

PROBLEMAS ACTUALES DEL RECURSO GUBERNATIVO HIPOTECARIO*

Manuel María Zorrilla Ruiz
Catedrático de la Universidad de Deusto

1. ¿Subsistencia del recurso gubernativo contra la calificación registral?

No constan ni están ordenadas esmeradamente las posturas que, desde una u otra perspectiva, se adoptan para propugnar la subsistencia del recurso gubernativo contra las calificaciones emitidas por los Registradores de la Propiedad, o sostener que, al contrario, se trata de una figura obsoleta y prescindible, a causa de la suficiencia de los niveles de tutela jurisdiccional que se garantizan constitucionalmente.

Hay coincidencia en que, si se apuesta por la conservación de este recurso, será inevitable reemplazar su actual regulación por otra que salve cualesquiera reparos de enjundia y cumpla en un todo con las exigencias constitucionales. A ello no empece el que, para cuidar de la *constitucionalidad elemental* de la disciplina vigente, se hayan hecho los necesarios *esfuerzos de acomodación*, pues el futuro del recurso gubernativo —merecedor de subsistir—no tiene por qué sufrir un tratamiento que, gracias a las *tentativas de interpretación proconstitucional*, abunde más en las operaciones de ajuste que en las faenas de regeneración. Lo técnicamente aconsejable es que, para lograr el óptimo de pulcritud y precisión normativas, se dote al recurso de una *nueva ordenación, conscientemente acorde con la carta política y que, en vez de adecuar a ésta, con fortuna variable, la disciplina antecedente, resulte de una reflexiva observancia de sus principios y preceptos*.

* Texto actualizado de la intervención en los *V Encuentros de Derecho Civil* que, bajo el rótulo *Tutela judicial efectiva y protección judicial de los derechos reales*, han organizado en Bilbao, el 27 y 28 de noviembre de 1997, el Consejo General del Poder Judicial, el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco y el Iltre. Colegio de Registradores de la Propiedad de Bizkaia.

Razones, más prosaicas, de exceso y sobrecarga de trabajo —que no dejan de contar con un revelador respaldo estadístico— insisten en la conveniencia de que, cualquiera que vaya a ser la suerte del recurso, decaiga el cometido de conocimiento que antes correspondía a los Presidentes de las Audiencias Territoriales y que ahora se atribuye a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 113 I RH). El argumento de que los titulares de los órganos llamados a conocer en primera instancia deben poseer o adquirir —algo así como a título gracioso o adicional— una *especial formación en Derecho Hipotecario*, dista de convencer y, además, hace supuesto de la cuestión, pues, una vez justificada la delación de competencia, ninguna razón sería autoriza a pretextar un escaso o insuficiente dominio del Derecho que, so pena de ignorar e infringir los arts. 1.6 C.c. y 10.1 LOPJ, queda al margen de cualquier excusa.

Se ha señalado que esa variante de conocimiento judicial —cuya es la revisión que, según el art. 106.1 CE, agota el ejercicio de las funciones de control— equivale a una *fiscalización interpuesta* que, lejos de decir la última palabra sobre la juricidad de los actos sujetos al Derecho Hipotecario en tema de inscripción registral, precede a la decisión de la Administración Pública que aclara la suerte de una calificación prejuzgada por la *resolución intermedia* de un órgano jurisdiccional —antes, el Presidente de la Audiencia Territorial, hoy, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma— de naturaleza discontinua. La regla del art. 131 II RH— que permite acudir a la jurisdicción civil ordinaria para revisar lo acordado gubernativamente en sede de apelación —no se condice con el óptimo de una tutela judicial efectiva y, como tal, inspirada en criterios que armonicen la exigencia de dicha revisión con el crédito ganado por el valor dogmático de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa y que de antiguo forman el acervo de la prestigiosa *jurisprudencia hipotecaria*.

No se oculta que la anomalía deriva de las especiales circunstancias históricas que originaron las peripecias del recurso gubernativo y de las transformaciones orgánicas que determinaron, en definitiva, su régimen. De ahí, la dificultad con que se tropieza al intentar—como es obligación de los jueces ordinarios y demás aplicadores del texto constitucional— la conservación de una figura cuya inconstitucionalidad sólo puede acusarse si fracasan irremediablemente todas las tentativas de arreglarla al espíritu de la legalidad fundamental. Es claro que, aun con la ayuda de un *esfuerzo intensivo de reinterpretación*, la traza del recurso gubernativo requiere un *plus de adecuación* para encajarlo en los *moldes básicos* de los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE. Compromiso que, lejos de mostrarse estéril, se explica por el interés en que algunos

problemas relevantes del subsector hipotecario del sector civil del ordenamiento jurídico —que la jurisprudencia ordinaria no tiene la oportunidad de traer a capítulo ni de analizar con el escrúpulo que su notabilidad dogmática merece— dispongan del tratamiento, especializado y peculiar, que conviene a lo novedoso y vario de sus expresiones.

El concepto de *efectiva tutela judicial de los intereses legítimos de signo hipotecario* pugna, a primera vista, con una vía de protección jurisdiccional o cuasijurisdiccional que, al no decir la última palabra sobre las cuestiones debatidas, soporta la revisión propia del trámite actual del recurso gubernativo. No es menos discutible y enojoso dar por bueno, sin más, que el principio de *pleno sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho* queda indemne desde el momento en que —si semejante sumisión quiere decir *control definitivo* de los actos de aquélla— el órgano judicial no ejercita un poder de este carácter sobre las calificaciones que le compete censurar.

Ha sorprendido —hasta el reciente estreno de la norma del art. 131 11 RH— la singularidad de que la sustanciación del recurso gubernativo suponga una excepción a la regla general de *censura de la legalidad de la actuación administrativa* que aquí consiste en emitir un juicio —formalmente motivado y jurídicamente persuasivo— sobre el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos públicos otorgados por personas físicas o jurídicas que se acogen a ese sistema de garantías de publicidad y protección.

2. Consideración postconstitucional del problema

Al inaugurarse el ordenamiento constitucional, los arts. 66 LH y 112 a 136 RH se ocupaban del régimen del recurso gubernativo contra la calificación de los documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad. La regulación que ahí se contenía, no formaba parte, dados y vistos sus orígenes preconstitucionales, de las *normas de competencia y procedimiento* a que el art. 117.3 y 4 CE se refiere más tarde. El tratamiento del recurso figura, pese a su condición adjetiva o ritual, en textos de naturaleza sustantiva, como es frecuente en muchos otros casos, si bien desatiende la exigencia de *reserva de ley* a que urgen los arts. 53.1 y 2, y 117.3 CE. Ello es así porque, a la hora de constitucionalizar la figura, su regeneración o salvamento depende de concebirla como una *variante de efectiva tutela judicial* que no se exime del requisito de la *emanación legislativa* y que, a tenor del art. 117.4 CE, permanece viva en garantía de un derecho que, además de estar legítimamente reconocido, recaba y merece un *plus de garantía*.

No se cuenta con datos de que, bajo el imperio de la legalidad fundamental, se haya incoado —siquiera en concepto interior o doméstico— el debate dedicado a reflexionar y extraer conclusiones sobre el régimen del recurso gubernativo. Sí que se han expresado pareceres y producido decisiones encaminadas a expulsarlo del conocimiento intermedio de los actuales Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, aunque no han sido reparos de constitucionalidad los alegados para fundar la posición adoptada en estos eventos anecdóticos.

El art. 234 VCTR provee al planteamiento de las *cuestiones prejudiciales* que, en materia de Derecho Comunitario europeo, pueden suscitar, ante el Tribunal de Justicia de la CE, los órganos propiamente dichos de la jurisdicción y aquellos otros de *naturaleza cuasijurisdiccional*, de que son ejemplo las *cortes de arbitraje* o ciertas *dependencias administrativas*. El art. 163 CE —cuya oferta abriría la vía utilizable para dilucidar si el régimen del recurso gubernativo se opone o se adecua al espíritu de la carta política— sólo permite promover la *cuestión de inconstitucionalidad* de las disposiciones con rango de ley, al órgano judicial que entiende de un proceso en que la validez del *fallo* se subordina a la aplicación de la norma jurídica sospechosa de estar incurra en aquel vicio. La legitimación, en ese punto, no se extiende a los órganos administrativos —Registros de la Propiedad y Dirección General de los Registros y del Notariado— que intervienen en la tramitación del recurso, ni tampoco parece predicarse del órgano discontinuo que, en primera instancia, entiende de dicha impugnación.

Lo inicialmente novedoso y complejo de la noción —hoy por hoy, doctrinalmente familiar y afianzada— de *inconstitucionalidad sobrevenida* o, más exactamente, de *inadecuación constitucional* de las normas jurídicas opuestas a la vigente legalidad fundamental, explica que la toma de conciencia de los problemas relativos a la constitucionalidad del recurso gubernativo no se haya erigido en una preocupación de primera magnitud. El acervo de Derecho objetivo del *sistema previgente* al modelo actual de libertades, no está amparado por una presunción —susceptible de prueba en contrario— que, para facilitar las soluciones y hacerlas más expeditivas, proclame su regularidad constitucional —aunque las operaciones jurídicas se simplifiquen como si así fuesen las cosas— y, en buena técnica jurídica, se exige que cada episodio de aplicación de una norma preconstitucional dé lugar a un juicio individualizado que, rechazando o acogiendo su adaptación a los principios y/o preceptos de la legalidad fundamental, declare la derogación o admita la sobrevivencia que, en ese trance, determina el destino que le corresponde.

La elusión y el olvido del trabajo de crítica constitucional explican por qué —hasta el momento de la *formulación renovadora* de la DA. 7.^a LOPJ— no se ha llegado a debatir la constitucionalidad del recurso gubernativo, que, como ocurre con otros ejemplos de *normas políticamente neutrales y técnicamente provechosas*, ha mantenido un ritmo de continuidad beneficioso y estimable.

3. Especial garantía del derecho de propiedad privada

La efectiva tutela judicial que el recurso gubernativo dispensa a través de la intermediación del órgano discontinuo cuyo titular era el Presidente de la Audiencia Territorial y es ahora el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, no quiere expresar —si se tiene presente la cláusula del art. 117.4 CE— otra cosa que el ejercicio de una de las funciones adicionales o *competencias añadidas* que, en principio, no se pensaron para sanar situaciones preconstitucionales y sí para atender a *imprevisibles demandas de judicialización* que las sorpresas del futuro, más o menos distante, podían convertir en un reto. Lo cierto es que también aquí la ley —a saber, la norma jurídica preconstitucional que reside en el art. 66 I LH— confiere a aquel órgano unas atribuciones dirigidas de antiguo a garantizar un derecho alojado en el sector correspondiente del ordenamiento jurídico y asistido del *plus de protección* que se considera plausible adjudicarle. Queda así reforzado el *derecho de propiedad privada* que reconoce el art. 33.1 CE y cuya dosis mayor de cobertura, gracias al mecanismo del recurso gubernativo, se justifica a la luz de la legalidad fundamental.

Se ha comentado —sin llegar, quizás por un defecto informativo de los dominadores del tema y de las fuentes, a dar con los orígenes de la distinción— la medida gradual en que el constituyente escalonó la intensidad protectora de los derechos que, como el art. 53.1 CE cuida de precisar, reconoce la carta política, aceptándolos a partir de la *verificación de su existencia* y de la *notabilidad históricosocial de su depósito*. *Reconocer* no es asignar al destinatario de esta acción bienes o derechos distintos de los que ya le pertenecen y están en su patrimonio, sino comprobar el acto de presencia —en que siempre ha insistido el *pensamiento del orden natural*— de un haz, muy ambicionado y apreciable, de facultades inherentes a la condición de la persona humana y, por ello, anteriores a una ley positiva que, cerciorándose de su aparición en el llamado *horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica*, les presta la atención que el legislador, en tal concepto, les adeuda.

El derecho de propiedad constituye una de las *libertades públicas* que, en el momento original de ese reconocimiento, canonizaron los arts. 2 y 17 DDHC, cuando, sin regatear una calificación de altos vuelos, predicaron de él los rasgos de *naturalidad, imprescriptibilidad e inviolabilidad*. No es menor la solicitud con que el art. 17.1 DUDH le sitúa —vista la referencia del cons.4 pr.DUDH— en el elenco de los *derechos fundamentales* que traen causa del más reciente y elogiado *Derecho de los pueblos*. De ahí que, consecuente con su tradicional grandeza, el art. 14.1 LFB dé cabida al derecho de propiedad en el *todo de derechos de máxima alcurnia* con que se compromete al propiciar un ordenamiento jurídico liberador de las claudicaciones y servidumbres políticas de antaño. La coincidencia de estas distinciones históricas no se condice con el arbitrio —poco explicable e inexplicado— de un constituyente que prefiere no reaccionar al respecto con unidad de criterio y se aparta de la línea cultural y conceptual de continuidad a que debió atenerse.

El derecho de propiedad no se cuenta entre los que figuran bajo la rúbrica *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, que abandera la sec. 1.^a, cap. 2.^o, tít. I CE, ya que —perteneciendo a uno de los pasajes que, a seguido del rótulo *De los derechos y deberes de los ciudadanos*, forman la sec. 2.^a, cap. 2.^o, tít. I CE— se resiente del *desmerecimiento tutelar* que provoca la graduación aceptada en el art. 53.1 CE. La inferioridad del trato constitucionalmente deferido a la propiedad privada —acaso convenga insinuar, para refrendo de este dato, que el art. 33.3 CE ha eliminado las condiciones, históricamente consagradas, del *previo pago* de la indemnización expropiatoria y de la *justicia* de su cifra de resarcimiento— induce a conservar y promover las soluciones con que, compensando el desfavor causado por una sistematización inesperada y sorprendente, la legislación ordinaria vigoriza otros aspectos o contenidos del derecho que se ha devaluado. Quiere decirse que el *esfuerzo de transformación* interviene, si sus finalidades lo imponen, allí donde —como es el caso de la insuficiencia de esa rúbrica— el constituyente se separa de una tradición que, en homenaje a la *consigna de igualdad y libertad efectivas*, debió acatar conforme a los arts. 9.2 y 10.2 CE, en vez de relegar el reconocimiento del derecho de propiedad privada a un reducto impropio de su estirpe histórica y su carta de naturaleza jurídica. La especie protectora que, al predecir la figura del recurso gubernativo contra los actos de calificación registral, anuncia el art. 66 I LH, significa, en *clave posconstitucional*, que su adecuación interpretativa está reclamando un *compromiso de cambio* que, al garantizar un aspecto notable de la dinámica del derecho real pleno de dominio y de los derechos reales restringidos que del mismo

traen causa, resarce los inconvenientes y perjuicios de una posición sistemática censurable y ayuna de justificación.

Cabe, en definitiva, concluir que el art. 66 I LH no se opone al contexto constitucional, cuyo interior le brinda un *espacio habitable*, supera con éxito el *desafío de depuración* que la DD.3 CE plantea a las normas jurídicas que le son previgentes, y, en nombre de las líneas de fuerza de los arts. 9.2 y 10.2 CE, devuelve al tratamiento jurídico de la propiedad y demás derechos reales una parte de la solidez que, quiérase o no, se ha visto erosionada por un constituyente algo alejado, en ese punto, de las directrices del *Derecho de gentes* que debieron guiar e imprimir carácter a las manifestaciones de su voluntad general.

4. Particularidades de los Estatutos de Autonomía

El art. 152.1 II CE —al que no cabe suponer un simple propósito de ejemplificación— limita la competencia estatutaria de las Comunidades Autónomas en materia de organización judicial, a establecer, si ello procede, los *supuestos y formas de su participación en la organización de las demarcaciones judiciales de cada territorio*. Por mucha flexibilidad y complacencia que acompañen al entendimiento de tal proposición, su mensaje no puede comunicarse y recibirse de modo diverso del que corresponde al alcance tecnicojurídico de las palabras de la norma en que yace. Esta no asigna competencia alguna que autorice a invadir el espacio reservado a la legislación central por el art. 117.3 CE y a dar por buenas, en cuanto reglas de competencia y procedimiento, unas atribuciones que no se comprenden en la cláusula del art. 150.2 CE.

Amén de su equivocada delimitación, el art. 152.1 II CE requería que la participación de las Comunidades Autónomas secundase las orientaciones de una LOPJ cuyos mínimos de contenido anunciaba el art. 122.1 CE y que, por hipótesis, debía preceder cronológicamente a la disciplina estatutaria y, como no podía menos de ocurrir, señalar las pautas de aquella gestión. Una variante, en suma, del supuesto que el art. 150.1 CE sitúa en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal.

El art. 14.1 a a e EAPV no respetó ninguna de ambas exigencias ni tuvo a bien considerar la prevención del art. 117.3 CE, ya que, sin el antecedente de una LOPJ que entró en vigor mucho después, hizo suyo, con indudable exceso, el enunciado de las competencias de los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar las normas del Derecho del Estado. Una enumeración que, dada la reserva de que se ha hecho mérito, no era de la incumbencia de la legislación estatutaria.

Cuando, en cambio, el art. 14.1 *e* EAPV —cuyo directo antecedente era el art. 3 III EAPV.³⁶— confiere a esos órganos jurisdiccionales competencia para conocer de los recursos interpuestos contra los actos registrales de calificación de documentos sujetos al Derecho privativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco, *no se está conculcando el art. 152. 1 II CE, por la razón sencilla de que dicho supuesto, en cuanto ajeno, difiere del que cabe calificar de invasor de competencias de la legislación orgánica del cuerpo judicial*. Esta particularidad concierne a la cláusula en que el art. 14.1 *e* EAPV reserva a la Comunidad Autónoma la competencia necesaria para generar las normas procesales que convienen a las exigencias del Derecho Privado sustantivo de cada uno de los espacios territoriales definidos en el art. 143.1 CE. Queda, con ello, claro que la función y finalidad de un aspecto del recurso gubernativo analizado goza de un impecable apoyo constitucional. El legislador estatutario —que produce un Derecho Procesal inmerso en el bloque de constitucionalidad y presumiblemente atemperado a los principios y preceptos de la carta política— *convierte ese recurso en una de las variantes de tutela jurisdiccional que, gracias a la explícita previsión del constituyente, puede regular el legislador autonómico, a diferencia de los otros supuestos que —contemplados en el art. 14.1 a a e EAPV— se exponen al reparo que la susodicha objeción de inconstitucionalidad lleva consigo*.

Es de esperar que, con base en esta legitimación, los legisladores competentes —que están pendientes de evacuar sus respectivos compromisos— cuiden de desarrollar el trámite del recurso gubernativo hipotecario en lo atinente al Derecho sustantivo propio de cada Comunidad Autónoma.

5. Posterior innovación legislativa

La DA.7.^a LOPJ —que, por vez primera en la historia postconstitucional, aborda el tema del recurso gubernativo— repara en la atención que le dedican los Estatutos de Autonomía que conectan su interposición con la atribución de competencias específicas del Derecho Privado peculiar de cada Comunidad Autónoma. Circunstancia de que el legislador central se sirve para aludir, algo más que de pasada, a la figura del recurso gubernativo en general y refrendar tácitamente la *adecuación y suficiencia constitucionales* de su disciplina de origen.

La DA.7.^a LOPJ es una *regla de ajuste* que, a fin de normalizar la estructura de la jurisdicción y evitar episodios de *cuadratura del círculo*, regula la sucesión de un órgano al que compete conocer del recurso

gubernativo en el ámbito de la Comunidad Autónoma que, según los arts. 122.1 y 152.1 II CE, pasa a ocupar, en todo o en parte, el compartimento de las Audiencias Territoriales que integraban la vieja demarcación decimonónica del establecimiento judicial (cap. 4.º, tít. I LOPJ (8) 70). La novedad consiste en que esa norma —que habilita a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia para resolver la impugnación deferida hasta entonces al conocimiento de los Presidentes de las Audiencias Territoriales —implanta un *órgano de carácter jurisdiccional, estructura unipersonal y actividad discontinua*. Sucede así, porque, de una parte, el ejercicio de sus atribuciones— residente en las personas físicas que son titulares de ese oficio público —no pertenece al diseño que, bajo la rúbrica general *De la planta y organización territorial*, traza el cap. 1.º, tít. II, lib. 1.º LOPJ, y, de otra, le asigna competencia para *resolver en vía gubernativa*. Ambos rasgos contribuyen a perfilar o, si se prefiere ser sincero, enrarecer un tanto la naturaleza jurídica de este enjuiciamiento.

Debe indicarse, una vez más, que, cuando la DA.7.ª LOPJ se refiere al recurso gubernativo contra los actos de calificación registral en materia de Derecho privativo autonómico, *está ordenando irreprochablemente, con el alcance constitutivo o creador que es consecuencia de su inclusión en el bloque de constitucionalidad, la novedad propia de la atribución de competencia —indiscutible a la luz de los principios y preceptos de la carta política— que ha introducido el art. 14.1 e EAPV.*

6. Reformulación del régimen del recurso gubernativo

La DA.7.ª LOPJ se ha ocupado de los dos *aspectos notables* que concurren en el régimen del recurso gubernativo contra la calificación de los documentos públicos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Uno de sus pasajes desarrolla —como conviene a la parte discrecional o *libremente decisionista* del texto que predice el art. 122.1 CE— la cláusula del art. 14.1 e EAPV, el cual, con base en la reserva que autoriza el art. 149.1 n.º 6.º CE, atribuye a los órganos judiciales enclavados en el territorio de la Comunidad Autónoma o, por mejor decir, al *órgano jurisdiccional predeterminado legalmente para conocer de esas cuestiones*, la revisión de la calificación registral de los documentos otorgados conforme al Derecho autónomo de aquélla. Opción que ha sido impuesta con alguna amplitud.

El otro pasaje muestra la actitud —harto reveladora y expresiva— del legislador que, completando su anterior declaración, dispone que contra la resolución dictada en primera instancia cabe la apelación ...*en*

otro caso.... esto es, cuando el recurso gubernativo se formula contra la calificación registral de un acto sujeto a las normas del Derecho Privado general. La precisión no sólo afecta —aún habida cuenta de los reparos que, en su momento, han de oponerse— a la traza del recurso cuya sobrevivencia se declara, sino que, por encima de todo, la DA.7.^a LOPJ establece y acepta que, sin prejuzgar la suerte de su desarrollo reglamentario, el tratamiento legal del recurso gubernativo se acomoda a las exigencias constitucionales y, por obra de esta adecuación, sigue formando parte de un ordenamiento jurídico al que, en el caso de haber sido imposible dicho ajuste, habría dejado de pertenecer a causa del efecto de depuración anunciado en la DD.3 CE.

Este aserto —no, por implícito, menos consciente y responsable— encierra un *juicio tácito* en pro de la *adecuación constitucional* de una norma jurídica que, como el art. 66 I de la LH, precede a la entrada en vigor de la carta política y garantiza —a fin de reforzar el derecho de propiedad con las aportaciones del *designio de transformación* derivado de los arts. 9.2, 33.1 y 53.1 CE— que los actos registrales de calificación inmobiliaria son susceptibles del recurso cuyo procedimiento —previo también a la apertura del marco constitucional— regulaban los arts. 112 y sigs. RH.

Cae de su peso que el legislador tiene que adelantar, aun velada o indirectamente, *juicios preventivos de constitucionalidad* cuantas veces, por imperativos deontológicos, necesita cerciorarse de que la ley —procedente de la actividad parlamentaria contemplada en el cap. 2.^o, tít. III CE— no atenta contra la letra o el espíritu de la legalidad fundamental que ha de inspirarla. Los destinatarios de aquélla —portadores del interés general perteneciente al grupo social que les cobija— no tienen por qué exponerse al riesgo de contradicciones constitucionales imputables a la imprevisión o ligereza de un poder legislativo que, en su caso, no cuida de mostrarse más cauteloso y previsor.

No es usual ni frecuente que el legislador lleve a cabo *prevenciones explícitas de constitucionalidad* para preservar la vida útil de unas normas preconstitucionales cuya autoría, por definición, no le corresponde ni cabe atribuirle, y en la gestación de las cuales no le incumben causalidad ni responsabilidad alguna. Los criterios que, a lo sumo, puede anticipar, se constriñen al ámbito de la profilaxis legislativa y no enervan ni prejuzgan la suerte de las objeciones de *inadecuación constitucional* o *inconstitucionalidad sobrevenida* que, pese a esta valoración instrumental, surgen si, más adelante, se pone en tela de juicio la regulación debatida. Ciertamente que, a la luz de los arts. 160 CE y 2 LOTC, el legislador no puede erigirse en *sumo intérprete de la legalidad fundamental*, pero ello no veda, antes bien aconseja y explica que —a causa del res-

peto debido a los principios y/o preceptos de la carta política, y de la sujeción a ellos de los poderes públicos— formule los *juicios cautelares de constitucionalidad* que reclaman la juricidad y el cumplimiento de la función social de la legislación. Así lo imponen el deber general de acatamiento del Derecho objetivo —constante en el art. 9.1 CE— y la necesidad imperiosa de evitar que las leyes incurran en vicios de inconstitucionalidad censurables por las vías de control indirecto que apuntan los arts. 161.1 a y 163 CE.

Es elogiable y sano que, como enseña el análisis de la DA. 7.^a LOPJ, no se haya perdido la oportunidad de avalar, con carácter general, la *adecuación y suficiencia constitucionales* del art. 66 I LH, norma jurídica que, con rango de ley, antecede a la entrada en vigor de la carta política y, no obstante el beneficio de esa presunción, sigue abierta y expuesta a la iniciativa impugnatoria de los sujetos legitimados para provocar las operaciones de *crítica de inconstitucionalidad* que, en su caso, proceda ejercitar.

7. Análisis del refrendo postconstitucional de la figura del recurso gubernativo

La DA.7.^a LOPJ —que presupone y ratifica la subsistencia del recurso gubernativo— utiliza una *proposición gramatical precipitada y poco rigurosa*, que, aunque disipa cualquier duda sobre su propósito rehabilitador, adolece de una imprecisión de orden técnico, al añadir que la decisión del órgano unipersonal —investido de competencia para revisar los actos de calificación registral sujetos al Derecho Privado general— *será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*. Ello sorprende desde el punto y hora en que *el art. 66 I LH sólo contempla, como criterio e idea de principio, la impugnabilidad de los acuerdos calificadores y nada dice —pues han sido los arts. 112 y sigs. RH los que después han roto ese silencio— acerca de la tramitación o rito que es objeto de examen*. La remisión que hace la DA.7.^a LOPJ, conduce, así las cosas, a más de una lectura.

Cabe entender, desde una *posición minimalista*, que se trata de una *remisión inútil de presente* y desprovista de valor vital, por falta de objeto, si se admite que el llamamiento se refiere a una *supuesta regulación del procedimiento* que nunca ha figurado en el art. 66 I LH ni en ninguno de sus pasajes periféricos. Si, en cambio, se adopta una *actitud maximalista*, el envío significa, por vía programática, que el legislador —pendiente de cumplir dicho encargo— debe incorporar sin demora al art. 66 I LH o a otro de los preceptos pertinentes, las nuevas *normas de*

procedimiento que obedecen a lo previsto entonces. *La inutilidad normativa* y el *defecto de instrumentación formal* —que resultan respectivamente de estas interpretaciones— obstarían a la acogida de la apelación en el recurso gubernativo, pues ninguno de ambos entendimientos favorece en Derecho la implantación efectiva de la segunda instancia.

A la naturaleza de las instituciones del Estado social y democrático de Derecho —diseñado en el art. 1.1 de la CE— es inmanente un *principio de presumible legitimidad y conservación de las normas jurídicas*, que obliga a obrar en consecuencia con el rigor de su formulación y lo trascendente de sus fines. Ha de arbitrarse alguna solución que, lejos de empobrecer o desvirtuar el llamamiento de la DA.7.^a LOPJ, le otorgue un eficaz alcance y un significado provechoso, sin paralizar el dinamismo de un mensaje que urge preservar y promover. Dicha norma revela —porque en modo alguno pueden serle ajenos— un *espíritu y finalidad* a los que, como expresión de movilidad y testimonio de su voluntad evolutiva, el art. 3.1 C.c. manda *atender fundamentalmente*, con el énfasis y resonancia semántica que entraña el uso de semejante adverbio. Su propósito consistiría en el *designio de fijar, desde ya, las garantías inherentes al recurso de apelación que es dable contra los actos de calificación registral*, porque sólo esta interpretación —dotada de utilidad bastante y de significado positivo— supera la *remisión inocua* a un texto preconstitucional que, como el art. 66 I LH, guarda silencio sobre el particular, sin abrigarse siquiera la certeza de que el legislador va a emprender la tarea de su regulación inmediata. Ante un precepto que, sin más, remite a lo hipotéticamente predispuesto por otro que al respecto nada dice ni añade de presente, y que, a lo sumo, está a la espera de una improbable modificación, la DA.7.^a LOPJ adquiere, como no puede menos de ocurrir, una naturaleza y fisonomía consecuentes con la *demanda de seguridad jurídica* que incluye el art. 9.3 CE. Tiene, pues, el carácter de una *norma directamente creadora, que sanciona la procedencia de la segunda instancia y cumple las condiciones que constitucionalmente se reputan bastantes para dar por buenas la existencia y admisibilidad jurídicas del grado revisor de la apelación*.

Se puede concluir que —en vista de los antecedentes históricos del recurso gubernativo y del aval legislativo de su supervivencia— la DA. 7.^a LOPJ *constituye una norma jurídica cuyo espíritu y finalidad conminan a decir algo más de lo que, literalmente entendido, no deja de ser un anuncio estéril y una predicción ineficaz*. La necesidad de *atender fundamentalmente al espíritu móvil de las leyes* supone que, ante las nuevas circunstancias que reemplazan al anterior estado de cosas, *las proposiciones normativas de la ley interpretada se exponen a la*

grandeza y servidumbre de una reformulación modernizante que las actualiza. El texto del pasaje en cuestión ha de enmendarse para que, merced a la *nueva voluntad* que le anima, pase a rezar que *...en otro caso, la decisión será apelable en el oportuno momento procedimental del recurso gubernativo que, aun sin haberse adelantado a regular su trámite y grados de conocimiento, preconiza la lacónica cláusula del art. 66 / LH*

Tras esta *rehabilitación interpretativa*, la introducción de la segunda instancia no nace de la norma legal que, precediendo a la apertura del sistema constitucional, se ciñe a una proposición escueta —de referencia o de destino— que no regula el tema afectado por la remisión ni resuelve el problema a que ha dado lugar su llamamiento. La procedencia de la segunda instancia se funda en la DA. 7.^a LOPJ, que, gracias al criterio historicoevolutivo de interpretación, juega el papel de una *norma con rango de ley que, habiéndose logrado atemperar al ordenamiento constitucional, establece, por propia autoridad, la posibilidad de apelación.* Lo que, en definitiva, responde a la exigencia de *reserva de ley* que prescriben los arts. 53.1 y 117.4 CE.

8. Conversión del régimen reglamentario del recurso gubernativo

La minuciosidad con que, antes de la reforma más reciente, los arts. 112 y sigs. RH proveyeron el trámite del recurso gubernativo, acusa la quiebra del requisito de *reserva de ley*, dado el inferior rango jerárquico de una regulación que descuida el mandato constitucional al respecto y se considera abolida en virtud del efecto sancionador que la DD.3 CE anuncia en tales casos. Ello supone, en síntesis, que *el viejo tratamiento reglamentario del recurso gubernativo se entiende derogado desde la entrada en vigor del texto constitucional, aunque siguen en pie el reconocimiento y la proclamación legales de una segunda instancia que no cuenta con trámite adecuado.* La figura de la apelación se legitima en virtud de la *norma constitutiva* de la DA. 7.^a LOPJ y no —hay que insistir en ello— del inútil envío al art. 66 I LH, que, como se ha indicado, se abstuvo de aludir a ese particular. La inconstitucionalidad sobrevenida o, más exactamente, la inadecuación constitucional —determinante de la derogación o inaplicabilidad— del tratamiento reglamentario de un recurso gubernativo cuya vigencia actual está fuera de duda, descubre un vacío que debe colmarse, pues, aun sin afectar al reconocimiento y la existencia legal del medio de impugnación, le priva del *modo de proceder* imprescindible para completar su eficacia jurídica.

La versión postconstitucional de los arts. 113 y sigs. RH difícilmente se beneficia de esa subsanación. Dichos preceptos desarrollan un trámite razonablemente destinado a servir a los fines del recurso en cuestión, aunque la insuficiencia de rango jerárquico vulnera lo dispuesto en los arts. 53.1 y 117.4 CE, y engendra una contradicción denunciabile en virtud del efecto de jerarquía normativa.

Ello no impide, sin embargo, que la práctica aceptable de los actos de procedimiento —descritos en la ordenación reglamentaria— se acoja a un *mecanismo de conversión* que les caracteriza como un *uso procedimental* del que cabe servirse provisionalmente. La conversión permite que las normas derogatoriamente abolidas —si tienen origen preconstitucional— o inaplicables —si son postconstitucionales— en cuanto preceptos reglamentarios, adquieran la *naturaleza de costumbre*, a título de fuentes secundarias, y se apliquen conforme al art. 1.1 y 3 C.c. Consecuencia que —a la espera de una regulación satisfactoria del procedimiento— se armoniza con los criterios de seguridad jurídica y con las garantías que, según los arts. 9.1 y 24.2 CE, deben concurrir en un trámite definido por la *obligatoriedad de salvaguardar el derecho a la defensa y procurar una respuesta —motivada y persuasiva— a los problemas hipotecarios que el recurso gubernativo pone de manifiesto*. Tales condiciones han de observarse en medida no menor ni distinta de la que el art. 24.1 CE predica de los procesos judiciales.

9. ¿Subsistencia del recurso a efectos exclusivamente doctrinales?

El hallazgo del *uso procedimental* —que, basado en la *técnica de conservación de los actos jurídicos*, reconvierte útilmente el trámite del recurso gubernativo— no llega al punto de sanar los contenidos reglamentarios que, aun cuando adquieren la naturaleza de normas consuetudinarias, se oponen o contradicen —según que precedan o subsigan a la carta política— a las normas de Derecho necesario. De ahí, la reflexión que sugiere el denominado *recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales*.

La figura es extraña a la naturaleza de lo que conceptualmente representa el recurso como *acto de parte que, disintiendo de una decisión jurídicamente impugnabile y lesiva para el interés del recurrente, la combate al objeto de lograr su reforma*. El recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales pretende la emisión de un *parecer jurídico o informe preventivo* que —anticipándose al momento en que se materializa la lesión del interés particular que se protege— revisa ciertos actos emanados de la Administración Pública del Derecho Privado.

La recepción —escuetamente reglamentaria— de esta variante vulnera también la *exigencia de reserva de ley* que luce en el art. 117.4 CE, porque ya no se trata de la reconversión que transforma el régimen del procedimiento en las normas consuetudinarias componentes del uso procedimental, sino de examinar la especie de recurso que introduce el art. 112 n.º 3.º II RH, desbordando los límites de la previsión —constitucionalmente adecuada en un principio— del art. 66 I LH, cuyo desarrollo acusa, en este punto, un exceso que hay que corregir.

La concesión de un recurso —gracias a la voluntad de la norma jurídica que lo crea como garantía— requiere la *preexistencia de un gravamen* consistente en la pérdida de una utilidad o el desmerecimiento de un valor al que el recurrente —disconforme con el signo de la resolución impugnada— no renuncia, antes bien pretende que siga siendo parte de su *acervo de bienes de vida*. Esa erosión o detrimento —que invoca en favor de su causa— se debe al tenor desfavorable de la decisión que disminuye aquella utilidad o degrada el valor afectado. El legislador —sujeto a unas pautas de política legislativa que yacen en el depósito de las adquisiciones básicas de la ciencia del Derecho— no puede, en buena técnica jurídica, predecir la traza de un recurso que, como condición de su existencia, no presupone la afectación de un *interés legítimo y acogido por el ordenamiento jurídico*. Interés comprendido en la esfera de bienes jurídicos del recurrente y rehabilitado con el éxito de la pretensión de reforma que el recurso incorpora. No tienen la consideración de recurso las pretensiones nacidas de un estado de cosas diferente del que así se concibe y cabe definir.

No es, en sentido técnico, recurso la especie impugnatoria que, según el art. 112 n.º 3.º II RH, permite atacar la doctrina del acto calificador cuando, subsanadas las deficiencias que el mismo ha objetado, el título público queda purgado de los defectos que obstan a su inscripción e ingresa en el Registro de la Propiedad. Siguen en pie los razonables argumentos que demuestran la adecuación constitucional del recurso gubernativo y dejan a salvo la regularidad de su rito, sin perjuicio de que una ordenación reflexiva y completa perfeccione los aspectos notables del control jurisdiccional de ese sector del pensamiento hipotecario y se ocupe del valor dogmático que —a falta de una jurisprudencia civil especializada al respecto— merece de antiguo su prestigioso cuerpo de doctrina.

Mientras que el conocimiento del recurso gubernativo común comparte los rasgos y se ajusta a los requerimientos de una efectiva tutela judicial, el formulado a efectos exclusivamente doctrinales *no descansa en la invocación de un interés legítimo, personal y directo —esto es, suficientemente individualizado por las circunstancias de los sujetos,*

del tiempo y del lugar— cuya lesión o riesgo de quebranto constituye la base y fundamento de la acción legislativa que diseña el recurso y de la legitimación del interesado que ejercita la facultad de impugnación.

El mínimo de alcance corrector, que se predica de las funciones naturales de un recurso, requiere que —cuando su estimación no incide en las situaciones jurídicas pretéritas que, pese al signo del pronunciamiento recaído, se mantienen indemnes— su raciocinio y conclusiones predeterminen la suerte que en el futuro ha de correr la aplicación de las normas jurídicas condicionadas por el éxito de la iniciativa impugnatoria. A falta de *propósito y actitud unificadores*, los criterios que, en cada uno de sus episodios, animan la decisión del recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales —cuyo vigor persuasivo respeta la libertad de ulteriores calificaciones— nunca llegan a ser, contra lo que su rotulación insinúa, *complementarios del Derecho concernido por ellos*, ni se adhieren a la norma elegida y aplicable para formar el todo indivisible que reclama la lectura final de su mensaje. *El derecho protegido se garantiza satisfactoriamente cuando el complemento doctrinal ofrecido por la resolución del recurso, deviene un componente intangible del régimen jurídico de la figura o institución que se tutela.* De lo contrario, se desatiende el objetivo que, al mencionar la *garantía de cualquier derecho*, señala el art. 117.4 CE, vulnerado si, como sucede con el recurso a efectos exclusivamente doctrinales, su impacto es únicamente persuasivo —porque sólo depende de la dosis de convicción intelectual de los argumentos empleados para resolverlo— y carece de efecto vinculante.

10. Control judicial de la validez jurídica del título inscribible

El *interés legítimo* —presumiblemente ostentado por cuantos concurren al otorgamiento del documento público que trata de inscribirse— se ve afectado desfavorablemente por el sentido del acto calificador que, para fundar en Derecho la denegación o suspensión de la práctica del asiento que se solicita, hace valer la nulidad de ese título. Las personas físicas o jurídicas que aspiran a beneficiarse —por cuanto que son tales su utilidad y su propósito— de los efectos de la publicidad registral, comparten el atractivo propio de un *interés común y no contradictorio* en que se lleve a efecto la inscripción. Esta reflexión vale como esclarecedora y central, ya que —salvo el reparo innovado por el criterio del acto calificador— ninguna otra objeción de peso les invita a entablar una contienda judicial que, a la luz de los arts. 24.1

CE y 7.3 LOPJ, carece entre las mismas de razón de ser. Les impulsa tan sólo —contra la que, a primera vista, constituye su voluntad evidente— el parecer de la calificación registral que, mediante un acto típico de la Administración Pública del Derecho Privado, les transfiere la *carga de depuración* consistente en ejercitar las acciones judiciales precisas para defender la validez del título inscribible, siempre y cuando, en lugar de seguir el trámite especial del recurso gubernativo, prefieran acceder a la jurisdicción y someterse al conocimiento revisor del que el art. 24.2 CE denomina *juez ordinario predeterminado por la ley*. Según que sea uno u otro el tenor de la sentencia recaída en el pleito que entonces se promueve, la elección del proceso ordinario excluye, en el peor de los casos, o demora, en el más inofensivo de ellos, la inscripción registral del documento público cuya validez es cuestionada por el acto calificador y no por los otorgantes que, fuera de toda duda y sin reservas, siguen interesados en que la inscripción se practique sin dilación alguna.

Toda contienda jurisdiccional, no artificiosa ni fingida, se define por la existencia de una *contradicción verificada* —colisión de intereses que, a su vez, reclama las garantías del *derecho a la defensa* y de la *igualdad material de las partes en el proceso*— y por el derecho fundamental de los litigantes a la *efectiva tutela judicial* que facilita una respuesta —formalmente motivada e intelectualmente persuasiva— sobre la suerte del problema que, al provocar el enfrentamiento de las partes, explica lo incompatible y antagónico de sus respectivas posturas procesales.

Es claro que los que han aceptado la procedencia de la inscripción registral —admitiendo la validez del título inscribible y asintiendo a la práctica del oportuno asiento— no están interesados, de entrada, en desencadenar un litigio que aplace o dificulte semejante posibilidad. Ello ha quedado al margen de la *presuposición inicial* o perspectiva de los otorgantes de un documento al que asignan una finalidad entorpecida por el reparo que así se suscita. Cabe, a lo sumo, que su *interés sobrevenido* derive de otras perspectivas, de necesidad o complejidad, o de la intuición de aspectos y efectos secundarios que, en principio, pasan desapercibidos y luego emergen por obra de las reflexiones del acto calificador. La presencia de este *interés de percepción reciente* justifica la sustitución del trámite del recurso gubernativo por el del conocimiento jurisdiccional a que se acude (arts. 24.2 CE y 11.2 LOPJ).

Si del discurso calificador se infiere que alguno de los concurrentes al otorgamiento del título inscribible —inicialmente desinteresados en atacar su validez— puede beneficiarse de la declaración de nulidad del mismo, sí que surge un interés autónomo que colisiona con el de los

demás participantes y determina que su portador accione frente a ellos. La sentencia que acoge esa pretensión es una *resolución constitutiva*, cuyo *fallo* modifica las circunstancias juridicomateriales que se hicieron valer en apoyo del derecho a obtener la inscripción debatida. Si, al contrario, los intervinientes no revelan interés alguno en impugnar la validez del título, el objeto del proceso —animado por tal actitud— consiste en una *acción meramente declarativa* y, como tal, encaminada a lograr un pronunciamiento que, descartando la existencia del vicio de nulidad que la calificación registral ha opuesto, afirma aquella cualidad y disipa los reparos obstantes a la inscripción de dicho documento.

11. Problemas relativos a la constitución de la relación jurídico-procesal

La efectiva reconstrucción de esta hipótesis presenta dificultades de alguna envergadura. De ahí las que, sin duda, surgen a la hora de la correcta constitución de la relación juridicoprocesal —en función del diagnóstico y la divergencia de los intereses concurrentes— y el *grueso reproche* que merece la interdicción con que el art. 132 RH prohíbe traer al proceso al Registrador de la Propiedad, autor, ni más ni menos, del acto de calificación que se revisa. Medida que, de subsistir, evapora la tutela jurisdiccional de los interesados en oponer a la objeción del acto calificador su pretensión favorable a la validez del título inscribible.

Esa decisión —generada por un órgano de la Administración Pública cuyos actos se sujetan a las normas juridicomateriales de la parcela del Derecho Privado en que el Derecho Hipotecario se sitúa— no procede del Registrador de la Propiedad como sujeto individual y sí como titular del órgano público al que el art. 18 LH atribuye los presupuestos —de competencia objetiva y funcional— necesarios para dictar válidamente la resolución que se recurre. Trátase entonces de aclarar si la Administración Pública —cuya posición jurídica depende de las objeciones relativas a la validez del título en cuestión —no debe ser traída inexcusablemente al proceso judicial en que, por ventilarse dicho extremo, se engendra un problema que es fruto de su iniciativa y que inmediatamente afecta a unos *intereses generales* cuyo servicio ha de cuidar con la objetividad y el esmero encarecidos en el art. 103.1 CE. El recurso gubernativo —en lugar del cual se acude al proceso declarativo ordinario— es una *variante revisora del acto de calificación* y la vía judicial, de que cabe servirse, representa un modo de fiscalización cualificado por la extensión e intensidad máximas del conocimiento revi-

sor. Cae de su peso que la relación jurídicoprocesal no llega a formarse de acuerdo con los mínimos del derecho fundamental a la defensa, si no viene al proceso —como demandado cuyas cargas de cooperación le obligan a combatir la validez del título— el órgano de la Administración Pública que suscitó el problema objeto del litigio.

La prohibición de demandar a la Administración Pública —urgida a exponer y justificar las razones que en Derecho han fundado el criterio denegatorio o suspensivo del acto calificador— engendra una *situación insoluble*, pues los cointerésados en defender una causa común quedan privados de la oportunidad de reaccionar frente a lo gravoso de la suerte que su interés legítimo ha sufrido. Disfraza lo inadmisibles y anacrónico de una cierta *prerrogativa inmunizante*, y contradice la *cláusula absoluta de control jurisdiccional* que el art. 106.1 CE formula con evidente propósito de generalidad.

Esta anomalía —reñida con los valores y principios del Estado social y democrático de Derecho— no puede menos de analizarse y corregirse por medio de los instrumentos que, para posibilitar su enmienda, facilitan la DD.3 CE y los arts. 5.3 LOPJ, 66 LH y 132 RH. La sensata correlación de estos preceptos inspira una solución que, gracias a una *técnica conservadora de las soluciones normativas*, permite que una regulación sospechosa de inconstitucionalidad perdure, no obstante, en el interior del ordenamiento jurídico y se libre de verse expulsada precipitadamente de su seno. La relectura del art. 66 I LH lleva a concluir que la proposición debatida —a saber, *...sin perjuicio de acudir, si quieren los interesados, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos*— no se reduce a atribuir a los intervinientes en el otorgamiento de los mismos el papel exclusivo de partes enfrentadas en el proceso que se incoa para dilucidar ese punto polémico. Un entendimiento tan modesto atenta contra el art. 24.1 CE, *al dar por buena y admitir la concurrencia de intereses artificialmente incompatibles, allí donde, en rigor, sigue habiendo y perdura un solo y único interés común de naturaleza privada, cuya coposesión induce a defender la validez jurídica del título presentado a inscripción*. No puede impedirse la defensa de esta pretensión frente a la tutela del *interés público* que, explícito en la tesis de la calificación registral, contradice la postura que aquellos interesados comparten. La *actitud de pleno sometimiento a la ley y al Derecho* —que el art. 103.1 CE impone a las Administraciones Públicas— incluye la carga procesal de soportar el llamamiento a juicio y enervar, por vía de colaboración, las razones que, a juicio de la Administración Pública frente a la que se acciona, destituyen al título de la validez requerida para su toma de razón en el Registro de la Propiedad. Menos aún se

puede conculcar la regla en que—sin excepciones o, a lo sumo, con rebajas mínimas que tienden a desaparecer— el art. 106.1 CE confiere a los órganos jurisdiccionales la *potestad de revisar la legalidad de la actividad administrativa* en que se plasma la emisión del acto calificador. De ahí la *inconstitucionalidad sobrevenida* o, más exactamente, la *inadecuación constitucional* del art. 132 RH, norma jurídica previgente a la carta política y —en la medida que se opone a algunos de sus principios y/o preceptos— inaplicable cuantas veces se invoca a la prohibición de demandar al órgano autor del acto de calificación que se discute.

Dicha regla conserva su vigor si, en virtud de las objeciones calificadoras, los intervinientes en el otorgamiento del documento público que trata de inscribirse, asumen posiciones contradictorias que les fuerzan a controvertir en un proceso de cuya necesidad y utilidad no se cercioran hasta venir en conocimiento de las nuevas razones o argumentos jurídicos que provocan esa necesidad.

El giro *...entre si...*, debe reinterpretarse, como la norma del art. 5.1 LOPJ cuida de advertir, a la luz de esos principios y preceptos constitucionales. No cabe conferirle el alcance —vulnerador, sin duda, de unos y otros— de limitar la dimensión subjetiva del proceso ordinario a la intervención artificiosa de unos litigantes que, las más de las veces, no están interesadas en iniciar una contienda de esa traza y soportar las cargas que le son inherentes. La lectura evolutiva y sensible de aquella expresión sugiere que los intereses de los particulares se hallan relacionados o conexos —*...entre si...*, como la letra del art. 66 I.LH está rezando— conforme a dos *variantes de reacción*. Es una de ellas el enfrentamiento de los interesados que, tras conocer y analizar el alcance del criterio registral que les afecta, adoptan una actitud consecvente con la valoración que el acto calificador les merece y con la convicción de que deben pasar a defender los intereses contrapuestos que abocan a la necesidad de litigar. La otra postura —resultante de su indiferencia ante la objeción de invalidez que consta en la calificación registral— les asigna una opción procesal —unitaria y deseablemente coordinada— de *coincidencia ofensiva y disidencia del criterio calificador*. El que unos y otros estén prestos a contender en defensa de la validez del título inscribible, explica la necesidad del litisconsorcio activo que ha de constituirse frente a la Administración Pública cuyo acto de calificación —sujeto a las normas materiales del Derecho Hipotecario— se combate y trata de modificar.

La interdicción de llamar a juicio al Registrador de la Propiedad cede ante la exigencia constitucional de que —para satisfacer el *contenido esencial o núcleo invulnerable* de los derechos fundamentales a

obtener la efectiva tutela judicial y no sufrir indefensión que infrinja el principio de igualdad material de las partes en el proceso— los particulares que estiman afectado su interés legítimo por el signo de la calificación emitida, pueden y deben ejercitar su acción —ya que el derecho de acceso a la jurisdicción lo impone irrenunciable e inexorablemente— frente a la Administración Pública autora del acto cuyo *efecto de gravamen* pretenden desnaturalizar y deshacer.

12. Valoración dogmática de la jurisprudencia hipotecaria

La determinación del valor atribuible a la doctrina fijada en la resolución de los recursos gubernativos interpuestos contra las calificaciones registrales, resalta, una vez más, el interés de algunos ensayos interpretativos a que invita la aplicación del art. 3.1 C.c. Precepto que —destinado, según la reflexión del § 14 EMTPC.c, a estimular la comprensión cabal de las normas jurídicas que adolecen de oscuridad y/o confusión— puede convertirse, como sucede en esta circunstancia y en alguna que otra que se le asemeja, en una norma jurídica que, pese a lo inequívoco de su espíritu y finalidad, necesita de una *postinterpretación* destinada a aclarar los contenidos polémicos o escasos que su texto presenta inopinadamente. Parte de la tarea se refiere a los *conceptos jurídicos elásticos* que, sin perjuicio del designio de seguridad jurídica que subyace a los elementos enunciados en el art. 3.1 C.c., conservan una indeterminación que se elimina dando entrada a las circunstancias del tiempo y del lugar en que media el oportuno criterio de interpretación. De ahí, la suerte que están llamadas a correr las nociones de *...sentido propio de las palabras...*, *... contexto...*, *... realidad social...*, y *... fundamentalmente...*, diseminadas en el texto del art. 3.1 C.c. A los efectos de esta reflexión, toca el turno a la idea de *antecedentes históricos*, que, sin desacuerdo de base, sirve para designar las *vicisitudes vitales* de una institución jurídica que no está regulada o lo ha sido de modo imperfecto, y que se halla pendiente de una satisfactoria ordenación positiva hasta que se elaboran las normas convenientes a su naturaleza y exigencias politicolegislativas.

Es entonces claro que —a la hora de reivindicar la autoridad doctrinal de las decisiones que ponen fin al conocimiento del recurso gubernativo en cuestión— *el concepto de antecedentes históricos* —de que, entre otros, hace mención el art. 3.1. C.c.— *debe, a su vez, ser objeto de una reinterpretación* que afronte el problema nacido de las repercusiones de dicho cuerpo de doctrina en los ámbitos de aplicación del Derecho que van a beneficiarse de su autoridad y prestigio. Hay que aten-

der fundamentalmente al espíritu y finalidad de un precepto que, como el art. 3.1 C.c., tiene la particularidad de alojar un elemento de interpretación que, si generalmente propende a disipar los reparos de inteligibilidad o percepción de otras normas, presenta, en el supuesto excepcional que aquí se considera, dificultades comprensivas que justifican la iniciativa de reinterpretarlo.

La delimitación del concepto jurídico flexible de *antecedentes históricos* atiende fundamentalmente al espíritu y finalidad del art. 3.1 C.c. —*norma interpretativa que paradójicamente pasa ser elemento de interpretación*— que utiliza la *contribución interna de su propia creación* y las referencias en que consisten algunas de las novedades que encierra. Por *antecedentes históricos* se viene entendiendo la serie de acontecimientos, más o menos correlacionados o dispersos, que, coexistiendo o sucediéndose cronológicamente, preceden a la conclusión de una obra legislativa que se cierra gracias a la experiencia derivada de sus flaquezas, sus excelencias, sus detrimentos y sus adquisiciones. Un entendimiento evolutivo del art. 3.1 C.c. aconseja que la idea de *antecedentes históricos* incluya aquellos *sucesos posteriores* que, tras la entrada en vigor de la norma jurídica, constituyen la historia del análisis y solución de los problemas que su aplicación ha engendrado, y poseen un mérito que no puede ignorarse cuando —ante ulteriores situaciones de conflicto en que esa doctrina es provechosa— se advierte lo indispensable y útil de su contribución.

De esta función y fisonomía participan —a modo de *antecedentes históricos* y conforme a un sano entendimiento del art. 3.1. C.c.— las resoluciones que, al agotar el trámite del recurso gubernativo entablado contra los actos de calificación registral, consolidan criterios de interpretación utilizables para facilitar las operaciones de conocimiento y análisis que, ante problemas afines y conexos con los que allí se han abordado, emprenden los aplicadores del Derecho y, en especial, los jueces ordinarios que tienen a mano el auxilio de esos elementos. Debe ocurrir así, porque las expresiones del cuerpo de doctrina que emana de la resolución de los recursos gubernativos *enriquecen la parcela hipotecaria del sector civil del ordenamiento jurídico y devienen un antecedente histórico o criterio de autoridad dogmáticamente disponible*, que, conjugado con otras orientaciones hermenéuticas, permite disipar las objeciones o dudas interpretativas que hacen aparición en ese campo.

Se subraya así lo notable de una construcción que, compensando al permanente esfuerzo de creatividad y progreso de los cultivadores del Derecho Hipotecario, configura el uso de uno de los criterios ofrecidos por el art. 3.1 C.c. —a saber, el correspondiente al concepto de *antece-*

dentos históricos— como la propuesta de remodelar un elemento de interpretación que, además de destinarse a esclarecer el mensaje de cuantas normas extrínsecas reclamen su asistencia, se beneficia de una reinterpretación —procedente del propio precepto de que forma parte— y adquiere una significación arreglada a los nuevos signos de los tiempos y acorde, en un todo, con la naturaleza de las cosas.

13. Situación actual del régimen del recurso gubernativo

El § 27 EMRD. 4.9.98 incluye, en el conjunto de las reformas que introduce, la ordenación del recurso gubernativo contra las calificaciones inmobiliarias de los Registradores de la Propiedad. Esta materia —que, como se ha indicado, es una especie de las competencias que el art. 117.4 CE permite sumar al ejercicio de las funciones naturales de la jurisdicción— sólo se puede regular, en garantía del derecho real pleno de dominio y de los derechos reales restringidos que traen causa del mismo, por medio de una ley y no a través de los preceptos de rango inferior que, sin cumplir lo predispuesto en el art 53.1 CE, contienen los arts. 112 y sigs. RH.

Es ahora del caso remitirse a las consideraciones expuestas y añadir a ellas la reflexión que el art. 131 II RH —tendente a la satisfacción del derecho fundamental garantizado en el art. 24.1 CE— provoca al disponer que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que pone fin al trámite interior del recurso gubernativo, *será recurrible ante la jurisdicción civil dentro de los tres meses siguientes a su notificación.*

Si este precepto pretende asegurar el mínimo de efectiva tutela judicial que exige la naturaleza del recurso gubernativo, poco o ningún sentido tiene el mantener la apelación ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, por tratarse de un trámite que —ante la perspectiva del interminable *itinerario jurisdiccional* que se atisba— parece holgar del todo. Solución que, desde el punto de vista politicolegislativo, cae de su peso y es harto razonable. La revisión admisible en vía civil provendría de la atribución de competencia que, para el conocimiento en primera instancia, establece el art. 85 n.º 1.º LOPJ, pero mal puede asentirse a la fijación del plazo trimestral de caducidad que el art. 131 II RH introduce sin reparar en que, a tenor del art. 117.4 CE, es la ley y no cualquier otra norma de rango inferior, la que delimita y reparte la competencia de los órganos jurisdiccionales, y también la que, sólo si razones de seguridad jurídica lo aconsejan, restringe temporalmente la vida y el ejercicio del derecho procesal de acción.

De dicha novedad se sigue que, lejos de beneficiarse de una tramitación expeditiva, las andanzas del recurso gubernativo se exponen al *penoso calvario* de la impugnación inmediata ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el ejercicio de la oportuna acción civil de revisión ante el Juzgado de 1.^a Instancia, el recurso de apelación que, ante la Audiencia Provincial, es dable deducir contra la sentencia que recaiga, el eventual recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia y, como no es desusado ni infrecuente, el recurso de amparo constitucional. *El impacto doctrinal de una producción jurídica tan acreditada y apreciable se ve, en ese trance, muy debilitado y pospuesto.*

Ante los inconvenientes de semejante *travesía sin fin*, debe optarse por una solución que armonice la efectividad de la tutela judicial y la autoridad doctrinal que de antiguo acompaña a la resolución definitiva del recurso. Quizás convenga, en primer término, prescindir de la intermediación de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en las cuestiones de Derecho Privado general, sin perjuicio de la competencia que la DA.7.^a LOPJ les ha reservado respecto al Derecho específico de cada Comunidad Autónoma. La Dirección General de los Registros y del Notariado conocería de la impugnación directamente formulada contra el acto calificador, y su resolución se impugnaría por medio de un recurso atribuido al conocimiento de una Sala de lo Civil—del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia—que, con plenitud de jurisdicción y no sólo a efectos de simple anulación, revisaría un *acto de la Administración Pública que no está sujeto a la regulación del Derecho Administrativo material, sino a las normas sustantivas del subsector del Derecho Civil ocupado por el Derecho Hipotecario.*

Conviene, al modo de evocación histórica significativa, destacar la sinceridad e insistencia con que, a mediados del siglo que agoniza, la incipiente doctrina del Derecho Procesal —que daba entonces sus primeros pasos— elogió la madurez y creatividad de la llamada *jurisprudencia hipotecaria*, cuya excelencia contrastaba con ciertas devaluaciones o escaseces de la *jurisprudencia civil ordinaria*. Esa fue la ocasión de realzar los valores del discurso y el acierto jurídico de la primera de ambas, cuya fuerza de persuasión intelectual difundió una enseñanza utilizada, además, para plantear —con todo su ingrediente de curiosidad científica— otras muchas cuestiones a cuya seducción no escapaba nadie que, en general, se sintiera comprometido con la causa del Derecho y, en especial, con sus problemas de mayor novedad e importancia.

Abreviaturas y siglas

C.c.	Código Civil español de 24.7.(8)89.
cap.	capítulo.
CE	Constitución española de 27.12.78.
cons.	considerando.
DA	Disposición Adicional.
DD	Disposición Derogatoria.
DDHC	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 5.10.(7)89.
dec.	decisión.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.48.
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco de 18.12.79.
EAPV.36	Estatuto de Autonomía del País Vasco de 6.10.36.
EEAA	Estatutos de Autonomía.
EMTPC.c	Exposición de Motivos de la L.31.5.74, de Reforma del Título Preliminar del Código Civil.
LFB	Ley Fundamental de Bonn de 8.5.49.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85.
LOPJ (8)70	Ley Orgánica del Poder Judicial de 16.9.(8)70.
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3.10.79.
§	parágrafo.
Pr.	Preámbulo.
RH	Reglamento Hipotecario, aprobado por D.14.2.47 y modificado por RD.4.9.98.
sec.	sección.
tít.	título.
VCTR	Versión consolidada del Tratado de Roma de 25.3.57, modificado por el TA (Trato de Amsterdam de 2.10.97).