter que aproxima la función del Registrador a la judicial, mientras en la Administración sería el superior jerárquico quien decidiera cualquier conflicto de competencia entre sus subordinados.

c) En cuanto a la obligación de decidir, igual que el Juez, tiene el Registrador obligación estricta de calificar, sin que sirva aquí la doctrina del silencio administrativo: la falta de respuesta no sería denegación presunta de la solicitud de inscripción, ni menos aceptación de la misma.

La obligatoriedad de la decisión del Registrador se deduce del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que habla de que «deberán» calificar, y asimismo de los artículos 99 y 100 del mismo texto legal, siendo muy numerosas y conocidas las resoluciones de la Dirección General que insisten sobre ello. Las que se señalan como excepciones al deber de fallar responden a una insuficiente aportación de datos que provoca un estado de duda, no sobre el significado y juego de la norma, sino sobre la realidad inscribible.

d) La labor del Registrador alcanza al calificar su punto máximo de aproximación a la del Juez, pero la decisión de inscribir o no sigue mostrando importantes diferencias con la sentencia contenciosa: ésta—dice FERREIRA (pág. 196)—«presupone una contienda entre partes, un litigio, caracterizado por la contradicción de intereses, que se resuelve en un mandato a los intervinientes en la causa o incluso a los terceros. Por el contrario, la apreciación del acto registral no se hace conforme a la comparación de intereses de partes opuestas, sino directamente en relación al contrato a registrar y conforme a las disposiciones que regulan su admisibilidad en el Registro».

«La decisión registral no es un mandato, porque no se dirige a otros, sino al propio órgano registrador o al órgano subordinado. La ejecución

de la decisión no pertenece al requirente ni a tercera persona, sino al Registro, y se materializa en la elaboración del asiento.»

e) El Registrador conoce el Derecho. En opinión de BRANDT y SCHNITZLER (pág. 119), en el Derecho alemán, puede conocer y aplicar el Derecho extranjero, que más fácilmente que ante los tribunales puede aparecer en la contratación inmobiliaria, si bien no es exigible—evidentemente—tal conocimiento, que entonces habrá de suplir el solicitante. En todo caso, es clara la diferencia entre el conocimiento corporativo del funcionario de la Administración, que puede consultar con organismos asesores o superiores, y el Registrador, que en cuanto al fondo de la cuestión sobre la que ha de decidir tiene prohibida la consulta a la Dirección General (evidentemente, y *a fortiori*, a cualquier otro escalón de la jerarquía o centro del Ministerio en un plano distinto del meramente informativo).

En un dictamen solicitado por la Corporación de los Registradores sería impropio exponer la doctrina y jurisprudencia sobre la calificación, bien conocida de ellos. Un breve resumen de la misma se puede encontrar en el libro de SANCHO REBULLIDA y mío, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral* (que en este punto es obra de SANCHO REBULLIDA). Baste señalar ahora los aspectos del tema que contribuyen a iluminar la posible solución de los problemas aquí planteados.

3.5.2. *Ambito de la calificación*

El Registrador juzga con arreglo a los datos que le suministra la parte, pero además—y en esto se distingue del Juez—con arreglo a los antecedentes que constan en el Registro. Mas ahí termina el material a tener en cuenta por él: en particular, no puede introducir en su razonamiento el conocimiento que hubiera obtenido particularmente sobre la verdadera situación de los derechos cuyo registro se solicita, y mucho menos tiene el deber ni aun la posibilidad de emprender especiales averiguaciones en relación con posibles obstáculos que se opongan a la inscripción. Así lo afirman también, para el Derecho alemán, los comentaristas GÜTHE y TRIEBEL (II, pág. 227), quienes hacen notar que «la oficina del Registro las más de las veces no está en la situación de medir con seguridad si la propiedad o los otros derechos que aparecen en los libros coinciden con la realidad jurídica. En el Derecho alemán, además, dada la posibilidad del consentimiento formal, el Registrador no puede comprobar si se han realizado las operaciones materiales para que el cambio jurídico tenga efectivamente lugar».

A. El Registrador realiza, en múltiples aspectos, una función de aplicación del Derecho, determinando si, con arreglo a la ley, el acto o contrato cuya inscripción se pretende:

a) Es válido o no, eficaz o no, anulable, rescindible, etc. Ello supone el examen de todos los datos jurídicos del acto que aparecen en la escritura pública: forma, capacidad de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, identificabilidad del objeto, etc.

Este ámbito amplísimo de la calificación del instrumento, el negocio y el derecho, es característico del ordenamiento español y, a la vez, contribuye en él a caracterizar, alejándola del orden administrativo, la figura del Registrador. En el Derecho italiano, en cambio, el conservador del Registro se limita a examinar la forma de los títulos: «Debido a estos límites—dice FERRI (pág. 339)—, el conservador deviene un instrumento en manos de los solicitantes, y sólo éstos sufrirán las consecuencias de transcripciones o inscripciones ilegítimamente realizadas.» «El conservador, pues, no sólo no está obligado a rechazar la transcripción en todos aquellos casos en los que el título no sea intrínsecamente idóneo para fundar la enajenación, sino que ni siquiera tiene facultad para hacerlo.» «Afirmar lo contrario equivaldría a erigir al conservador en Juez de la transcribibilidad de los actos que le son presentados, lo que constituiría para el solicitante un grave peligro, y una grave carga para el conservador, el cual podría ser llamado a resolver sobre la marcha difíciles cuestiones jurídicas.» A su vez, el Derecho alemán, estableciendo una separación neta entre el acto causal y el consentimiento material para la transmisión (o bien el consentimiento formal para que se produzca la modificación libraria), reduce asimismo considerablemente el campo hasta donde se extiende el examen del Juez del Registro.

b) Si el derecho cuya inscripción se pretende a través del acto o contrato es derecho real, o inscribible por otra razón, o no. También a este examen ha de aplicar el Registrador una técnica y unos conocimientos no inferiores a los de un Juez.

El pronunciamiento del Registrador no afecta al acto o contrato en sí, sino a la admisión o no, a los libros, del contenido real de tal acto (véase art. 100 del Reglamento Hipotecario).

B. Por otra parte, el Registrador se pronuncia en cuanto a la admisibilidad del acto o contrato en el Registro *desde los libros*, es decir, en cuanto a la compatibilidad de la situación que se pretende inscribir con las ya registradas: su engarce con el asiento anterior (o asientos anteriores), si la finca se halla ya inmatriculada, o la viabilidad de la inmatriculación que se intenta.

C. Contrasta el amplio campo en que puede ejercer su facultad calificadora el Registrador en tema de derechos subjetivos, con la prohibición de calificar la liquidación del impuesto ni la competencia de la oficina liquidadora, bastándole que conste la nota de pago (art. 414 del Reglamento Hipotecario y jurisprudencia de la Dirección General). La antítesis es expresiva, precisamente, de la doble postura del Registrador, respectivamente, como órgano de una función parajudicial y como burócrata al servicio de la Administración.

3.5.3. *Independencia jerárquica del Registrador*

En la función de calificar, el Registrador opera con absoluta independencia. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ resalta esa autonomía frente al poder judicial: «Dentro de su respectivo campo—dice—, el Registrador y el Juez son autónomos y, en cierto modo, soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no puede alterar los pronunciamientos de un fallo. La calificación del Registrador puede negar efectos hipotecarios a las mismas sentencias judiciales cuando se ha seguido un pleito contra el titular de un derecho que, según el Registro, no es enajenable o no pertenece en los términos especificados al condenado a transferirlo o gravarlo en forma determinada». Y según ROCA SASTRE, «el Registrador califica los títulos presentados a registro con entera libertad e independencia, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse conforme a la ley contra su calificación, caso de suspender o de denegar el asiento solicitado; solamente el asiento de presentación del título está obligado a que se practique, por razones obvias de la mecánica de nuestro Registro.» «Ni siquiera los Jueces o Tribunales pueden imponerle, conforme hemos dicho, la práctica de un asiento determinado, esto es, obligarle a su calificación en determinado sentido», pudiendo interponer el Registrador contra sus apremios el recurso del artículo 136 del Reglamento Hipotecario.

Cada Registrador—dice CHICO Y ORTIZ (pág. 61)—, al ejercer esta función «*es autoridad* única que decide *por sí y ante sí*, si la petición de inscripción de un derecho reúne o no los requisitos precisos para su admisión. En este momento supremo al Registrador no le vincula ni una decisión anterior suya, ni la de un compañero, ni un criterio jurisprudencial de la Dirección, ni, por supuesto, un apremio judicial».

«Los dos primeros supuestos límite que puede presentar la función es la previa decisión de un asunto anterior semejante al que se trata de calificar y la decisión anterior de un compañero sobre cuestión semejante o igual. Entiendo que el primer supuesto es difícil de sostener, pues si el Registrador es consecuente con su criterio éste debe ser siempre el

mismo. No obstante, existe una resolución de la Dirección General de los Registros en la que se dice que los asientos practicados con anterioridad de contenido análogo al precedente no vinculan la calificación y menos si no hubiesen sido practicados por él (resoluciones de 30 de julio de 1917, 18 de noviembre de 1960 y 5 de diciembre de 1961). Las resoluciones de 14 de abril de 1874, 22 de julio de 1874 y 23 de noviembre de 1904 entienden inoperante, a estos efectos, el antecedente de una calificación distinta por parte de otro Registrador. Criterio éste que se desprende también en la actualidad del artículo 116 del Reglamento Hipotecario: 'El Registrador a quien se pida el informe, sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida, podrá rectificar en todo o en parte...' Igual sucede en los supuestos de Registros divididos.»

Hace notar FERREIRA (pág. 196) cómo «el acto registral es un acto vinculado, no discrecional, por la sujeción estricta a las disposiciones legales que prevén pormenorizadamente en qué condiciones formales y sustanciales se puede admitir el acto inscribible». Fundándose en esta característica, un administrativista italiano, VITTA (pág. 303), ha tratado de explicar esta independencia, que también tiene allí el conservador del Registro, sin extraer a éste del orden administrativo en el que opina se encuentra situado. Según dice, «la imposibilidad de dictar instrucciones sobre el servicio de las transcripciones depende del hecho de que los actos administrativos dictados en la materia por el conservador como funcionario público son actos vinculados, o sea, actos en los cuales la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar, sino también si ésta debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo que no deja margen a una variedad de providencias según la apreciación subjetiva que el agente forme de las circunstancias del caso. Por tanto, el objeto de la actividad administrativa ejercitada por el conservador en materia de publicidad, estando estrictamente definido por la ley, por la misma razón por la cual no consiente al conservador mismo adoptar providencias diferentes según su propia apreciación subjetiva, tampoco consiente a los órganos de los cuales depende este funcionario disponer de modo diverso del establecido en la ley». Mas prescindiendo de lo bien fundado de esta opinión (que parece muy discutible) o de su ajuste al propio ordenamiento italiano, el pasaje transcrito contribuye a convencernos, interpretado *a contrario*, de cómo la tarea del Registrador español excede la de un funcionario administrativo. Desde luego, al calificar, ni el Registrador italiano ni el español tienen poderes discrecionales, sino reglados, igual que un Juez al pronunciar su sentencia; pero aparte las posibilidades de discrecionalidad que ofrece el procedimiento de inscripción (como cualquier proceso civil durante su tramitación), en España la apreciación de los preceptos aplicables y la

deducción de las conclusiones jurídicas suponen una labor en modo alguna automática, sino de arduo discurso, en el cual la apreciación subjetiva del Registrador, su manera de entender los preceptos, es un ingrediente esencial.

3.5.4. *La decisión de inscribir (o no) y la cosa juzgada*

a) Una vez adoptada la decisión de inscribir, el Registrador ha de hacer un proyecto de inscripción, seleccionando, dentro del acto o contrato, aquel contenido que por su virtualidad real o naturaleza inscribible debe figurar en el Registro, y omitiendo el contenido de derechos personales no inscribibles, las menciones, etc. «La calificación—dice GONZÁLEZ PALOMINO—no consiste sólo en permitir la entrada en el Registro de un título con toda su compañía, sino en seleccionar del título lo que es título (causa de adquisición) y lo que son obligaciones y pactos, y declaraciones y cuentas, que sólo tienen valor entre las partes contratantes y que no importan nada al sistema de publicidad. La calificación, en su mejor sentido, consiste en seleccionar entre lo que se consigna en el documento presentado, lo que tenga o pueda tener eficacia real y lo que tenga sólo eficacia obligacional, lo determinante y constitutivo del derecho real y lo que no trascienda de la relación obligatoria *inter partes*.»

Recuérdese que el interesado tiene derecho a conocer una minuta del asiento, y sobre ella a pedir la subsanación de las omisiones o errores, incluso recurriendo al Juzgado de Primera Instancia, que resuelve de plano, oyendo al Registrador, en una suerte de recurso sin forma de juicio, pero con marcado aspecto jurisdiccional (arts. 258 de la Ley Hipotecaria y 385 del Reglamento).

b) El pronunciamiento del Registrador en cuanto a inscribir o no, no es una sentencia, aunque algunos, como COSSÍO (pág. 99), afirmen que se desenvuelve en un verdadero juicio hipotecario. Por eso no tiene fuerza de cosa juzgada.

Para el Derecho alemán entienden MEIKEL, IMHOFF y RIEDEL (página 580) que, en principio, hay que negar a la decisión de inscribir la fuerza material de cosa juzgada, esto es, la vinculación de los casos litigiosos futuros, si bien excepcionalmente tienen tal fuerza de cosa juzgada las decisiones del Juez del Registro relativas a la ordenación de las relaciones de rango. Salvo esto, nada impide a la Oficina del Registro acceder a una nueva solicitud de inscripción con los mismos fundamentos que la denegada, si bien esto no se entiende como revocación de la denegación anterior.

Esta falta de fuerza de cosa juzgada se refleja sobre la inscripción.

En opinión de PUGLIATTI (pág. 244), ésta es una «verificación» (*acertamento*) que produce «una presunción de verdad (o de legitimidad), mientras la comprobación o verificación jurisdiccional da lugar a la llamada verdad legal, que precluye cualquier otra indagación sobre la verdad y, cuando es definitiva, no puede ser desconocida o removida (efectos formales y sustanciales de la cosa juzgada)».

c) «La denegación de inscripción—añaden HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 70)—tampoco tiene fuerza de cosa juzgada formal, si se entiende por ello la general inmutabilidad, sino que puede ser modificada por la Oficina del Registro, si bien sólo a solicitud del interesado. Únicamente cuando el Tribunal de Apelación ha decidido un recurso no puede cambiar nada la Oficina del Registro, ni tampoco el propio Tribunal de Apelación puede modificar su decisión, en tanto en cuanto ésta ha quedado firme.»

En nuestro ordenamiento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario dispone que transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de una nueva calificación. Según la resolución de 2 de junio de 1902 procede extender asiento de presentación, con la consiguiente calificación, respecto de títulos que antes habían sido ya calificados y denegada o suspendida la inscripción (ROCA SASTRE, pág. 267). El título cuya inscripción se denegó, pues, puede presentarse de nuevo, y la calificación puede en esa segunda presentación ser favorable, sin que el Registrador se halle vinculado por la decisión anterior, aunque fuera suya (véase la jurisprudencia de la Dirección General citada al tratar de la independencia jerárquica del Registrador).

Es más: la ausencia de cosa juzgada persiste en tema de recurso gubernativo.

Ciertamente—dice GONZÁLEZ PÉREZ—, interpuesto recurso gubernativo contra una nota de calificación y resuelto éste por resolución definitiva, es inadmisile un nuevo recurso contra la misma nota de calificación. Como dice la resolución de 21 de noviembre de 1889, «firme ya el acuerdo que puso fin a ese recurso, no es posible suscitarlo de nuevo sin quebrantar el incuestionable principio que prohíbe se falle dos veces el mismo asunto por una misma autoridad». Esto es, la resolución de un recurso gubernativo produce asimismo efectos declarativos, en cuanto que se da la inatacabilidad del acto registral contra el que se dedujo un recurso ya resuelto por acto firme.

Ahora bien, lo que no se impide—es más, se reconoce expresamente—es la posibilidad de presentar de nuevo el mismo título y recurrir

contra la nueva calificación, aun cuando ésta sea idéntica a la primera (artículo 108 del Reglamento Hipotecario). Es decir, que en el supuesto de presentarse de nuevo al Registro un título cuya inscripción hubiera denegado anteriormente el Registrador por defecto insubsanable de fondo, habiendo confirmado la Dirección General su decisión ante recurso interpuesto por el solicitante; aun entonces, a falta de un precepto que lo prohíba expresamente, la falta de fuerza de cosa juzgada material de la resolución de la Dirección General y el principio de independencia del Registrador en el desempeño de su función persuaden de posibilidad de consignar el asiento en los libros, no habiendo, en efecto, medio hábil para impugnar tal inscripción, pues contra la práctica de ésta no se da recurso *registral* alguno, según vamos a ver.

El propio GONZÁLEZ PÉREZ apunta a este propósito una significativa diferencia entre Administración y Registro. Según explica, «en Derecho administrativo rige la doctrina del acto consentido, consagrada en el artículo 40, *a*), según la cual, producido un acto y no impugnado dentro de plazo, adquiere firmeza, de tal modo que un nuevo acto que sea reproducción de aquél no tiene virtualidad para abrir un nuevo plazo».

«Esta regulación no se aplica a la impugnación de los actos registrales, por disponerlo así expresamente el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Aun cuando contra la denegación de la inscripción no se hubiese recurrido dentro de plazo, si presentado de nuevo el título a inscripción se deniega otra vez por idénticos defectos, el interesado podrá deducir recurso gubernativo ante de los cuatro meses siguientes a la nueva calificación que confirma la anterior. Como dice una resolución de 8 de noviembre de 1952, 'toda presentación y subsiguiente calificación que deniegue o suspenda la inscripción solicitada abrirá dicho término'. En el mismo sentido, resoluciones de 5 de febrero de 1953 y 23 de febrero de 1968.»

d) Cosa distinta de la cosa juzgada es la intangibilidad de los asientos, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y ni el propio Registrador puede rectificar. Sólo las nulidades absolutamente formales y externas, del tipo de la inexistencia, son las que pueden pasarse sin el control de los Tribunales ordinarios. En cualquier otro caso, la falta de exactitud del asiento, cualquiera que sea su causa, requiere para su rectificación o los remedios de los tres primeros apartados del artículo 40 o bien resolución de los Tribunales ordinarios, si no consiente el titular en la rectificación. Por *Tribunal ordinario* se entenderá aquí el Tribunal competente para juzgar el derecho inscrito, a través de la demostración de la invalidez del título.

3.6. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LOS RECURSOS

3.6.1. *El llamado «recurso judicial»*

3.6.1.1. Ausencia de recursos jurisdiccionales propiamente tales en Derecho español

En no pocas legislaciones, de la calificación del Registrador cabe recurrir ante los Tribunales civiles, siquiera en el curso de procedimientos especiales acaso del tipo de los de jurisdicción voluntaria.

En Alemania, el recurso se sustancia ante un Tribunal colegiado, equivalente a nuestros Juzgados de Primera Instancia (*Landgericht*); contra lo que ocurre en el Derecho español, tal recurso puede apoyarse en nuevos hechos y pruebas, es plenamente jurisdiccional y se da no sólo contra la negativa de inscripción, sino frente a una inscripción que contenga medidas inexactas o indebidamente extendida, y también cuando perjudica derechos de terceros. De la decisión del Juzgado cabe apelar ante lo que en cierta medida equivale a nuestra Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*), pero en una especie de casación, pues el recurso sólo se concede cuando la decisión de Primera Instancia contiene una infracción de ley.

En Italia, el recurso contra la denegación de inscripción, se da ante el presidente del Tribunal, quien provee con un decreto oído el conservador. Según BONIS (*Digesto*, pág. 32), sólo excepcionalmente tal procedimiento puede desembocar en una providencia de naturaleza disciplinaria o administrativa, esto es, cuando no se trate de controversias sobre la interpretación de las normas legislativas, sino de incumplimiento o retardo imputables a culpa o negligencia del conservador.

También en Portugal es judicial el recurso. Precisamente inspirándose en el sistema portugués propone OGÁYAR (pág. 28) que en España «podría interponerse el recurso ante el Registrador, el que o le convence el recurrente y desiste de su calificación o, en caso contrario, elevaría todo lo actuado (documento calificado, nota y recurso), debidamente informado, a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la que, constituida por su presidente, con tres Magistrados, los más antiguos de dicha Sala, y el Letrado de la Dirección General de los Registros que se designe, resolvería con plena soberanía y eficacia *erga omnes* las cuestiones civiles o hipotecarias planteadas mediante sentencia definitiva, que impediría nueva calificación, al ser obligatoria para todos, por tener la autoridad de cosa juzgada y no poderse plantear de nuevo la misma cuestión».

Mas ni esta propuesta representa el establecimiento de un auténtico recurso judicial, como los ahora explicados en otras legislaciones, ni, por

el momento, es ése el régimen, sino el de recurso gubernativo, sin poder acudir tras él, o en lugar de él, con la misma pretensión a los Tribunales.

3.6.1.2. Comentario del artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Inaccesibilidad de las formalidades registrales al juicio de los Tribunales

Algunos creen que en nuestro ordenamiento alude a un verdadero «recurso judicial» el artículo 66 de la Ley Hipotecaria cuando, al establecer el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, lo hace «sin perjuicio de acudir (los interesados), si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». En el mismo sentido, precisa el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o negar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título, o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». En realidad, en el sentido más propio de la expresión, apenas puede considerarse como *recurso* una pretensión que: *a)* de una parte, no se encamina directa y principalmente a la modificación de la decisión del Registrador, sino a la declaración de validez o invalidez del título inscribible, y sólo por consecuencia de ella, a la de la inscripción del mismo, y *b)* de otra parte, no se entiende con el propio Registrador.

b') En cuanto a esto segundo, recuérdese que, conforme al actual artículo 132 del Reglamento Hipotecario, «en los litigios que los interesados promovieren ante los Tribunales, con arreglo al artículo 66 de la ley, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado...».

Bajo la vigencia del Reglamento Hipotecario primitivo, que no contenía ese precepto, GALINDO y ESCOSURA citan un caso, que se discutió ante la Audiencia de Valladolid, y en el cual se había demandado al Registrador, alegando que no puede concederse recurso a las partes exclusivamente para que discutan entre sí la validez de la obligación o del título, pues muy bien puede ocurrir que las partes estén de acuerdo sobre ella. La observación es cierta, pues, en efecto, la denegación de inscripción habitualmente no presupone contienda entre las partes y, además, por otra parte, no es la única decisión posible del Registrador: puede acceder a la práctica del asiento y tener interés un tercero en que revoque su resolución, perjudicial para su derecho. En cualquier caso, la solución

aceptada por nuestra legislación no es la de llamar al Registrador o a la Dirección General a un pleito en el que se dispute lo correcto o incorrecto de la inscripción en sí, sino, al contrario, eliminar del examen de los Tribunales civiles las cuestiones relativas a la inscripción misma, si bien concediendo dichos Tribunales el control del Registro desde el punto de vista del título y de la realidad del derecho, de modo que no quepa publicar como bueno, por voluntad del órgano registral, un título cuya invalidez ha sido declarada por los Tribunales o un derecho inexistente en favor del titular que aparece como tal en el Registro. Los Tribunales entonces mandan suprimir (jurídicamente) la publicación, pero por causas relativas al título o a la titularidad y, por tanto, sin necesidad de discutir la cuestión con los órganos de la publicidad, radicalmente ineptos para publicar como válidos unos títulos o como existentes unos derechos cuya invalidez o inexistencia han sido declaradas por los Tribunales competentes.

a') Esto nos lleva al otro aspecto del problema: los Tribunales, al ordenar la supresión de una publicación, no penetran en la sustancia registral de la misma, sobre la cual carecen de poder. El Registro, independiente de la Administración, tampoco depende estrictamente de los Tribunales. La inscripción no es intangible en el mismo sentido que lo sea una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, porque no goza, por sí misma, de la mencionada autoridad ni de la irrecurribilidad del acto administrativo firme; pero sí es la inscripción inmodificable a iniciativa del propio órgano de la publicidad o de cualquiera de la Administración, y sólo susceptible de cambio o supresión por iniciativa del perjudicado o de las partes o porque los Tribunales han hecho una declaración en cuanto al título inscribible o al derecho, que convierte en inexacta la manifestación del folio registral.

En consecuencia, y como se deduce del artículo 66, la decisión judicial no puede tener nunca influencia *directa* en la alteración positiva del Registro, ya que nunca sustituye a la actividad del Registrador. Es por esto por lo que, según se dice, no es preciso apurar la vía gubernativa para acudir a la judicial, porque no existe tal vía judicial: la discusión y la decisión del Tribunal recaerán sobre el título inscribible, y si el Registrador estima que el asiento ordenado acaso en la sentencia es impropio, hará uso del recurso de queja del artículo 136 del Reglamento Hipotecario, cuya resolución, en última y definitiva instancia, corresponde al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General.

Ciertamente, seguido juicio sobre la validez o nulidad de un título cuya inscripción ha denegado el Registrador, dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que «si la ejecutoria... resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado». Pero este precepto

ha de ponerse en relación con el ya mencionado artículo 136. Si el Registrador ha rechazado el título por entender que es nulo, y el Juez lo declara válido, el propio Registrador deberá desde entonces considerarlo igualmente válido, pero la inscripción la practicará, no obedeciendo ciegamente al mandato del Juez, sino porque calificado sobre la base de la validez declarada en la sentencia, el documento resulta inscribible. Determinar si un título válido es, además, inscribible, es empresa que nunca compete a los Tribunales. El poder judicial tiene evidente influencia en tema de publicidad a través de la definición, validación, caracterización e interpretación del título inscribible, pero no puede nunca, ni aun en sentencia del Tribunal Supremo, decir la última palabra sobre lo que ha de llevarse a los libros. A lo que entiendo, no sólo sería ineficaz, a este fin, una acción para que se declare que un derecho debe ser inscrito o que determinada forma es suficiente para inscribir, sino que una sentencia declarando que tal derecho es derecho real, o que cierto contratante es capaz, o que un concreto negocio jurídico es lícito, etc., tampoco vincula la calificación.

Cabrá objetar que, en todo caso, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al autorizar a los Registradores para «acudir al presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer algún negocio civil o criminal, les hicieran para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios», permite implícitamente a los Jueces y Tribunales apremiar a los Registradores para la práctica de cualquier asiento que estimen procedente. Lo cual es cierto, pero debe entenderse en su real sentido. La ley faculta al Juez (e incluso le obliga) para ordenar al Registrador extender asientos de determinado género, como la anotación preventiva de demanda o la de embargo, previstos así en la ley, y el Registrador no puede negarse a la práctica de tales asientos cuando sean procedentes. Si niega él la procedencia de una de esas anotaciones ordenada por el Juez, se seguirá el sistema de recursos del artículo 136. Pero, en cambio, no cabría, porque no está previsto en la ley, que un litigante pidiera y el Juez concediera la inscripción de un derecho que el Registrador ha rechazado por entender que no tiene la condición de derecho real: el Juez no puede «condenar» al Registrador o al Registro, en el fallo de la sentencia, a practicar el asiento, cosa clara supuesto que no son parte en el litigio.

Dígase lo mismo cuando el Juez condena a suprimir un asiento.

Hay aquí, con todo, una diferencia con el caso anterior. La decisión judicial, directamente, no puede provocar, como regla general, una alteración del Registro: el Juez no puede ordenar (salvo en el caso de las anotaciones preventivas citadas o asientos similares, que, por cierto, no suponen alteración inmediata de las titularidades y sí sólo una adverten-

cia) la práctica de un asiento. En cambio, la decisión judicial puede provocar una alteración negativa del Registro: los Tribunales ordinarios pueden declarar no sólo la nulidad del título inscrito, sino asimismo la del asiento (art. 79, 4.º, de la Ley Hipotecaria; cfr. art. 38) por falta de alguno de sus requisitos esenciales. Esa nulidad se declara en el procedimiento ordinario que por la cuantía corresponda, y no a virtud de demanda contra el Registrador, o entablando una acción simplemente declarativa, sino dirigiéndose contra los titulares registrales perjudicados por la rectificación (art. 40 de la Ley Hipotecaria). A la sentencia que declara la nulidad del asiento y ordena su cancelación, no podrá oponer el Registrador objeciones nacidas del contenido de la propia sentencia y de las valoraciones jurídicas hechas en ella, mientras el perjudicado por la cancelación haya sido parte en el proceso, pues entonces la decisión del Juez equivale o suple al consentimiento formal.

Ahora bien: esta facultad de los Tribunales de ordenar la supresión del asiento obedece a la necesidad de suprimir la publicación de títulos inválidos o derechos inexistentes y, por tanto, tampoco representa un poder directo del Tribunal sobre el asiento propiamente tal, sino a través del título o la titularidad, según resulta claramente del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que distingue entre la inexactitud que «tuviera lugar por nulidad o error de algún asiento», previéndose entonces una determinada forma de rectificar el Registro, y la inexactitud que «procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento», en cuyo supuesto la modificación precisará, a falta de consentimiento del titular, resolución judicial. De tal modo, pues, que en el primer supuesto la rectificación por nulidad del asiento tiene un tratamiento distinto.

En todo caso, son los derechos materiales publicados los que se discuten en los Tribunales, y la validez del asiento únicamente por referencia a ellos: no parece posible, así, que el dueño del fundo sirviente pudiera solicitar ante el Juzgado la nulidad del asiento que publica la servidumbre sobre él, por falta de algún requisito formal. Es decir, que principalmente los defectos que provocan un fallo de los Tribunales civiles ordenando la cancelación de un asiento registral son defectos del título.

3.6.1.3. Los títulos que documentan un derecho administrativo

Nótese, por último, que como la declaración de nulidad de un título inscribible—o bien la de su validez—corresponde a los Tribunales que por razón de la materia sean competentes, por eso la cuestión de la invalidez de un título en el que se documente un derecho administrativo, se ventilará ante la Administración primero, y ante la Jurisdicción conten-

cioso-administrativa después. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ dice que cuando el acto administrativo inscrito adolezca de vicios, el procedimiento para obtener la nulidad será el que el Derecho administrativo tenga previsto. Así, cuando la Administración goce del privilegio de la decisión ejecutiva podrá por sí anular el acto inscrito y la subsiguiente inscripción, con la posibilidad del recurso contencioso-administrativo por parte del particular perjudicado. Y si no puede hacer uso de tal privilegio, por ser los actos declaratorios de derechos, lo que sí podrá será incoar el oportuno proceso de lesividad para anular luego el acto, declarado lesivo; mas la sentencia que ordene la nulidad será no de un Tribunal civil, sino de uno contencioso-administrativo (pág. 521).

No quiere ello decir que los recursos registrales tengan en ocasiones carácter administrativo, ya que la decisión de la Administración sólo se refiere en tales supuestos al título en cuya creación o supresión pueda ella intervenir conforme a su propio estatuto, igual que los particulares a tenor del suyo pueden intervenir en la creación o supresión de sus derechos privados. Pero tanto en uno como en otro caso, cuando se trate de anular directamente el asiento, la cuestión habrá siempre de plantearse ante los Tribunales ordinarios.

3.6.2. *El recurso gubernativo*

Como hemos visto, fundamentalmente se trata de resolver las cuestiones relativas a la inscribibilidad o no de los actos y contratos en el Registro de la Propiedad, dentro de la organización registral, interviniendo la jurisdicción ordinaria en cuanto que, publicado inexactamente un derecho subjetivo, la publicación pone en riesgo derechos civiles reales existentes y válidos o, más exactamente, las titularidades de los mismos.

No voy a tratar ahora de todas las particularidades, bien conocidas, del recurso gubernativo, y sí sólo de alguna especialmente importantes para el tema del presente dictamen.

a) Dependiendo la inscripción en cada momento del solicitante, que puede desistir de su petición e impedir que el acto o contrato pase a los libros, se comprende que no se dé recurso contra la decisión del Registrador de inscribir: los terceros no son parte en el procedimiento, y el petionario puede cambiar de opinión y retirar el documento y su solicitud hasta el momento mismo de practicarse materialmente la inscripción en el folio. Así, el recurso únicamente es admisible «contra la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado» (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Como dice la resolución de 11 de noviembre de 1970, «el recurso gubernativo puede inter-

ponerse solamente cuando la calificación del Registrador suponga la suspensión o denegación del asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido». En el mismo sentido, la de 28 de mayo de 1971. Y según la de 22 de diciembre de 1971, «el recurso gubernativo sólo procede contra la nota calificatoria por la que se deniegue o suspenda el asiento o asientos solicitados y no es aplicable a aquellos casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos, porque éstos, una vez practicados, están, según dispone el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley, sin que por ello puedan rectificarse por los trámites del recurso gubernativo».

Tampoco puede interponerse el recurso con la finalidad de privar de efectos a un asiento de presentación (resolución de 14 de noviembre de 1959); ni en este procedimiento cabe resolver cuestión alguna relativa a la nulidad de las inscripciones (resoluciones de 23 de julio de 1877, 15 de junio de 1894, 14 de septiembre de 1914, etc.). E incluso si el Registrador denegó la inscripción, bastará que desista de la apreciación del defecto puesto en la nota de calificación por su antecesor, en su informe en el recurso gubernativo, para que no proceda la apelación a la Dirección General por el Notario, a efectos doctrinales (resolución de 10 de octubre de 1972).

b) Del recurso en Primera Instancia lo más notable a nuestro propósito es la figura del llamado a resolverlo: el presidente de la Audiencia, quien—dice GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 522)—no es superior jerárquico del Registrador de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad depende de la Dirección General de los Registros (art. 259 del Reglamento Hipotecario), no del presidente de la Audiencia, que únicamente es inspector permanente de los Registros (art. 269), y no es necesario insistir para dejar demostrado que son conceptos sustancialmente distintos los de «superior jerárquico» e «inspector». «Por tanto, la primera anormalidad que se produce en el procedimiento administrativo de impugnación de los actos registrales consiste en que el recurso no se resuelve por el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acuerdo impugnado (Dirección General de los Registros), sino por órgano distinto: el inspector de los Registros, el presidente de la Audiencia Territorial.»

El autor aclara—con la doctrina dominante al respecto—que el presidente actúa «no como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo», sin duda partiendo de la regla de que todo lo que no es Jurisdicción es Administración (o, al menos, poder ejecutivo). Mas si el presidente de la Audiencia, al intervenir en la tramitación y resolución de

un recurso gubernativo, no ejerce función estrictamente jurisdiccional, las indicadas anomalías y el hecho de no pertenecer al orden administrativo denuncian bien claramente que tampoco se conduce como un burócrata dependiente de la Administración. En realidad, su actuación, como luego la de la Dirección General, es de tipo arbitral, si vale la expresión y reconociendo su distancia de los arbitrajes de Derecho privado. Actúa como Juez, pero fuera de la jurisdicción.

c) Dígase lo mismo de la Dirección General cuando falla el recurso de apelación. Que no se trata de un recurso administrativo lo demuestra que, dice GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 1078), «en un recurso administrativo los únicos legitimados para recurrir son los interesados. Y resuelto el recurso administrativo, no se reconoce legitimación al órgano que dictó el acto objeto de recurso. Pues bien, esta regla no rige en el recurso gubernativo. Por el contrario, el artículo 121 del Reglamento Hipotecario reconoce expresamente legitimación de los Registradores de la Propiedad, que son los que dictaron el acto impugnado». Lo demuestra igualmente que siendo los actos administrativos inmediatamente ejecutivos, en este caso, conforme al artículo 122 del Reglamento Hipotecario, el recurso produce efectos suspensivos, constituyendo una excepción al principio que con carácter general consagra el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

d) Finalmente, con anterioridad a la citada ley era particularidad notable del recurso no haber alzada al Ministro de Justicia, pero todavía hoy sigue siendo característico de aquél, y un indicio más de su falta de carácter administrativo en sentido propio, la absoluta incompetencia del Ministro en la materia, no obstante hallarse «todos los órganos de la Administración bajo la dependencia del Ministro correspondiente» (artículo 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

3.6.3. *¿Recurso contencioso-administrativo?*

3.6.3.1. La jurisprudencia

Se discute, desde un punto de vista exclusivamente doctrinal, entre hipotecaristas y administrativistas, si la resolución de la Dirección General que pone fin al recurso gubernativo es recurrible en vía contenciosa.

Negó esta posibilidad una Real Orden de 20 de enero de 1878, según la cual contra las resoluciones dictadas por la Dirección General en recursos gubernativos no cabe interponer recurso contencioso, sin perjuicio del derecho de los interesados para contender entre sí ante los Tribunales de Justicia sobre la validez del título o de la obligación. Y en tal sentido se pronunció luego la jurisprudencia contenciosa. Así, la sentencia de

2 de octubre de 1906 entiende que no compete al Tribunal contencioso juzgar de la negativa del Registrador a inscribir, porque el acuerdo del Registrador no está sometido a esa jurisdicción ni son de índole y carácter administrativo las acciones que, en su caso, hubiera de entablar, sino derivadas del Derecho civil, que ampara a las partes para obtener el reconocimiento y eficacia de los contratos celebrados. La sentencia de 6 de noviembre de 1954 repite lo mismo, explicando que el recurso contencioso actúa siempre sobre derechos de carácter administrativo y se encamina de modo exclusivo a la decisión de problemas de Derecho público, sin que pueda actuar en las cuestiones relativas a los derechos civiles, puesto que existe para éstos una jurisdicción peculiar. Añadiendo que «las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al decidir, en definitiva, sobre los recursos deducidos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad acerca de los documentos motivadores de las inscripciones que hayan de tener lugar en los libros del Registro o bien de la cancelación de los asientos efectuados, constituyen el trámite final del procedimiento gubernativo abreviado, que, además del judicial, se halla establecido en orden a los asuntos indicados, pero, por su concreción exclusiva al ámbito registral, circunscrito a las cuestiones referentes al dominio y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, resuelven siempre problemas de Derecho privado entre particulares, cual es el que motivó la resolución... recurrida». Y que «si los Tribunales de lo contencioso-administrativo resolvieran, en definitiva, cuestiones registrales como la que se plantea, se llegaría al absurdo de que suscitada mediante el uso de vía judicial, como lo autoriza el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la contienda entre los interesados sobre si es o no cancelable la condición contractual mencionada en el Registro de la Propiedad, hubiera de fallar en última instancia la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, que podría hacerlo en sentido contradictorio al adoptado por la presente».

3.6.3.2. La doctrina administrativista

La doctrina está dividida en este punto, pues mientras para los hipotecaristas que han contemplado el tema, la posición jurisprudencial es incommovible, ciertos administrativistas defienden la tesis opuesta con diversos argumentos.

En la posición más radical y partiendo de la configuración de la inscripción como acto administrativo, MENDOZA OLIVÁN (pág. 193) afirma que ésta es «un acto administrativo que conoce un procedimiento *especial* en cuanto a su *elaboración* o *práctica* (singularmente, a virtud de la tarea calificadora encomendada al Registrador, carácter tasado de las

pruebas y posible condición provisional, subsanable por el interesado, de la resolución que se dicte: arts. 18, 19, 65, 99 y 100 de la Ley; arts. 98 a 111 y 127 del Reglamento), pero no en cuanto a su revisión, pues esta especialidad no cabe, vigente la Ley de Procedimiento Administrativo, ni dentro del apartado 3) de su artículo 1.º («el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en el título V de esta ley») ni en la órbita del citado Decreto de 10 de octubre de 1958, cuyo alcance no puede ser mayor que el del apartado 2) del artículo 1.º de la ley, al que desarrolla». En suma, defiende «la derogación del *recurso gubernativo* autorizado en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, cuyas dos posibles instancias (ante el presidente de la Audiencia Territorial y ante la Dirección General de los Registros y del Notariado: arts. 113 y 121 del Reglamento Hipotecario) deben entenderse sustituidas hoy (art. 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo) por un único recurso de alzada ante la expresada Dirección General, que al resolverlo pone fin a la vía administrativa».

Con mayor matización explicaba GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 521) que si bien el recurso gubernativo ante la Dirección General va dirigido contra el acto del Registrador, que viola un posible derecho subjetivo administrativo cuyo objeto es la pretensión de que tengan acceso al Registro los títulos de Derecho civil que reúnen las condiciones exigidas en la ley, y así, la denegación de inscripción, confirmada por la Dirección General, reúne los requisitos para el recurso contencioso; con todo, tratándose de derechos civiles, circunstancialmente no cabe el recurso contencioso-administrativo, debido a la necesidad en que se vería la Sala de examinar una cuestión de índole civil. Por eso cuando la cuestión planteada en torno a la inscripción no sea civil, sino administrativa (por tratarse de un derecho administrativo), la jurisdicción contenciosa podrá juzgar de ella.

El acto de la Dirección General—dice GONZÁLEZ PÉREZ—causa estado, emana de la Administración en el ejercicio de facultades regladas y vulnera un derecho de carácter administrativo (a la inscripción) establecido por una ley administrativa (la hipotecaria). La Ley Hipotecaria regula la utilización de un servicio público como es el Registro, y aunque el Derecho inscrito sea civil, el Derecho a inscribir es administrativo: se ostenta frente a la Administración y tiene como base una relación en que actúa ésta como persona jurídico-pública a través de su órgano competente; como entidad investida de prerrogativas de poder. La Ley de lo Contencioso (la antigua, bajo cuya vigencia escribe GONZÁLEZ PÉREZ) excluye las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa, pero la Ley Hipotecaria nada dice acerca de esto, y la Orden de 20 de mayo de 1878 no puede ir contra

una ley. Por eso, el único fundamento de la exclusión ha de ser el número 4 del propio artículo 4.º de la Ley (antigua) de lo Contencioso, según el cual las cuestiones de índole civil corresponden a la jurisdicción ordinaria, no a la contencioso-administrativa. Esta doctrina es aplicable a la inscripción porque si bien es cierto que existe un derecho administrativo a inscribir, se trata de un derecho condicionado, que depende de que se den una serie de circunstancias; y cuando el Registrador deniega la inscripción, lo hace porque no se dan las circunstancias que la ley exige y cuyo examen es de naturaleza civil. Así, pues, la denegación se funda en normas de carácter civil y, por tanto, en ellas tendría que fundarse también el recurso contencioso. Pero cuando el título es administrativo, no se da la circunstancia que excluye la impugnabilidad de la resolución en vía contenciosa. Piénsese en un aprovechamiento de aguas fundado en concesión administrativa. La posibilidad de inscribir depende de normas de Derecho administrativo, por lo cual desaparecen las razones que aconsejaban no permitir la impugnación del acto denegatorio de la Dirección General: el concesionario podrá impugnarlo, una vez agotada la vía gubernativa, en la vía contenciosa.

En trabajo más reciente radicaliza el autor su postura a partir de las siguientes premisas:

1.ª El artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa delimita el ámbito de esta jurisdicción en función del acto frente al que se deduce la pretensión: Si emana de la Administración pública y está sujeto al Derecho administrativo, los únicos Tribunales con jurisdicción para conocer de las pretensiones serán los contencioso-administrativos.

2.ª El artículo 40, f), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye del «recurso contencioso-administrativo» los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente los aparte de la vía contencioso-administrativa. La Ley Hipotecaria no establece exclusión alguna al regular la resolución del recurso gubernativo. Por tanto, si estas resoluciones constituyen actos de los que delimitan la jurisdicción, según el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sería admisible el recurso contencioso-administrativo.

3.ª La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración activa. Esto es algo que no puede seriamente ponerse en tela de juicio. Por tanto, las resoluciones de la misma son «actos de la Administración pública». Se da, por tanto, la primera de las circunstancias que exige el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

GARRIDO FALLA apunta, además, otra posibilidad: la de plantear,

aparte la cuestión de fondo, un recurso por vicio de forma en la tramitación del recurso gubernativo. Aquél es—dice—, indudablemente, de naturaleza contencioso-administrativa. Con todo, desde el punto de vista práctico, no le parece solución aconsejable emprenderlo, pues resulta antieconómica procesalmente esta separación de jurisdicciones, según se trate de vicio de forma o de cuestión de fondo.

3.6.3.3. Inviabilidad del recurso contencioso-administrativo

De cuanto he expuesto hasta ahora puede deducirse que no comparto la opinión de estos prestigiosos autores.

Advierto, ante todo, que la solución en tema de susceptibilidad de recurso contencioso habrá de ser igual para las resoluciones que versan sobre derechos civiles como las que se refieren a derechos administrativos, ya que la vigente Ley de lo Contencioso permite resolver sobre aquéllos como cuestión prejudicial.

Con referencia, pues, a cualesquiera resoluciones de la Dirección General, entiendo que no cabe interponer el recurso contencioso-administrativo porque:

1.º Como ya he explicado, no son actos administrativos en sentido estricto. Ni el Registro ni la Dirección General constituyen, aquél en cuanto órgano de publicidad y registración y ésta de apelación en última instancia, la Administración pública, a la que se refieren los artículos 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo y 1.º de la Ley de la Jurisdicción.

Por no tratarse de acto administrativo, no es recurrible la práctica de la inscripción por los terceros interesados que pudieran resultar perjudicados con ella. El concepto de acto administrativo está construido sobre una serie de actuaciones de la Administración que reciben un tratamiento unitario, sujetas normalmente a las reglas del Derecho administrativo. Cuando una actividad es tan dispar que en los puntos más importantes recibe un tratamiento diverso, es de suponer que no cabe la aplicación de las normas administrativas ordinarias para colmar sus lagunas. Por lo demás, la pretensión de inscripción no es tanto un derecho administrativo como el reflejo procesal—o, si se quiere, procedimental—del derecho material (que podrá ser civil o administrativo) cuyo ingreso en el Registro se pretende.

2.º Si, en relación con la salvedad del artículo 40, f), de la Ley de la Jurisdicción, la Ley Hipotecaria (¡muy anterior!) no aparta expresamente el recurso gubernativo de la vía contencioso-administrativa, es porque anteriormente, al considerar al organismo registral como distinto de la Administración, ha sustraído sus resoluciones al imperio de dicha

CUARTA PARTE

LA FIGURA DEL REGISTRADOR

4.1. SU NATURALEZA. EXAMEN CRÍTICO DE LA DOCTRINA

4.1.1. *En general*

El Registrador es el funcionario público a quien compete la llevanza del Registro que tiene a su cargo, tanto en cuanto a la admisión de actos y contratos al folio registral y formulación y práctica de los correspondientes asientos como en lo que atañe a la conservación de los libros o expedición de certificaciones. Todos los demás empleados del Registro son auxiliares suyos sin propia competencia, o bien (el sustituto) con competencia restringida, delegada y sólo en ausencia del Registrador.

Se distingue, así, el Registrador español (o el italiano, o el francés) del Juez del Registro alemán, que coexiste como titular de la jurisdicción sobre las inscripciones y cancelaciones y único que puede disponerlas y redactarlas, amén de decidir sobre las relaciones de rango, con el Secretario del Juzgado, encargado—como competencia suya propia—de expedir las certificaciones, permitir la consulta del Registro, emitir informes en los casos previstos por la Ley, devolver o archivar documentos, etc. (BRAND-SCHNITZLER, pág. 130).

4.1.2. *La posición administrativa*

En la doctrina española, GONZÁLEZ PÉREZ y GARCÍA TREVIJANO consideran al Registrador como un funcionario administrativo, aunque ajeno a la ley de funcionarios.

Es la tesis que mantienen en Italia administrativistas como ZANOBINI (V, pág. 303), a la vez que civilistas como PUGLIATTI (pág. 338). RASTELLO (pág. 27) deduce esa condición de que los Registradores tienen un puesto en la jerarquía administrativa e ingresan mediante un procedimiento de promoción pública, hallándose sometidos a las sanciones disci-

plinarias previstas para los empleados civiles del Estado. Mientras para COVIELLO (pág. 242), el conservador es «un funcionario administrativo al cual la ley impone, en interés general de la seguridad de las adquisiciones y del crédito fundiario, determinadas obligaciones». En la jurisprudencia, la sentencia de apelación de la Corte de Milán, de 17 de julio de 1964, afirma que el conservador era, antes del año 1895, un contratista del servicio hipotecario, pero que la legislación de ese año lo transformó en un funcionario público, actuando como órgano del Estado.

4.1.3. *El ejercicio privado de funciones públicas*

La disposición adicional quinta de la Ley de Relaciones Laborales alude a una figura corriente en la teoría del Derecho administrativo o en la doctrina notarial, si bien la denominación es poco conocida en nuestras leyes: la del «ejercicio de funciones públicas por los particulares» y, sobre todo, por los profesionales. Doy aquí una idea elemental de él, dado lo mucho que se invoca esta idea al tratar de la naturaleza del Registrador.

En la delegación de funciones públicas—dice ZANOBINI—, «se tiene un fenómeno inverso al de la asunción de la función pública: si en ésta el particular pasa a formar parte de la organización propia del Estado, en la figura que tratamos algo propio del Estado pasa al particular, y éste ejercita el derecho y los servicios de que el Estado es titular solamente a causa de esta transferencia» (pág. 98).

Los particulares—continúa diciendo—que sustituyen con su actividad a órganos del Estado para alcanzar un fin propio del Estado, proveen al interés público no porque constituye un interés también suyo propio, sino por otros motivos. Hay aquí una diferencia esencial con los entes públicos, los cuales se proponen siempre un fin único, que no es fin de otro, sino exclusivamente propio: fin del Estado, en el cual se integra el ente. Mientras los particulares, cuando proveen a la consecución de un fin público, nunca proveen a un fin propio, sino al de un ente diverso.

El ejercicio de la función pública no atribuye necesariamente la condición de funcionario. Así, el miembro no funcionario de un jurado de expropiación presta su cooperación a la Justicia y a la Administración, sin que un puesto estatal corresponda al desempeño de este cargo con la condición de funcionario.

ZANOBINI explica que los particulares que ejercitan en nombre propio funciones públicas no son órganos del Estado: son medios indirectos a través de los cuales el Estado consigue sus fines. El Estado les encarga el ejercicio de las actividades correspondientes a algunos de sus propios fines, sin asumirlos en su personalidad; dejándoles actuar en nombre propio y con medios propios, aunque vinculándoles a su organización por

medio de órganos encargados de ejercitar sobre ellos poderes estatales que son una continuación y un complemento de sus poderes orgánicos: poder de vigilancia, potestad disciplinaria, poder de dar instrucciones a veces, etcétera. Esta delegación de funciones estatales dice ZANOBINI que «en algunos casos está justificada por la necesidad: hay situaciones en las cuales la intervención de los órganos del Estado se demuestra imposible o insuficiente y, por tanto, es necesario autorizar, y en ocasiones obligar, a los particulares a actuar en sustitución suya. Mas habitualmente el sistema viene justificado por razones de conveniencia. Estas se presentan para aquellas actividades públicas en las cuales es muy útil la iniciativa y el interés directo de las personas a las cuales se les encomiendan».

4.1.4. *El Registrador como «profesional vinculado»*

4.1.4.1. Doctrina general

En Italia, la concepción del conservador de hipotecas como un profesional que ejerce funciones públicas era corriente en el siglo pasado, y acaso alcanza su expresión más categórica en una famosa sentencia de la Corte de Casación de Palermo de 11 de marzo de 1865, según la cual «la Administración demanial es ajena a las controversias que se producen entre el público y los conservadores de hipotecas relativamente a las inscripciones, cancelaciones y otras operaciones hipotecarias, porque el oficio que corresponde al conservador de hipotecas es exclusivo e independiente en el examen de todas las cuestiones para la admisión o denegación de las solicitudes relativas a las inscripciones, transcripciones, etc., y, por consiguiente, aquél es responsable, conforme a la ley, no sólo de sus acciones, sino de sus omisiones».

Según MARIANI (pág. 16), el conservador de los Registros «hasta 1895 era un contratista de este importante servicio». Hoy, para él, «la irresponsabilidad del Estado por los daños que el conservador pueda causar en el desempeño de sus funciones, la obligación de fianza, el modo y la medida de su compensación», inclinan a considerarlo como un particular encargado de funciones públicas.

CORRADO matiza más esta tesis. «Una más precisa delimitación dogmática de la figura—dice (pág. 54)—no parece que provenga de su definición como órgano indirecto de la pública Administración, en cuanto la noción de órgano indirecto es una noción privada de contenido efectivo y se limita a negar que cierto sujeto sea órgano de la Administración estatal. Probablemente, la figura del encargado privado de funciones públicas se puede recomprender en la figura más amplia de los *sustitutos*, esto es, de las personas encargadas de manera exclusiva de ejercitar fa-

cultades que serían propias de otras personas. Y, de hecho, en este caso, el particular viene facultado para realizar actos que son propios del Estado o de otros entes públicos y que tienen la disciplina y la relevancia que tendrían si fueran realizados por el Estado o por un ente público. La figura del sustituto llega a dar una satisfactoria justificación, por ejemplo, del concurso, en el conservador, de su completa autonomía de la organización administrativa del Estado con su legitimación para realizar declaraciones públicas.»

Actualmente, el exponente máximo de la concepción privatista del Registrador es BONIS. Para él, la figura del conservador, regulada por el Derecho civil, sigue siendo la que era originariamente, habiendo reproducido el nuevo Código sin ninguna variación las normas del antiguo relativas a las competencias y responsabilidad de este oficial público.

«Los sistemas de publicidad inmobiliaria de tipo latino representan —explica (pág. 110)— una feliz combinación entre las ventajas de las profesiones liberales (a las cuales acompañan siempre específicas responsabilidades personales) y la garantía de severos controles por parte de los poderes públicos, que justamente deben establecerse allá donde confluyen intereses de usuarios privados y razones de orden público.»

«La naturaleza particular de sus obligaciones y sus responsabilidades —dice en otro lugar— confiere al conservador el *status* de profesional. Se trata de obligaciones situadas en el mismo plano que las del Notario, cuyo contenido consiste en prestaciones profesionales: proporcionar publicidad a los actos, efectuar las cancelaciones, certificar el estado de las transcripciones y de las inscripciones. Que se trata de prestaciones profesionales y no genéricos deberes de oficio, como ocurre normalmente con los funcionarios administrativos, se demuestra por dos circunstancias:

a) Que la relación jurídica media directamente entre el conservador y los titulares de los derechos reales inmobiliarios, relación a la cual el Estado es ajeno.

b) Que en caso de incumplimiento, los acreedores pueden reclamar al conservador en nombre propio, y no como representante del Estado, ante la Magistratura, sea para pedir el cumplimiento coactivo en forma específica (denegación o retardo en la expedición de certificados o ejecución de inscripciones), sea para pedir el resarcimiento de los daños sufridos a consecuencia de incumplimiento o el inexacto cumplimiento» (página 76).

4.1.4.2. La teoría de la doble relación

Clave del planteamiento de BONIS es su distinción de la doble relación del conservador: de una parte, frente al Estado, de carácter administra-

tivo y gobernada por normas de Derecho público, y de otra, de cara al particular que acude al Registro, relación esta segunda de naturaleza contractual y regida por el Derecho civil.

a) La relación del conservador con el Estado viene regulada, mientras no contradiga la legislación civil, por las mismas normas que regulan la relación de empleo público (a salvo la independencia jerárquica). Incluso en su función fiscal, el conservador es órgano del Estado, mientras que en la registral actúa en virtud de un mandato sin representación: por eso la actuación del Registrador no hace responsable al Estado.

La tesis de BONIS contiene razonamientos y argumentos más amplios y abundantes, a los cuales no me refiero aquí por no ser adaptables al Derecho español. Baste decir que, en cuanto a la naturaleza de las relaciones entre el ente público y el titular de la función, la tesis de la representación (que supone dos sujetos separados y distintos, el representado y el representante, mientras el Estado y su órgano aparecen como una sola voluntad y un único sujeto) ya no se profesa hoy, sustituida por la de la relación orgánica. Correspondientemente, en lugar del concepto civilístico de mandato sin representación, habría de hablarse de delegación de funciones.

b) Hace medio siglo un autor galo, DE FRANCE (pág. 472), explicaba que «en las conservadurías de las hipotecas toda operación da lugar, entre la parte y el conservador, a un contrato que media entre ellos y les vincula: que puede provocar acciones del uno contra el otro; en el conflicto de intereses que puede nacer, el Estado quedará siempre al margen.»

Este planteamiento viene asumido modernamente (sin relación con DE FRANCE, al que que no cita) por BONIS, para quien entre el público y el Registrador interviene un contrato de naturaleza civil, a consecuencia del cual el conservador asume las pertinentes obligaciones y adquiere derecho a los honorarios. Más concretamente, el contrato—dice—es «de obra, análogo a aquel que tiene lugar entre el Notario y sus clientes. Los contratos de obra en nuestro Derecho comportan prestaciones correspondientes: a la prestación del conservador, por tanto, debe corresponder la contraprestación de la parte, que tiene la naturaleza de honorarios y que según el Código en su medida deben ser adecuados a la importancia de la obra y al decoro de la profesión».

Las obligaciones del conservador—añade—«tienen el contenido de prestaciones profesionales (hacer que se produzcan los actos de publicidad, operar las cancelaciones, certificar) en una relación que se forma directamente entre el conservador y los sujetos reales inmobiliarios, a los cuales es extraño el Estado, y en caso de incumplimiento, los acreedores pueden reclamar al conservador en propio nombre y no como representante del Estado, ante los Tribunales, sea para obtener el cumplimiento de

sus obligaciones profesionales, sea para reclamar el resarcimiento de los daños».

Pero esta última afirmación nos da ya idea de que la tesis del autor italiano (que también para aquel ordenamiento parece inexacta) no podría aplicarse al Derecho español, en el cual contra la negativa irregular del Registrador a calificar, o frente a su inercia, o si deniega la registración, se puede reclamar ante la Dirección General; y ésta, en el caso de sancionar al Registrador por irregularidades suyas, lo hará, no en aplicación de normas civiles, sino en cumplimiento de una función de vigilancia que le incumbe y ejercitando su potestad disciplinaria, y si se trata de una nota denegatoria, tampoco procede la Dirección General fallando una contienda entre el Registrador y la parte, sino fallando en apelación una cuestión jurídica sobre la cual el Registrador ha emitido su juicio en Primera Instancia.

En realidad, la relación con el Registrador, que presenta algunas semejanzas con la que las partes mantienen con el Tribunal (no sólo con el Juez) durante el proceso, tiene su contenido en el ejercicio por el Registrador de la función pública que tiene encomendada: el aspecto privado consiste (según se acepta en este dictamen), aparte la más frecuente condición civil de los derechos inscribibles, en la *profesionalidad* del Registrador, pero ello no privatiza su función.

4.1.5. *Las doctrinas mixtas*

Otros autores mantienen una posición más matizada en orden a la figura del Registrador, contemplando en ella una mezcla de caracteres del funcionario y del particular encargado de funciones públicas.

a) Así, para D'ORAZI (pág. 157), en «la figura no encuentran plena correspondencia los caracteres peculiares de la relación orgánica. En las actividades que desarrolla, el conservador utiliza su propio nombre y asume (además de la responsabilidad penal y la disciplinaria) plena responsabilidad civil...; se intuye el paralelismo que existe al respecto entre la figura del Notario y la del conservador; por lo demás, la analogía no puede ser llevada más allá de ciertos límites... Coexisten, de hecho, en la figura en examen, caracteres de la relación orgánica (por la cual el conservador debería definirse como funcionario), con caracteres del ejercicio privado de funciones públicas: esto es, la figura presenta rasgos fisonómicos mixtos».

En consecuencia, define al conservador de los Registros inmobiliarios como «el oficial público (con caracteres, en parte, propios de la relación orgánica y, en parte, de la función sustitutiva) al cual compete la llevanza

de los Registros inmobiliarios y la expedición de las documentaciones ~~relativas al contenido de éstos así como la comunicación de la resultan-~~

Que prestemos un servicio público (no encuadrable dentro de los clásicos), no quiere decir que seamos *servicio público*».

4.2. RASGOS ESENCIALES DE LA FIGURA, SEGÚN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

4.2.1. *La condición de Registrador y el Estatuto de funcionarios*

Según el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, «los Registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales». En tal calidad «tienen los derechos y preeminencias que por tal concepto establecen, en general, las leyes y disposiciones administrativas» (art. 536 del Reglamento Hipotecario). E incluso derecho al uso de franquicia para la correspondencia oficial, postal y telegráfica (art. 538).

Aclaran GALINDO y ESCOSURA (pág. 240) que los Registradores, «aunque tienen el carácter de empleados públicos para todos los efectos legales, no por eso son considerados como autoridad, según algunos han pretendido, porque no ejercen jurisdicción. Como tales empleados públicos, están exentos del pago de contribución industrial, que antes satisficieron los contadores de hipotecas».

Ahora bien: ¿es el Registrador «funcionario de la Administración pública»?

El artículo 1.º de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 define a los funcionarios de la Administración pública como las «personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo». Mientras el artículo 2.º de la propia ley excluye del ámbito de vigencia de dicho texto legal, junto con los funcionarios que prestan servicio a la Administración de Justicia, a «quienes no perciben sueldo o asignación con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales». Concuierda con esta exclusión el artículo 4.º, dedicado a los funcionarios de carrera, para los que exige que sean permanentes, figuren en plantilla y reciban sueldo detallado en los presupuestos generales del Estado.

El dictamen del Consejo de Estado sobre la referida ley aprueba la exclusión de los funcionarios judiciales y los que no perciben sus haberes con cargo a presupuesto. Esto es, de «los referidos en el apartado a) (personal judicial), dado que no son funcionarios administrativos estrictos y precisan de un régimen propio que garantice la peculiaridad e independencia de su labor, y los del apartado d) (los no remunerados por presupuesto), que de ordinario tampoco son verdaderos funcionarios, sino más bien profesionales que ejercen privadamente determinadas funciones públicas».

Aplica la exclusión expresamente a los Registradores de la propiedad la sentencia de la Sala V de 16 de febrero de 1967, según la cual «la ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto de 7 de febrero de 1964, excluye de su ámbito de vigencia, entre otros, a los funcionarios que no perciban sueldo o asignación con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales del Estado, precepto de taxativa aplicación al caso que se enjuicia, ya que si bien la Ley Hipotecaria, en su artículo 274, determina que los Registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales, ello no contraría el precepto de la ley articulada..., ya que sin negarles el carácter de funcionario, lo que indica es que están excluidos del ámbito de su vigencia» (al no percibir sueldo con cargo a presupuesto). «A los Registradores de la propiedad no les eran de aplicación, en el momento de dictar el acto administrativo recurrido, ninguna de las disposiciones vigentes para los funcionarios civiles del Estado.»

GARCÍA TREVIANO, no obstante, distingue entre los Registradores, que, en su opinión, son propiamente funcionarios, y quienes sin serlo desempeñan por delegación funciones o servicios públicos. Así, refiriéndose a la Ley de Funcionarios afirma (pág. 10) que «sólo deben someterse o excluirse de su radio de acción los funcionarios ligados a una organización, pero no quienes actúan, en nombre propio, funciones o servicios públicos. Por ello, esta exclusión sub 3) en puridad se aplica solamente a quienes siendo funcionarios no se remuneran de la forma indicada, concretamente los Registradores de la propiedad, que sí son funcionarios, los médicos de baños, los Recaudadores de Hacienda, pero no los Notarios, agentes de cambio y Bolsa, corredores de comercio, guardas jurados, etc., que no lo son».

«¿Es—se pregunta más adelante (pág. 417)—la retribución directa del Estado condición necesaria para que surja el concepto de funcionario público en el sentido en que lo tomamos en este momento? En modo alguno. La ley misma habla de ‘funcionarios que no perciben...’, es decir, que prevé que existan funcionarios de carrera, pero sin retribución de esta índole. Habrá que atender a los demás índices estudiados para saber si estamos o no ante un funcionario profesional, con independencia de la existencia o no de retribución. Esta es requisito necesario para adquirir la condición de funcionario profesional dentro del texto de 1964, pero no fuera de él, y es así como debe darse esta condición a los Registradores de la propiedad, a los secretarios judiciales que optaron por el arancel como modo de retribución y a los Recaudadores de Hacienda en sus variadas gamas» (véase también págs. 1017 y sigs.).

4.2.2. *Rasgos de funcionario público en el cargo de Registrador*

Aun ajeno al Estatuto de funcionarios, en el cargo de Registrador se aprecian caracteres importantes no ya de la función pública, sino estrictamente del funcionario público de la Administración. Estos rasgos son:

a) Ingreso por oposición ante un Tribunal nombrado por la Administración (art. 277 de la Ley Hipotecaria). Nombramiento por el Ministerio de Justicia e incompatibilidad con todo empleo o cargo público (artículo 278). Inamovilidad en los términos del artículo 289 del Reglamento Hipotecario. Provisión de vacantes por concurso. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre provisión de Registros en concurso son recurribles en vía contenciosa.

b) En el desarrollo y cumplimiento de sus funciones depende el Registrador de la Dirección General de los Registros y del Ministerio de Justicia, órganos que tienen facultades de vigilar e inspeccionar su gestión, sancionar las infracciones que pueda cometer, y resolver en última instancia los recursos contra su decisión denegatoria en relación con una solicitud de registración.

La Dirección General de los Registros es un organismo inequívocamente administrativo, regulado por los artículos 259 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 438 y siguientes del Reglamento y 55 del Decreto de 12 de junio de 1968, orgánico del Ministerio de Justicia; a tenor del último, la Dirección «es el órgano encargado, con carácter general, de estudiar, proponer y aplicar la política del departamento en relación con las cuestiones inherentes a la fe pública notarial y a la materia registral que recaiga directamente sobre el Derecho privado, en los términos establecidos en la legislación vigente». Obsérvese la limitación de la materia registral a aquella que «recae directamente sobre el Derecho privado». El mismo precepto atribuye a la Dirección General la función de dirección e inspección, a la vez, sobre el Notariado y sobre los Registros, incluso los civiles, función que igualmente le encomienda la legislación hipotecaria, y a la Dirección General y al Ministerio de Justicia, según los casos, la potestad disciplinaria sobre los Registradores, lo cual no arguye que éstos sean funcionarios administrativos, pues también tiene tal potestad sobre los Notarios.

Es singular que la Dirección General pueda servirse, para la inspección, del Colegio de Registradores, que es una corporación con aspectos de Derecho público, pero no forma parte en absoluto de la Administración del Estado. Tampoco el hecho de que los Letrados de la Dirección General (que pueden proceder del cuerpo de Registradores, pero una vez en la Dirección son funcionarios de ella) sean, sin especialidad alguna,

funcionarios administrativos, empece la función arbitral que compete a ésta, según he dicho, en la resolución de los recursos contra la calificación.

Parece evidente, pues, que la especial manera de ser de la figura del Registrador, que al lado de indudables facetas funcionariales muestra otras más privadas que parecen situarlo entre los particulares encargados de funciones públicas, se refleja en su más inmediato superior jerárquico, el cual ejerce incluso sus funciones de inspección y vigilancia a través del organismo corporativo de los propios «funcionarios» o bien de personas pertenecientes al orden judicial y no dependientes de la Administración, como el presidente de la Audiencia (arts. 267 y sigs. de la Ley Hipotecaria y 563 y sigs. del Reglamento), a quienes también se confiere potestad disciplinaria.

c) El Registrador tiene, fuera de las capitales de provincia, funciones de liquidador de los impuestos de transmisiones y sucesiones, puramente administrativas, y en cuyo desempeño se halla subordinado jerárquicamente al Ministerio de Hacienda.

d) El Registrador es funcionario público a efectos penales, aunque la cosa no tiene mayor significación, pues a tales efectos también tienen la calificación de funcionario público los Notarios (sentencia de 26 de octubre de 1927). Así se deduce hoy del artículo 119 del Código penal: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas», en cuya definición entran, sin duda alguna, los Registradores, pero también otros muchos que no son funcionarios administrativos.

e) Contraprueba de la condición funcional del Registrador podría ser que el particular no pueda demandarle civilmente para que inscriba, sino sólo, caso de no acceder a su solicitud, recurrir al presidente de la Audiencia y ulteriormente a la Dirección General de Registros.

4.2.3. Aspectos de profesional privado en el cargo de Registrador

En la figura del Registrador encontramos aspectos claramente propios de un profesional, cualquiera que sea la calificación de la función que ejerce, en este caso evidentemente pública.

4.2.3.1. La retribución

Fundamental, a efectos de la exclusión de la Ley de Funcionarios, es que la retribución del Registrador no consiste en un sueldo a cargo del presupuesto del Estado, sino en *honorarios* pagados por quien se sirve

del Registro para inscribir en él, obtener una certificación o examinar sus libros, etc.

LA RICA (I, pág. 372) justifica este régimen alegando que aun cuando «la institución del Registro sirve a altos intereses públicos y de modo indirecto al orden jurídico y al orden social, inmediata y directamente reporta un beneficio al propietario que la utiliza para asegurar y legitimar sus derechos inmobiliarios. El Registro funciona primordialmente en interés de los propietarios y los titulares del Derecho reales, y es lógico que sean ellos los que sufraguen sus gastos».

En el Derecho italiano, el conservador percibe, a la vez, un sueldo y una participación en los ingresos del Registro, que allí viene a constituir una tasa. Según el Consejo de Estado, «los emolumentos corresponden a título de compensación por los mayores gastos, riesgos y responsabilidad atinentes al servicio, esto es, son una integración de la retribución del empleado».

«No debe, pues—dice RASTELLO (pág. 54)—impresionar la circunstancia de que tal retribución viene pagada por aquellos que solicitan de los servicios del Registro y es recogida por el conservador sin pasar por el presupuesto del Estado. Tal sistema se configura como un medio de simplificación..., vinculando la retribución con mayor inmediatividad al trabajo material que en concreto efectúan los Registros para satisfacer las exigencias de los ciudadanos, pero siempre en el ámbito de la relación de empleo».

En España, en cambio, los honorarios no tienen la consideración de una tasa administrativa en la cual tenga el Registrador una parte o de la cual detraiga un tanto, percentual o fijo, en concepto de retribución, sino que son la compensación del entero servicio que, con el Registro, presta precisamente el Registrador, como si la llevanza de los libros fundiarios (más el Registro Mercantil, etc.) fuera objeto de una concesión administrativa sin pago de canon al Estado (sustituido por los impuestos que gravan los ingresos personales de los Registradores).

En Italia, estima la Sala de Apelación de Milán en 17 de julio de 1964 que actuando el conservador como órgano del Estado, los emolumentos percibidos por él deben considerarse debidos al servicio hipotecario y, por consiguiente, percibidos por la prestación de un servicio por parte del Estado; así, tienen carácter tributario, por lo cual es legítimo para su cobro el procedimiento administrativo correspondiente. Mientras en España la similitud con el particular que ejerce una concesión administrativa se prolonga en los modos de fijación y exacción de honorarios.

Como para los usuarios de una concesión, los honorarios vienen fijados por un arancel que aprueba el Ministerio (en este caso, el de Justicia), y las percepciones con arreglo a él quedan en beneficio del Registrador,

si bien con ellas habrá de atender primordialmente (como dice el artículo 485 del Reglamento Hipotecario para un caso particular) a satisfacer «el importe de los impuestos y recargos que los gravan, aportaciones a la Mutualidad, seguros sociales y cuantos gastos ocasione el servicio, tanto de personal como material, casa y demás conceptos».

La aplicación del arancel puede ser impugnada por el usuario del Registro ante la Administración en caso de discrepancia con el criterio del Registrador: la Dirección General actúa en este caso en su veste plenamente administrativa, y por eso su acuerdo agota la vía administrativa y es susceptible de reclamación en la contenciosa, como han aclarado las sentencias de la Sala IV de 2 de abril de 1976, 23 de enero de 1973 y 17 de junio de 1970.

En cambio, la exacción del crédito del Registrador por sus honorarios no corresponde a la Administración ni a sus medios y potestades exorbitantes y, al contrario, es objeto de un procedimiento paralelo a la jura de cuentas o a la exacción de tasas judiciales (arts. 615 a 617 del Reglamento Hipotecario) ante los Tribunales civiles y por los trámites de los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.2.3.2. La fianza

También representa una similitud con la concesión administrativa la fianza que deposita el Registrador (hoy colectivamente el Colegio) para hacer frente a sus responsabilidades, y que es un presupuesto de la asunción por aquél de sus funciones.

El aspecto concesional podría ser menos patente si, como entiende la doctrina italiana, la fianza no tuviera la finalidad de asegurar el cumplimiento, por el conservador, de sus deberes frente al Estado, y sí sólo el resarcimiento de los daños causados a los particulares. Mas el artículo 283 de la Ley Hipotecaria sujeta aquella garantía (dejo aquí a un lado cualquier discusión sobre su naturaleza jurídica) «a las responsabilidades en que aquéllos (los Registradores) incurran por razón de su cargo»; de «responder del buen desempeño del cargo de Registrador» habla el artículo 524 del Reglamento Hipotecario, y de títulos-valores «admisibles para garantizar obligaciones a favor del Estado», el artículo 523.

4.2.3.3. Local y mobiliario

Si bien los libros del Registro son propiedad del Estado, y así lo admitían ya GALINDO y ESCOSURA (IV, pág. 284), en cambio, todos los otros medios materiales son propiedad, teóricamente, del Registrador, quien, conforme al artículo 294 de la Ley Hipotecaria, «costeará los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros».

Es curiosa la descripción que hacen los citados GALINDO y ESCOSURA de los problemas que acarreaba la sustitución de un Registrador por otro en cuanto a mobiliario y locales, problema hoy resuelto, a lo que creo, por la Mutualidad. Pero, en todo caso, el principio es siempre el mismo: el Registro es una oficina pública, pero ni sus muebles son propiedad del Estado ni es éste el titular de la propiedad o del arriendo del local. Como en el caso de la concesión administrativa, la oficina del Registro es del Registrador (sustituido hoy por la corporación de Registradores, a través de la Mutualidad).

4.2.3.4. El personal

El personal del Registro, destinado a realizar las tareas materiales de llevanza de los libros y expedición de certificaciones, participa, en alguna medida, del carácter mixto de la figura del Registrador y, a la vez, la especial naturaleza de este personal y la relación que le vincula con el titular del Registro no puede dejar de ser un importante elemento de juicio a la hora de precisar la ubicación jurídica de dicho titular.

Es fundamental, a este propósito, el artículo 559 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor «el Registrador tendrá para el despacho de la oficina los Oficiales y Auxiliares que necesite y determine la plantilla de cada Registro, los cuales desempeñarán los trabajos que les encomiende, pero bajo la única y exclusiva responsabilidad de aquél. Corresponde exclusivamente al Ministerio de Justicia la competencia para regular, inspeccionar y dirimir las relaciones y cuestiones entre los Registradores y sus respectivos Auxiliares y, en consecuencia, las únicas normas reguladoras en las relaciones aludidas son las contenidas en el Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros. Por dicho Reglamento se regulan asimismo las diferentes situaciones y clases del Personal Auxiliar, su ingreso y nombramiento, derechos y obligaciones del mismo, su retribución y las sanciones y correcciones que puedan imponerse».

El Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros, se incluye como anexo número 1 de la Orden de 15 de octubre de 1959 (Ministerio de Justicia), aprobatoria del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, precisándose en el artículo 1.º de aquel anexo que «la prestación de servicios retribuidos que en los Registros de la Propiedad y Mercantiles realice el Personal Auxiliar de dichas oficinas es de naturaleza jurídico-administrativa, y su regulación corresponde al Ministerio de Justicia, conforme al artículo 599 del Reglamento Hipotecario y a este Reglamento».

Ya en sentencia de 15 de junio de 1945, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había declarado, para fundar la incompetencia de la

jurisdicción laboral en cuanto a una cuestión entre Registrador y empleado, que «el Registrador de la propiedad sirve función pública, y en tal concepto no se le puede considerar propietario o contratista del servicio; quienes con él cooperan sirven a la función, y por ello la índole de ésta decide el régimen. De otra suerte, la incompatibilidad surgiría con frecuencia. Si al Registrador no conviene el calificativo de patrono, conforme a la definición que de tal concepto da el párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley de 21 de noviembre de 1931, y si como funcionario público, según el artículo 8.º, está sometido a preceptos especiales distintos de los que regulan la relación de trabajo, no puede convenir a los Auxiliares del Registro el de obreros del Registrador, por ser conceptos correlativos el de ambas personalidades del contrato de trabajo sometido a la legislación especial de este tipo», señalando que «la materia, por la índole de la asignada al caso del pleito, no es propia del contrato de trabajo, faltando, como falta, persona que en concepto de propietario del negocio lo explota con libertad de dirección, con fin de lucro, nacido del éxito directo o de cooperación económica».

Finalmente, según la disposición adicional quinta de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, «el Ministerio de Trabajo aprobará las reglamentaciones u ordenanzas laborales de los empleados de profesionales que ejerzan funciones públicas, previa consulta de los Ministerios de que dichos funcionarios públicos dependan».

Dicha disposición, ¿es aplicable al Registro de la Propiedad? No es de mi incumbencia resolver ese problema, seguramente arduo; en cualquier caso, la solución negativa del mismo sólo demostraría que la figura del Registrador no se identifica con la del «profesional que ejerce funciones públicas», en el sentido del aludido precepto de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, sin eliminar por eso las semejanzas que pueda tener con dicha figura y sin reconducir por ello la del Registrador al orden administrativo.

Situémonos en la hipótesis de que los empleados del Registro no se hallen sometidos a la Ley de Relaciones Laborales y que la reglamentación correspondiente no sea de carácter laboral.

Tal es el significado posible de la Orden de 15 de octubre de 1958 cuando califica como de «naturaleza jurídico-administrativa» a la prestación de servicios que realiza el Personal Auxiliar de los Registros: pretendiendo explicar que tal prestación no es laboral y que su reglamentación incumbe al Ministerio de Justicia, pero no conferir la condición de funcionarios a unos empleados cuyo Reglamento orgánico no da pie, en ningún caso, para considerarlos como tales. La función a cuyo desempeño coadyuvan es pública y por eso el propio Reglamento de 1958 habla, en su artículo 2.º (redactado según Orden de 8 de junio de 1971), de «las

necesidades del servicio público»; pero el coadyuvante no es funcionario. Por eso pertenece no a un cuerpo, sino a una corporación en la cual ingresa mediante unas pruebas de aptitud desarrolladas ante un tribunal corporativo (art. 6.º del Reglamento orgánico, versión Orden de 8 de julio de 1971); es la Junta del Colegio Nacional de Registradores la que regula su nombramiento o excedencia (arts. 11 y 7.º de la Orden), y en tal Colegio se llevan los expedientes individuales de dicho personal (artículo 10); siendo también opuesto a la condición funcional el modo de retribución habitual, mediante una participación «fijada por el Registrador y aprobada por la Junta de Gobierno» «en los ingresos líquidos de cada Registro» (art. 20).

El Registrador no tiene a sus órdenes, así, otros funcionarios implicados en una organización piramidal, sino empleados que tienen en él una suerte de «patrono» *pro tempore*, bajo cuya responsabilidad trabajan, y único a quien deben obediencia, sin que puedan recibir órdenes o instrucciones del Ministerio de Justicia o la Dirección General en lo relativo al desempeño de su empleo. La intervención de tales organismos es más externa: en el aspecto de la disciplina o en el de los derechos pasivos.

El aspecto privado de la profesión de Registrador se manifiesta, en particular, en el nombramiento de sustituto, que si bien se realiza formulariamente por el presidente de la Audiencia, recae sobre la persona propuesta por el Registrador y no otra alguna (art. 292 de la Ley Hipotecaria); sustituto de la confianza de quien lo propone, que «desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del Registrador y será removido siempre que éste lo solicite», aunque continuará como oficial del Registro si ya lo era.

Prescindo ahora del ámbito de competencia del sustituto, bastante reducido conforme a la más reciente legislación, pero con facultades de fe pública en la firma del libro diario, y hasta julio de 1977 con la facultad de suscribir cualesquiera asientos mientras desempeña sus funciones: atribuciones pretéritas que, sin embargo, nos sirven como dato a tener en cuenta para caracterizar al sustituto tal como lo pensaron los legisladores hasta 1977. Lo importante es, en todo caso, que ejerce sus facultades bajo la responsabilidad del Registrador y mediante una retribución que éste le satisface y que ha convenido privadamente con él (artículo 557 del Reglamento Hipotecario).

La atribución al Registrador de la responsabilidad por los actos del sustituto lleva en la doctrina italiana a D'ORAZI (pág. 164) a hablar de una «potestad vicaria» de éste e incluso de *representación* voluntaria del Registrador. Según dice, «el gerente (para el Derecho español, el sustituto) no deriva sus propios poderes de una relación directa, sino de una mediata con quien esté directamente investido de tales poderes, de donde

es necesariamente en nombre de este último como el sustituto debe actuar. El gerente representa, pues, al conservador, por quien viene nombrado y retribuido».

4.2.3.5. El Colegio

A su vez, el hecho de que los Registradores constituyan obligatoriamente un Colegio nacional, modo de organización que en la idea del legislador corresponde sólo a los profesionales, representa un indicio más de lo relativo de su condición funcional, pues los funcionarios no se agrupan en colegios profesionales e incluso el problema de la sindicación de los funcionarios es uno de los que plantea la Constitución en sentido liberal tras una etapa adversa a tal idea.

El Colegio, en cuyo Reglamento la reforma de 8 de julio de 1971 ha introducido aneja una Sección de Personal Auxiliar de los Registros, constituye, según el artículo 560 de la Ley Hipotecaria, «una corporación de carácter público y oficial, con plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines». El artículo 560 del Reglamento Hipotecario dice que «queda subordinado jerárquicamente al Ministerio de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado y sometido a su alta inspección», mientras, a su vez, diversos preceptos reglamentarios le confieren determinadas facultades disciplinarias y de inspección. Mas la dependencia jerárquica lo es a efectos concretos y limitados, y no interfiere la libertad de movimientos del Colegio en aquella parte discrecional de su esfera de competencia.

4.2.4. *En particular, la responsabilidad del Registrador*

4.2.4.1. Legislación administrativa y legislación hipotecaria

a) Según el artículo 106 de la Constitución, «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

El precepto está calcado sobre la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que concede derecho a los particulares a ser indemnizados «por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos..., siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa» (art. 40-1). La expresión «servicios públicos» en el texto carece de rigor técnico: se refiere

a cualesquiera daños causados por organismos o agentes de la Administración en el desarrollo de sus funciones.

La responsabilidad podrá hacerse efectiva «en vía contenciosa, con arreglo a la ley de dicha jurisdicción, o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente» (art. 40-2), es decir, ante el Ministro respectivo.

A su vez, «los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos» (art. 43), con la particularidad de que la responsabilidad de los funcionarios cuya categoría no llega a la de Jefe Superior de Administración (clasificación, por lo demás, suprimida por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), se exigirá «ante la Audiencia Territorial respectiva», sin explicar el precepto si en pleno o ante la Sala de lo Civil.

Distingue el artículo 41 el caso de que la Administración «actúe en relaciones de Derecho privado», esto es, en cuanto particular y no en cuanto tal Administración pública, en cuyo caso «responderá directamente de los daños y perjuicios causados por autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

b) Frente a esta regulación, cuyos principios no fueron aceptados hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, mientras con anterioridad el sistema venía a ser de irresponsabilidad de la Administración por el hecho de sus funcionarios como regla general, previene la Ley Hipotecaria un régimen específico de responsabilidad personal del Registrador ante los particulares por daños y perjuicios que se ocasionen:

a') Por los errores, inexactitudes y omisiones que se relacionan en el artículo 296, salvo que no sean imputables al Registrador por tener su origen en algún defecto no notorio del título inscrito (art. 297).

b') En cualquier caso, por la pérdida de un derecho real o de la acción para reclamarlo, causada por error, malicia o negligencia del Registrador, y hasta la concurrencia del valor del derecho perdido (art. 300).

Al menos, tal es el tenor literal de la Ley Hipotecaria, si bien FUNAIOLI (página 412) plantea en el Derecho italiano el interrogante de si el Registrador responde, además, por todos sus actos u omisiones dañosos, incluso los no expresados en el artículo 296 de nuestra ley, lo que no parece dudoso en el Derecho español, al menos por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil.

Acentúa la nota de responsabilidad personal el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando dice que los Registradores calificarán *bajo su respon-*

sabilidad, haciendo notar CHICO Y ORTIZ (pág. 63) que la prohibición al Registrador de acudir en consulta a la Dirección General sobre los problemas jurídicos que plantea la calificación, confirma esta orientación al impedir a aquél desplazar su responsabilidad a otro organismo.

El pronunciamiento sobre la responsabilidad del Registrador corresponde a la jurisdicción ordinaria en el juicio declarativo que por su cuantía corresponda, siendo improcedente—dice la resolución de 19 de diciembre de 1946—tratar de obtener resolución alguna sobre este extremo en un recurso gubernativo.

c) Una comparación entre los dos regímenes de responsabilidad personal, la del funcionario administrativo y la del Registrador, acusa notables diferencias: de una parte, por la exigencia del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de que la culpa del funcionario sea *grave* contra la regla *in lege aquilia et levissima culpa venit*, y, de otra, por el distinto Tribunal ante el cual puede el perjudicado hacer valer su pretensión; ulteriormente, por la fórmula más general del artículo 43 citado, frente a la expresión taxativa de causas del artículo 296 de la Ley Hipotecaria.

¿Por qué, no obstante especificar el artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico que «la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las carreras judicial y fiscal será exigida conforme a lo establecido en las disposiciones especiales por que se rigen», nada dice acerca de los Registradores, que también constituyen una carrera sometida a leyes especiales?

Las respuestas posibles son varias. Por ejemplo: porque la Ley de Régimen Jurídico deroga en esta parte a la Ley Hipotecaria. O, en el extremo opuesto: porque los Registradores no son funcionarios a los efectos de la Ley Administrativa y pese a la expresión del artículo 274. O bien todavía: porque a los Registradores se les puede aplicar simultáneamente la regulación de la Ley de Régimen Jurídico y la de la Ley Hipotecaria.

Parece que podemos descartar sin más la última hipótesis, por cuanto contradice la tercera de las disposiciones finales de la Ley de Régimen Jurídico, derogatoria de «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley». Los regímenes de ésta y de la Ley Hipotecaria no me parecen compatibles entre sí, y la disposición derogatoria sólo podría dejar en pie sistemas de responsabilidad que fueran complementarios de lo dispuesto en la Ley Administrativa; nunca uno, como el de la Ley Hipotecaria, opuesto en diversos extremos y ajeno en los restantes a la disciplina de la legislación de régimen jurídico.

En cuanto a la solución primera es inverosímil y, desde luego, al menos, se opone a la praxis y la opinión generales, que no consideran derogada a la Ley Hipotecaria en este extremo. No obstante, es la solución que se ajusta a los términos literales de la ley: el Registrador es

funcionario civil, y para eludir el sentido literal del precepto habremos de pensar—como ya hemos hecho en relación a la Ley de Procedimiento Administrativo—que también la Ley de Régimen Jurídico se refiere a la Administración en sentido estricto, y que el artículo 43 en relación con los Registradores establece, en todo caso, un mínimo de responsabilidad, que queda ampliamente superado por las disposiciones específicas de la Ley Hipotecaria.

4.2.4.2. Naturaleza de la responsabilidad del Registrador

Persiste, pues, la responsabilidad impuesta al Registrador por la Ley Hipotecaria: responsabilidad que le puede ser exigida por el perjudicado ante los Tribunales civiles ordinarios en pleito civil, litigando el Registrador por su propia cuenta y no como órgano o representante de la Administración, ni menos asistido por el patrocinio de la Abogacía del Estado.

No es trascendente para lo que aquí interesa el tema de la casuística y límites de la responsabilidad del Registrador, pero sí el de la naturaleza de esta responsabilidad.

En la doctrina italiana es bastante común la opinión que habla de una responsabilidad contractual, al menos en el supuesto de la negativa del Registrador a inscribir. DE LISE (pág. 614) hace notar que en este caso «la obligación cuya violación da lugar a responsabilidad del conservador no es una obligación *erga omnes* del tipo del *neminem laedere*, sino una obligación impuesta a persona determinada (el conservador), en relación a otra persona determinada (la parte), teniendo un contenido determinado (comportamiento inmune de errores y omisiones)».

«Se tiene, en sustancia, un vínculo obligatorio entre sujetos determinados, derivado del hecho de la petición de inscripción; incluso si tal hecho no es un contrato, con todo, la violación del vínculo, constituyendo incumplimiento de obligación en relación con persona determinada, es tal que genera responsabilidad contractual, entendida en su acepción amplia, que es la única exacta.»

Por su parte, BONIS, según hemos visto, contempla en la relación entre el titular que pretende hacer constar su derecho en los libros y el Registrador, una relación jurídica directa, a la cual es extraño el Estado.

En cambio, la doctrina dominante (en Italia) entiende que la responsabilidad del conservador es extracontractual, porque falta un vínculo precedente que medie entre el particular y el conservador; porque las obligaciones que la ley impone al conservador vienen establecidas en interés general, y no ya en favor de este o de aquel sujeto, y, por tanto, pueden considerarse como una determinación, derivada de los deberes del cargo u oficio, del precepto *neminem laedere*, y porque todo esto encuen-

tra confirmación en el hecho de que la acción de resarcimiento corresponde no sólo a quien pide la inscripción, sino a cualquier tercero que haya recibido un daño a causa del error del conservador. En suma, la actividad del conservador—se dice—es desempeño de un oficio público y no cumplimiento de una obligación, y, por tanto, sus errores y omisiones constituyen violación de la ley a la cual debe conformarse, y no de un contrato con el particular.

La tesis de la condición extracontractual de la responsabilidad del Registrador encuentra entre nosotros un fuerte apoyo en el artículo 311 de la Ley Hipotecaria, según el cual «la acción para pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados por los actos de los Registradores prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos, y no durará en ningún caso más tiempo que el señalado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida». No obstante, ni la similitud con el artículo 1.968-2.º del Código Civil es completa, ni el argumento de la semejanza de plazos de prescripción definitivo. Pues la naturaleza de la relación entre el Registrador y el que pretende la inscripción u otra prestación del Registro ha de deducirse de datos más esenciales. Baste ahora, al propósito de este trabajo, tener en cuenta que:

a') La obligación del Registrador de desarrollar su actividad a instancia del interesado, y de hacerlo con la debida diligencia, es de Derecho público, en cuanto ejercicio de una función pública. Por tanto, en ningún caso se presenta primordialmente como una obligación contractualmente asumida.

b') Pero la actividad del Registrador no se desarrolla en relaciones *generales* con una masa anónima de circunstancias, sino en el marco de un *procedimiento* incoado por una persona concreta y determinada, con la cual no se halla vinculado el Registrador mediante un contrato, pero frente a la cual tiene obligaciones específicas. O sea: estas obligaciones del Registrador frente al solicitante de la inscripción o de la certificación no han sido asumidas mediante contrato, pero tampoco son obra exclusiva de la ley, sino, adicionalmente, del acto de quien acude al Registro solicitando la práctica del asiento, o la certificación, etc. Nos hallamos, pues, igualmente fuera del campo de la llamada responsabilidad extracontractual, en una situación de prestación de actividades del funcionario que presenta semejanza con la de otros funcionarios de la Judicatura, de la Administración (en particular, las actividades registrales administrativas) y, sobre todo, del Notariado, que presta sus servicios a costa de medios y organización propios.

Desde luego, también es posible causar daño a quien no mantiene con el Registro la relación nacida del procedimiento de inscripción, como

sería a un titular registral anterior ajeno a dicho procedimiento, e incluso a quien no es titular registral y pierde su derecho por dolo o culpa del Registrador, supuesto más próximo al de la culpa extracontractual.

4.2.4.3. ¿Responsabilidad subsidiaria de la Administración?

Volvamos ahora al tema de la responsabilidad de la Administración para preguntarnos: ¿responde ésta, principal o subsidiariamente, por los hechos dañosos del Registrador?

En la doctrina italiana es corriente la opinión negativa, que también sigue allí la jurisprudencia. Así, FERRI (para quien «el conservador es hoy un funcionario público investido de funciones que pueden hacerse entrar en el concepto de Administración pública del Derecho privado») entiende que si bien el principio que debería regir en tema de responsabilidad del conservador es el de gravar con ella a la Administración, la cual podría repetir contra el funcionario, sin embargo, en relación al Registro, «este principio no rige. Frente al particular perjudicado responde personalmente el conservador y no la Administración pública, de la cual, sin embargo, es órgano. La Administración no responde en vía ni directa ni subsidiaria. Creemos que la razón de esta excepción reside en el hecho de que en su origen el conservador no era un funcionario, sino un particular asumiendo un servicio público. Y sabemos que de la culpa de éstos no responde el Estado, porque no se aplican al mismo los principios de la responsabilidad indirecta». Otros autores alegan, como razón de tal responsabilidad, la conveniencia de «evitar al erario los enormes riesgos a los que se expondría si debiera responder la Administración de los gravísimos errores (generalmente, en ausencia de dolo o culpa) en los cuales es posible incurrir en el desarrollo de todas las operaciones hipotecarias» (SERRANO).

No obstante, hay quienes, como NATOLI (pág. 234) y DE LISE (página 618), piensan que el artículo 28 de la Constitución italiana, que establece la responsabilidad del Estado por hecho de sus funcionarios, es aplicable también a los conservadores del Registro y, por tanto, al menos subsidiariamente, por los hechos dañosos de éstos responde el Estado.

¿Qué decir del Derecho español?

En mi opinión, lo mismo la norma del artículo 40 Ley reg. jurídico que el artículo 106-2.º de la Constitución, se refieren a «servicios públicos» en un sentido muy amplio, de modo que son indemnizables por la Administración con arreglo a estos preceptos, por ejemplo, los daños causados por unidades militares en ejercicios de tiro, pese a su alejamiento de cualquier concepto técnico de la citada expresión. La regla contenida en los indicados preceptos es una regla de principio de defensa del ciudadano,

que se prolonga en la norma constitucional (art. 121) que ordena resarcir, a cargo del Estado, los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, parece que al ser la Hipotecaria una Ley especial, la aplicación de los artículos 40 y siguientes de la de régimen jurídico es subsidiaria, y sólo a fin de—obedeciendo al principio constitucional—impedir que el perjudicado quede sin recibir en caso alguno el resarcimiento de los daños sufridos por él.

Otra razón que persuade de la aplicabilidad del artículo 40 es la mayor extensión en él del derecho al resarcimiento, que no presupone culpa de quien causa el daño y sólo tiene como límite la *fuera mayor*. Concepto que en este precepto debe mantenerse separado del caso fortuito, en la misma forma en que lo mantienen distinto los artículos 1.784 y 1.905 del Código civil.

La responsabilidad de la Administración, aun subsidiaria, viene justificada por la condición de pública (función pública) de la función desempeñada por los Registradores. Y es un elemento diferencial entre la posición de éstos y la del concesionario de un servicio público. El hecho de que tal responsabilidad sea aquí subsidiaria, en cambio, aleja la figura del Registrador de la del funcionario administrativo, por quien la Administración responde principalmente.

4.2.4.4. Responsabilidad por culpa de los empleados del Registro

Asimismo representa una connotación decididamente opuesta a la pretendida condición de funcionarios administrativos de los Registradores la responsabilidad que personalmente les incumbe por hechos culposos y dañosos de los empleados del Registro.

Ya hemos visto cómo los Oficiales y Auxiliares del Registro desempeñan los trabajos que el Registrador les encomienda, «bajo la única y exclusiva responsabilidad de aquél», dice el artículo 559 del Reglamento. A su vez, según el artículo 299 de la Ley Hipotecaria, «el Registrador será responsable, con su fianza y con sus bienes, de las indemnizaciones y multas a que pueda dar lugar la actuación de su sustituto», quien «desempeñará el Registro bajo la exclusiva responsabilidad del titular» (art. 554 del Reglamento).

La idea se aproxima a la responsabilidad del concesionario de un servicio público y asimismo a la de los empresarios, según el artículo 1.903, por el hecho de sus dependientes. Ningún funcionario administrativo responde por el hecho de aquellos otros funcionarios que tiene a sus órdenes (ni aun por *culpa in vigilando*, al menos cuando no tenga una obligación especial de hacerlo), cuya infracción cause daños, en cuyo caso éstos

los causa el funcionario «en el ejercicio de su cargo», como exige el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico para que se pueda plantear la reclamación frente al causante directo del daño. La responsabilidad que la Ley Hipotecaria impone al Registrador es claramente la de un patrono privado por hecho de sus empleados y dependientes, con la agravante de no poderse fundar hoy en la culpa *in eligendo*, pues él no ha designado a los empleados del Registro, y ni aun, como hemos visto, son éstos actualmente empleados suyos. Una responsabilidad, pues, más severa que la de un patrono, con lo cual la situación se aleja todavía más de la de irresponsabilidad del funcionario.

Sin duda, es aplicable al caso el artículo 1.904 del Código Civil: el Registrador que indemniza a la víctima del daño causado por sus empleados tiene, frente al empleado culpable, una acción de regreso puramente civilística, sin que en el caso sea viable la aplicación del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico (aparte de que en tal precepto se presupone que la culpa del funcionario que ha dado lugar a la indemnización es *grave*), porque aun cuando los empleados del Registro puedan recibir la calificación de *agentes*, claramente se ve que el Registrador no es «la Administración» que reclama el reembolso de la indemnización prestada *por el Estado*, ni el agente podría, en tal caso, interponer recurso contencioso-administrativo.

4.2.5. Aspectos parajudiciales de la figura del Registrador

Como la del Juez, la función registral es decisiva para la configuración de los derechos subjetivos civiles.

En efecto, el Registro contribuye a dar el ser a la propiedad y demás derechos sobre las cosas, al admitir la inscripción de los correspondientes documentos. Sin duda, la inscripción no es en España constitutiva sino en pocos casos, pero de hecho, la propiedad, para tener su pleno valor, necesita figurar en los libros, siendo notable la desvalorización que puede sufrir un dominio no inscrito. Es el Registrador aquí árbitro de gravísimos intereses económicos, y su decisión de inscribir o no es fundamental para la consistencia del derecho real, o también del crédito cuando se quiere hacer valer y cobrar preferencia mediante una anotación preventiva de embargo, o si la reclamación de propiedad se pretende anotar en el folio de la finca reivindicada, etc. Mientras en los supuestos de protección al tercero, la admisión del acto o contrato al Registro ha servido para convertir en dueño, acreedor hipotecario, etc., en homenaje a la buena fe, a quien hasta entonces no era titular.

Asimismo, la actuación del Registrador consiste en una aplicación del Derecho—esencialmente, del Derecho privado—semejante a la del Juez,

necesitada de igual o mayor especialización, en igual posición de independencia jerárquica y alienidad al asunto y hasta con la misma obligación de juzgar (aquí, a los efectos registrales). La ley (art. 18) dice que el Registrador *calificará*: imperativamente. Y si el no inscribir es causa de responsabilidad, según el artículo 296-1.º de la propia ley, causa inicial de no inscribir es no calificar: la inercia del Registrador, que es asimismo una causa de responsabilidad suya incluida en este número del precepto.

En la función calificadora, como he dicho, se halla el Registrador exento de cualquier vínculo jerárquico, y la Dirección General o el Ministro no podrían darle órdenes o instrucciones. BONIS (*Digesto*, pág. 32) dice que está vinculado a estos organismos por una relación de disciplina, pero no por una relación orgánica.

Tal independencia absoluta en el examen hipotecario de los derechos es indispensable porque el Registrador ha de situarse también en una postura imparcial cuando tiene que juzgar sobre derechos del Estado, y aun frente al Estado: como si se tratase de un particular, y con la misma eficacia, frente al Estado aplica la ley.

Una particularidad más del Registrador en la línea de aproximación al poder judicial, y ciertamente muy notable, es, no ya simplemente la independencia jerárquica en que produce su decisión, sino la soledad y el aislamiento que legalmente rodean ésta, sin que ni el Juez ni el Registrador puedan descargar su responsabilidad en una instancia superior que les sugiera la solución del caso.

En efecto, conforme al artículo 273 de la Ley Hipotecaria, si bien «los Registradores podrán consultar directamente con la Dirección General cualquier duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecución de esta ley o de su reglamento, en cuanto verse sobre la organización y funcionamiento del Registro»; en cambio, y esto es lo fundamental, «en ningún caso podrán ser objeto de consulta las materias o cuestiones sujetas a su calificación». Es decir, que las consultas pueden versar sobre lo que constituye materia organizativa, formal, procedimental, pero no sobre el fondo del asunto, que tampoco un Juez podría consultar, ni con el Tribunal de grado superior, ni con un organismo asesor del Ministerio, ni con la Dirección General de Justicia. Muestra, pues, el artículo 273 de la ley, el particular matiz de la implicación administrativa de los Registradores en la Dirección General, de la cual, por una parte, dependen disciplinariamente y de la que pueden recibir instrucciones y órdenes en materia de mero procedimiento, y que, por otra, actúa de tribunal de apelación de sus resoluciones y puede cambiarlas. Pero nunca puede dar criterios acerca del modo de resolver el fondo del asunto mientras lo tiene el Registrador bajo su área de competencia, ni dar instrucciones generales a los Registradores sobre tales criterios.

La doctrina procesalista y la administrativista están de acuerdo en que el hecho de ser funcionarios los Jueces no significa que formen parte de la organización administrativa del Estado: hace relación a su situación personal, pero no a la actividad propia de su función, la cual se desarrolla, *toda ella*, por otros cauces y conforme a otras reglas que las de los funcionarios del poder ejecutivo. Acaso esta proximidad de los Registradores justifica también que, aun teniendo la condición de funcionarios públicos «a todos los efectos»—cosa que no puede negarse tampoco a los Jueces—, asimismo, como ellos, se hallen fuera del orden administrativo.

4.2.6. *Aproximación al Notariado*

En la doctrina es frecuente la aproximación entre la figura del Registrador y la del Notario. En efecto, el cargo y la función de ambos muestran, junto a la trascendental diferencia que supone el ejercicio (relativamente) libre del Notario con propia clientela y dando fe de muy diversos extremos, las semejanzas de la contratación y autonomía del Personal Auxiliar, la percepción de honorarios y la propia titularidad de locales y utensilios, así como, en otro aspecto, la independencia jerárquica.

«La función pública notarial—escribe RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (página 207)—no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluida del Derecho administrativo... Hay un hecho incuestionable: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo». Y para FONT BOIX, «el Notario ejerce una actividad pública reglamentada por normas de Derecho público, y por eso es un funcionario público. Pero, por otra parte, esta actividad pública se ejercita en el ámbito de la justicia conmutativa, que se refiere a las relaciones de los particulares entre sí. Por eso no es un funcionario administrativo».

Como se ve, estos caracteres del Notario, diferenciales con la connotación de funcionario administrativo, pueden predicarse también del Registrador.

4.2.7. *Recapitulación*

De lo dicho hasta ahora podemos deducir, para fijar la naturaleza de la figura del Registrador, dos puntos de partida. Uno, que el Registrador es un funcionario público. Otro, que las características de su actividad lo separan profundamente de cualquier tipo de funcionario administrativo.

Surge así una figura mixta, en la cual a la «forma» funcional co-responde una «sustancia» profesional: de profesional jurista encargado de funciones públicas, y precisamente de funciones (principalmente) de

valoración jurídica más propias de un árbitro imparcial y ajeno al asunto que de un burócrata al servicio de la Administración.

La cuestión que se nos plantea en el momento de ubicar esta figura es doble: la de cuál sea su situación con arreglo a la ley vigente y la de cuál deba ser en una consideración de política legislativa. En este lugar me defino sólo sobre la primera.

Yo entiendo, a la vista del análisis que antecede, que calificar como funcionario administrativo al Registrador, así como calificar de administrativa a su actividad y de órgano de la Administración al Registro, no corresponde al pensamiento del legislador, el cual, al regular la figura en un plano de independencia jerárquica en la decisión y de conservación de sus características de profesional con ejercicio de funciones públicas, viene a mostrar su preferencia por el concepto *tradicional* del Registrador frente a su concepción administrativista. Sólo así se explica que la legislación hipotecaria siga conservando la posición del Registrador como «dueño» de la oficina, «patrono» (*pro tempore*) de «sus» empleados, percibiendo unos «honorarios» de los particulares y entidades que acuden al Registro a hacer constar sus derechos.

Si observamos todas las indicadas connotaciones del Registrador, considerarlo como un funcionario administrativo *sui generis* carece de rigor y no permite discernir la legislación aplicable en cada aspecto. Por eso me parece muy preferible contentarnos con la calificación de «funcionario público» que le da la Ley Hipotecaria: calificación encaminada a responsabilizar al Registrador y a someterle a una disciplina, pero no a incluirle en unos cuadros administrativos en el desempeño de su misión.

4.3. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

4.3.1. *Mi opinión*

En la doctrina italiana hay quien opina que la conformación de la figura del Registrador «se presenta más bajo el aspecto de la oportunidad que no el estrictamente jurídico: el legislador podría considerar preferible tener en el conservador un funcionario regulado, en consecuencia, por el Derecho administrativo, o bien podría considerar más conforme a la realidad hacer del conservador un profesional vinculado».

No obstante, pienso que, si se parte de la existencia, en nuestra reciente Constitución (y como consecuencia de una realidad legislativa antecedente) de una zona de poder «en garantía de los derechos», zona que no puede implicarse propiamente ni en la Administración ni en la Jurisdicción en sentido estricto, el problema cobra un nuevo aspecto: la figura del Registrador se resiste a su inserción en el orden administrativo o en la esfera

de la Administración, no simplemente a causa de unas connotaciones tales como su retribución o su posición frente al personal o la organización material del Registro, y tampoco simplemente debido a su independencia jerárquica: ésta es consecuencia de un fenómeno más de fondo, es decir, la conveniente exclusión de los Registradores, por la índole de su actividad —la función registral—, del ámbito de la Administración.

Esta conformación de la figura del Registrador no es, ciertamente, la única posible en la práctica o en el terreno de los principios, pero en todo caso, dentro de la tradición occidental y la economía social de mercado en que se apoya la Constitución, existe, como una constante, la separación neta entre el Registrador y el funcionario administrativo, opuestamente a cuanto sucede en los regímenes políticos marxistas. Sirvan de ejemplos las dos Alemanias: la Occidental, que conserva el Registro entregado a funcionarios imparciales del orden judicial, mientras en la Oriental una de las primeras medidas de los nuevos amos fue desvincular el Registro de la judicatura para atribuirlo a la Administración.

La exclusión del Registro del ámbito de la Administración fue algo muy conscientemente calculado y establecido por los legisladores que redactaron y aprobaron la Ley Hipotecaria, según se desprende de ella y hace constar su Exposición de motivos. Con la particularidad de que tal aprobación se hizo con el *consensus* (según se dice ahora) de todos los partidos que constitúan aquella legislatura del Congreso: es dato poco conocido que la Ley Hipotecaria, cuya rápida discusión parlamentaria fue una simple ceremonia simbólica, resultó aprobada en el Congreso por unanimidad el 11 de enero de 1861: antes lo había sido en el Senado (29 de noviembre 1870) con sólo once votos en contra, de personalidades aisladas y no de grupos políticos.

4.3.2. *Registro y cibernética. Insustituibilidad de la figura del Registrador*

Una última consideración. La tendencia a conferir la función registral a la burocracia administrativa culmina fatalmente en la automatización: en la sustitución de la actividad reflexiva y consciente, intuitiva y humana, del Registrador, por el imperio de la informática y la cibernética, lo cual, hoy por hoy, y en un tiempo previsiblemente largo, es un error muy grave en cualquier sistema inmobiliario desarrollado, de igual modo que no se ha inventado una computadora que pueda hacer sentencias judiciales con un mínimo de acierto aplicando el conjunto de las leyes civiles.

En esta tendencia suelen alinearse quienes creen que la sentencia y, por tanto, la calificación registral representan la mera formulación de un silogismo. Lo cual no sería así ni aun cuando el trabajo mental del Juez o

del Registrador fuera meramente lógico, no creador ni volitivo: aun entonces difícilmente podría ser sustituido por una máquina que, calculando sobre las premisas, extrajera la solución, pues el Derecho está hecho de matices que, por su formación, en seguida aprehende un exégeta, pero que no podría captar una máquina «jurista».

Mas es que, sobre todo, el juicio del jurista no es meramente lógico, sino creador. El Juez, atendiendo a la realidad social, y decidiendo sobre supuestos cada vez más alejados de la intención del legislador conforme la norma se aleja de la fecha de su promulgación, puede ver, trabajando sobre el caso, muchas cosas que el propio legislador no vio: puede, por consiguiente, extraer de la ley muchas cosas que el legislador no puso en ella, y esta labor de creación de algo que no fue establecido primitivamente en la ley, pero que «inventa» el Juez (en su caso, el Registrador) a partir de la ley, sobre la base de unos datos y de unos parámetros en continua transición, y mediante la aplicación no sólo de su inteligencia, sino de su *prudencia iuris*, es algo que excede y excederá de las posibilidades de una máquina: algo enteramente irreductible a esquemas prefabricados, por muy complejos que sean y por muy varias que sean las posibilidades de decisión del artefacto.

«La actividad lógica—dice SERRA (pág. 70)—puede determinar el significado de la norma, pero no puede llegar a suplir la norma ni elegir entre los diversos significados posibles de la norma el más adecuado para el caso concreto. Tampoco puede la simple actividad lógica determinar la cuantía de los alimentos o el grado exacto de aplicación de la pena cuando ésta se fije, como en el Código Penal español, mediante unos grados mínimos y máximos. Con mayor razón la actividad lógica choca con la imposibilidad de un *non liquet*, sancionada incluso penalmente (arts. 6.º Código Civil y 357 Código Penal); aun cuando la razón aconsejaría en un caso concreto, ante la duda, suspender el juicio, el Juez debe inexorablemente emitir su juicio.»

Tampoco podría la actividad lógica moderar una cláusula penal, o la indemnización por incumplimiento culposo, o apreciar la gravedad del incumplimiento a efectos del artículo 1.124 del Código Civil, o fijar el plazo de pago a una deuda que no lo tiene, o saber cuándo es «anormal» el ejercicio de un derecho, y menos excogitar en las leyes o extraer de la Historia o de las ideas éticas y las reglas de Derecho natural los principios generales de un ordenamiento.

«Aterra tan sólo pensar—prosigue el autor citado—que en Estados Unidos para los delitos de escasa importancia hayan podido construirse máquinas electrónicas, en las que, grabadas previamente las leyes e introducidos los elementos personales del delincuente y los fácticos del delito, surgiera automáticamente la absolución o la condena, de igual

forma que se resuelve un complicado problema matemático. La realidad es que la máquina puede sustituir, en su caso, a la memoria, pero nunca a la voluntad, y esta última es la preponderante en todo juicio jurisdiccional.»

La delicadeza del trabajo del jurista se combina asimismo con su inseguridad, hasta el punto de que dos sentencias contrarias pueden, en ocasiones, ser ambas justas: la máquina que sólo estuviera capacitada para pensar una de ellas ya no sería, por ese solo hecho, un «robot jurista» completo.

En realidad, insisto en que el número de variables a tener en cuenta en cualquier razonamiento jurídico es tal, que la simple codificación del problema planteado constituiría un trabajo ímprobo, habiendo además datos que se resisten a la cuantificación. Pero la dificultad se hace insuperable luego, cuando se han de apreciar en su exacto valor tantos conceptos, temas, juicios y directrices, y en torno a cada uno tantos argumentos encontrados, cuya apreciación no puede ser el resultado de operaciones matemáticas o mecánicas, sino de un razonamiento humano, y en el cual, además, las razones a tener en cuenta o a desechar van apareciendo sucesivamente a través del análisis del caso, de modo que no podrían codificarse antes de iniciarse éste.

MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS (pág. 21), en su informe sobre la mecanización del Registro, concluyen que los sistemas registrales de gran desenvolvimiento técnico-jurídico no parecen ser, en el estado actual del desarrollo científico, susceptibles de una mecanización de grado superior. Mas una posible «máquina calificadora» que sustituyera al Registrador no sería ya la mecanización: sería aquella piedra filosofal que, como amonesta un viejo dicho alemán, «la gente llama *piedra de los sabios*, pero que sólo los locos se ocupan de buscar».

CONCLUSIONES

Como consecuencia de lo expuesto concluyo que:

1. En la legislación vigente, la función registral es independiente, tanto de la Jurisdicción como de la Administración.
La Constitución confirma esa conveniente independencia.
2. El concepto de funcionario público administrativo no es aplicable a la figura del Registrador.

Tal es mi parecer, que someto gustoso a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, 15 de noviembre de 1978.

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO: *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Problemas de Derecho procesal», trad. esp., Buenos Aires, 1963.
- ARNHEIM: *Grundbuchordnung*, Berlín, 1913.
- DI BLASI: *Giurisdizione volontaria*, en «Novissimo Digesto italiano», tomo VII, páginas 1094 y ss.
- BONIS: *Lineamenti del sistema ipotecario italiano*, en las «Atti del Convegno di studi del personale delle tasse», etc. Roma, 1954, págs. 19 y ss.
- *Registri immobiliari*, en el «Novissimo Digesto italiano», tomo XV, Turín, 1968, páginas 32 y ss.
- BRANDT-SCHNITZLER: *Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis*, Berlín, 1954.
- CAMPUZANO Y HORMA: *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, 1941.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, Pamplona, 1971.
- CARNELUTTI: *Lezioni di Diritto processuale civile*, II, 1.º, Padua, 1926.
- CARRERAS: *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en FENECH-CARRERAS, «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1962, págs. 665 y ss.
- CORRADO: *La pubblicità nel Diritto privato*, Torino, 1947.
- CORSINI: *La giurisdizione*, Milán, 1937.
- COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956.
- COVIELLO, Leonardo: *Delle ipoteche nel Diritto civile italiano*, Roma, 1936.
- CHICO Y ORTIZ: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-78.
- CHIOVENDA: *Principios de Derecho procesal*, trad. esp., I, Madrid, 192 .
- FALASCHI: *Publicità e responsabilità*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1964, páginas 20 y ss.
- FAZZALARI: *Giurisdizione volontaria*, Padua, 1953.
- FERREIRA DE ALMEIDA: *Publicidade e teoria dos registros*, Coimbra, 1966.
- FERRI: *Trascrizione immobiliare*, en el «Commentario» de Scioloja-Branca, Bolonia, 1955.
- FONT BOIX: *La función notarial y la jurisdicción voluntaria*, en «Revista de Derecho notarial», núms. 29-30, año 1960, págs. 225 y ss.
- DE FRANCE: *Traité des droits d'hypothèque et des salaires*, París, 1929.
- FUNAIOLI: *Sulla esibizione dei registri e sulla responsabilità del conservatore di ipoteche*, en la «Rivista di Diritto commerciale», año 1941, II, págs. 408 y ss.
- GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, IV, Madrid, 1903.
- GALLARDO RUEDA: *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica*, en «Curso de Conferencias» (Ilustre Colegio Nacional de Registradores), Madrid, 1951, págs. 158 y ss.
- GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, III, dos vols., Madrid, 1970.
- GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958.
- GHIDINI, Mario: *Il registro delle imprese*, Milán, 1943.
- GIMENO GAMARRA, Rafael: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, en «ADC», 1953.
- GLASSON y TISSIER: *Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile*, I, París, 1925.
- GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925.
- GÓMEZ PAVÓN: *Comentarios a la calificación registral*, en «RCDI», año 1949, páginas 109 y ss.
- GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, I, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ, Jerónimo: *El principio de legalidad*, en «RCDI», 1927, págs. 597 y ss.
- GONZÁLEZ BERENGUER: *El patrimonio de las Corporaciones locales*, Madrid, 1961.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Naturaleza del procedimiento registral*, en «RCDI», año 1949, páginas 579 y ss.

- *La impugnación de los actos registrales*, en la «RCDI», año 1955, págs. 513 y ss.
- *El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad*, en «RCDI», año 1976, págs. 1030 y ss.
- GRASSHOF: *Betrachtungen über das Wesen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en «Festschrift Oberneck», Berlín, 1930, págs. 20 y ss.
- GUAITA MARTORELL: *Derecho administrativo especial*, IV, Zaragoza, 1968.
- GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956.
- GÜTHE-TRIEBEL: *Grundbuchordnung*, 2 vols., Berlín, 1929.
- HESSE-SAAGE-FISCHER: *Grundbuchordnung*, Berlín, 1955.
- KISCH: *Elementos de Derecho procesal civil*, trad. esp., Madrid, 1936.
- DELISE: *Della Trascrizione*, en el «Commentario» de De Martino, Roma, 1970.
- LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, Madrid, 1958.
- MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V, Madrid, 1905.
- MARIANI, Beniamino: *Ipoteca e trascrizione. Guida pratica*, Milán, 1955.
- DE MARINI: *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en la «Rivista di Diritto processuale», 1954, págs. 282 y ss.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS: *La mecanización del Registro*, en la «RCDI», 1973, pág. 9.
- MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Gundebuchrecht. Kommentar zur Grundbuchordnung*, Berlín, 1955-58.
- MENDOZA OLIVÁN: *El deslinde de los bienes de la Administración*, Madrid, 1968.
- MICHELI: *Per una revisione della nozione della giurisdizione volontaria*, en «Rivista di Diritto processuale», año 1947, pág. 21, y *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria*, ídem, págs. 101 y ss.
- MONTEL: *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità dei Conservatori dei Registri Immobiliari*, en la «Rivista de Diritto Ipotecario», año 1960, páginas 31 y ss.
- MORELL y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, Madrid, 1934.
- NATOLI-FERRUCCI: *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, en el «Comentario del Codice civile a cura di magistrati e docenti», Turín, 1962.
- NEUNER: *Privatrecht und Prozessrecht*, Mannheim, 1925.
- NÚÑEZ LAGOS: *El Derecho notarial*, en «Revista de Derecho notarial», núms. 5-6, año 1954, págs. 213 y ss.
- OBBERNECK: *Reichsgrundbuchrecht*, Berlín, 1909.
- OGAYAR: *Impugnación de la calificación registral*, en «RCDI», año 1974, páginas 11 y ss.
- D'ORAZI-FLAVONI: *Voz Conservatore dei Pubblici Registri*, en la «Enciclopedia del Diritto», IX, Milán, 1959, págs. 153 y ss., y comentario por la Redacción de la «Rivista di Diritto Ipotecario», 1961, págs. 169 y ss.
- PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile*, V, Turín, 1930.
- PAVONE LA ROSA: *Il Registro delle imprese*, Padua, 1953.
- PESCATORE: *Posizione gerarchica del conservatore dei RR. II. e del personale adetto al suo ufficio*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1966, págs. 208 y ss.
- PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, dos vols., Madrid, 1970, y *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho procesal», Madrid, 1964, págs. 585 y ss.
- PUGLIATTI: *La trascrizione*, I, Milán, 1957.
- RASTELLO: *Il conservatore dei registri immobiliari. Funzioni e responsabilità*, en «Rivista di Diritto ipotecario», 1971, págs. 4 y ss.
- DE LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, dos tomos, Madrid, 1949.
- ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968.
- ROMANI CALDERÓN: *Carácter de la función calificador: ¿es de naturaleza judicial o administrativa?*, en «RCDI», año 1927, págs. 81 y ss.
- ROSENBERG: *Tratado de Derecho procesal civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955.

- RUBINO: *La pubblicità come fatto giuridico permanente*, en la «Rivista di Diritto commerciale», año 1957, 1, pág. 13.
- RUIZ MARTÍNEZ: *Algunas consideraciones sobre la calificación registral*, en «Información Jurídica», año 1952, págs. 2066 y ss.
- SÁENZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, III, 4, Madrid, 1968.
- SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1955.
- SATTA: *Giurisdizione*, en la «Enciclopedia del Diritto», XIX, Milán, 1970, páginas 227 y ss.
- SEGNI: *Giurisdizione (in generale)*, en el «Novissimo Digesto italiano», tomo VII, páginas 987 y ss.
- SERRA: *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, páginas 20 y ss.; *El juicio jurisdiccional*, ídem, págs. 63 y ss., y *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, ídem, págs. 619 y ss.
- SERRANO: *Funzioni e responsabilità del Conservatore dei Registri Immobiliari*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1964, págs. 210 y ss.
- VITTA: *Diritto amministrativo*, I, Milán, 1950.
- ZACCARDI: *Della responsabilità civile del Conservatore dei Registri Immobiliari*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1970, págs. 1 y ss.
- ZANOBINI: *L'amministrazione pubblica del Diritto privato*, en la «Rivista di Diritto Pubblico», año 1918, págs. 167 y ss.
- *Corso di Diritto amministrativo*, V, Milán, 1959, págs. 291 y ss.
- *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni*, en «Scritti carii di Dritto pubblico», Milán, 1955, págs. 88 y ss.