

EL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE SOLUCIÓN DE UN CONFLICTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO CIVIL: SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS REALES DE VUELO Y SUBSUELO

José Arturo Matheu Delgado*

Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores del Gobierno de Canarias

RESUMEN

El artículo pretende hacer un análisis práctico, doctrinal y jurisprudencial sobre el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad, en especial en los derechos reales de vuelo y de subsuelo, tomado desde su naturaleza jurídica como procedimiento extrajudicial para la solución de un conflicto jurídico en el ámbito del Derecho Civil.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales, impugnación, calificación registral, procedimientos extrajudiciales.

ABSTRACT

«The governmental action against the Property Registrar's rating, as an extrajudicial procedure for resolving a legal dispute in the Civil Law: Its application on the legal rights over the building's volume and underground». This article gives us an practical analysis concerning the governmental action against the Property Registrar's rating, as an extrajudicial procedure for resolving a legal dispute in the Civil Law and its application on the legal rights over the building's volume and underground.

KEY WORDS: Governmental Actions, Legal rights over buildings, Property Registration.

1. INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DEL RECURSO GUBERNATIVO FRENTE A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Quizás sea el campo del derecho de propiedad y de los derechos reales sobre los bienes inmuebles donde se han hecho más patentes, a lo largo de la historia, las pugnas dialécticas entre los distintos operadores jurídicos, ya que en el campo del tráfico jurídico inmobiliario entran en juego distintos agentes, cada uno con su misión definida, y no siempre esa línea imaginaria que delimita la competencia de cada uno aparece dibujada con nitidez en el campo del Derecho. Nos estamos refi-



riendo a las constantes diferencias de criterio entre los Notarios y los Registradores de la Propiedad¹ a la hora de, los primeros, otorgar títulos jurídicos por los que se crean, transmiten o se extinguen derechos reales sobre bienes inmuebles, y con respecto a los segundos, a la hora de calificar tales títulos y proceder a su inscripción en el correspondiente Registro Público. No debemos olvidarnos tampoco de los propios jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil a cuya decisión se someten las partes a la hora de dilucidar en sede judicial sus controversias sobre un conflicto jurídico en los diversos actos con trascendencia en el ámbito hipotecario y registral. Como tampoco debemos olvidar el papel de sumo intérprete y árbitro en muchas ocasiones que ha jugado un órgano encuadrado dentro de la Administración Pública, cual es la Dirección General de los Registros y del Notariado², que nació denominándose Dirección General del Registro de la Propiedad, en cuanto que tal Centro Directivo ha sido el que tradicionalmente ha dicho la última palabra en las controversias surgidas en torno a la calificación registral³ de los títulos, llegándose a calificar a sus resoluciones como de «jurisprudencia menor», aunque tal calificativo veremos que es excesivo, ya que la función jurisprudencial corresponde en exclusiva a los órganos judiciales compuestos por los Jueces y Tribunales. Recordemos cómo el prestigioso jurista Jerónimo González⁴ llegó a decirnos que las resoluciones judiciales pertenecen a la esfera de la jurisdicción contenciosa y las calificaciones hipotecarias corresponden por el contrario a la jurisdicción voluntaria⁵ y que las Resolu-

* Doctor en Derecho.

¹ A este respecto es importante reseñar el parecer de LACRUZ BERDEJO, J.L. (en su «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *RCDI*, 1979, pp. 75-183), donde concluye que la función registral es independiente tanto de la Jurisdicción como de la Administración, no siendo aplicable por tanto a la figura del Registrador el concepto de funcionario público administrativo y sólo entrando en juego 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. Sobre la calificación del Registrador y su ulterior impugnación, es importante ver el trabajo de Marina MARTÍNEZ-PARDO, J., «Calificación Registral. Reflexión sobre las vías de impugnación», en *AAMN*, xxxii, 1993, pp. 493-514.

² La primitiva LH de 8 de febrero de 1861, que es el antecedente remoto del recurso gubernativo, nos decía que en su Exposición de motivos al tratar de la nueva regulación en la materia con respecto a la entonces creada Dirección General del Registro de la Propiedad, que tal Centro Directivo *se encargaría de formar y conservar un cuerpo de jurisprudencia general y ajustada al espíritu de las leyes, constituyendo el complemento necesario de los preceptos del legislador, a la vez que un depósito de tradiciones y doctrinas aprovechables para las venideras generaciones.*

³ VALPUESTA FERNÁNDEZ, al tratar la calificación registral, nos dice que el principio de legalidad que informa nuestro sistema registral requiere que los títulos que accedan al Registro de la Propiedad sean válidos, eficaces y susceptibles de publicidad registral, apreciación que corresponde hacerla al Registrador, mediante la calificación de los títulos presentados (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ºR., «El recurso gubernativo contra la calificación registral», en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por MONTÉS PENADÉS, V., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 840).

⁴ GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948.

⁵ LACRUZ BERDEJO entiende que las RRDGRN pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria (LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho Civil*, tomo III bis, Derecho Inmobiliario

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶, sin ser una fuente jurisprudencial obligatoria para los Tribunales, constituyen por su idoneidad una fuente informativa. Chico y Ortiz⁷ por su parte nos comentaba que «...la DGRN en su Resolución de 26-10-73⁸ al hablar de la actividad de los Notarios y Registradores como órganos cualificados que contribuyen al desarrollo del Derecho a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida carentes, en su mayor o menor grado, de regulación legal...». Así pues, vemos cómo en el campo de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas inmobiliarias confluyen una multiplicidad de agentes, cada uno con su especial visión del tema que pugnan a diario por hacer primar sus criterios sobre los del resto. Es por ello que en lo que a nosotros nos atañe resulte de mayor importancia analizar cómo se producen tales relaciones jurídicas entre los notarios y Registradores a la hora, los primeros, de otorgar los títulos constitutivos de los derechos reales, y, los segundos, cuando proceden a calificar jurídicamente los mismos, y a proceder a su inscripción el Registro de la Propiedad, o, en su caso, a la denegación de la misma, y cuyo nexos común estará conformado por el denominado recurso gubernativo contra la calificación registral. Es por ello que nuestra tarea no será tanto analizar los requisitos y trámites legales que conlleva el citado recurso gubernativo, cuanto de precisar su aplicación práctica en el campo de los derechos reales de vuelo y subsuelo y sus relaciones con el régimen de propiedad horizontal.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA IMPUGNACIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

El antecedente remoto del vigente recurso gubernativo se remonta a la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, la cual remitía a los interesados a los tribunales de Justicia pero sin una mayor regulación ni concreción sobre el recurso judicial frente a la calificación registral denegatoria de las inscripciones.

Registral, con SANCHO REBULLIDA, F. de A., Barcelona, 1984, reimpr. 1991, 2ª edic., Edit. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 288 a 294 y 321 a 334), aunque las mismas no pueden ser consideradas como fuente del Derecho civil ni invocadas en un recurso de casación, ni su doctrina es propiamente jurisprudencia, si bien a ésta es usual conceder una reconocida autoridad como dicen las SSTS de 22 de abril de 1987, RJ 1987/2724, y de 15 de marzo de 1991, RJ 1991/2261. O como dice Jerónimo GONZÁLEZ, las Resoluciones de la DGRN no constituyen en sentido estricto jurisprudencia en el sentido judicial del término, ni sirven como fundamento de un recurso de casación, pero sí que constituye un alto y científico cuerpo de doctrina en materia civil e hipotecaria que orienta aunque no vincula en el procedimiento de inscripción, suspensión o denegación de los asientos solicitados (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «Fuentes del Derecho Hipotecario», en sus *Estudios 1*, p. 214 y ss.).

⁶ Centro Directivo cuya denominación se instauró de forma definitiva con tal nombre a partir de la Ley de 21 de abril de 1909 (CHICO Y ORTIZ, J.M.^a, *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 1786-1787).

⁷ CHICO Y ORTIZ, J.M.^a, *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 652.

⁸ RDGRN 26-10-73, RJ 1973/5138.



Con posterioridad el Reglamento Hipotecario de desarrollo de la precitada Ley, el cual data de 21 de junio de 1861, añadió concreción al tema, especificando que contra la decisión del Regente de la Audiencia la competencia para decidir correspondería a la Sala de Gobierno de aquella.

La Ley Hipotecaria de 1861, previa a nuestro vigente código civil, ya había creado el entonces denominado centro Directivo Dirección General del Registro de la Propiedad, el cual es el antecedente de nuestro actual Dirección General de los Registros y del Notariado, como órgano de inspección y control. Fue establecida con este nombre en virtud del Real Decreto de 21 de junio de 1861. Trasladado a la misma el Negociado de escribanos y Notarios, comenzó a llamarse Dirección General de los Registros y del Notariado⁹, denominación que se instauró de forma definitiva a partir de la Ley de 21 de abril de 1909¹⁰.

Fue sin embargo una Real Orden de 17 de marzo de 1864 la que amplió el ámbito de la reclamación gubernativa, estableciendo tres grados sucesivos de alzada:

- La inicial, ante el Juez de primera instancia.
- La siguiente ante el Regente de la Audiencia.
- La sucesiva lo sería ante la antes citada Dirección General del Registro de la Propiedad.

Todas ellas seguirían los trámites establecidos en la materia por la normativa hipotecaria precitada.

La LH de 1861 fue modificada por la Ley de 21 de diciembre de 1869, constituyendo esta norma el antecedente remoto del actual art. 66 LH vigente. Dicha Ley de 1869 amplió la posibilidad de entablar el recurso gubernativo a todas aquellas situaciones en que el Registrador de la Propiedad o denegaba o suspendía una inscripción o a las simples anotaciones registrales del Registrador, independientemente de la causa que las motivara. Esto mismo se trasladó al Reglamento Hipotecario que se dictó en ejecución de la LH de 1869, aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1879, norma reglamentaria que amplió al margen de la LH de la que trae causa la competencia judicial, ya que concretó los recursos sucesivos ante:

- El Presidente el Tribunal del Partido (que fueron después de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que los creó, los Jueces de Primera Instancia).

⁹ CHICO Y ORTIZ, J.M.^a, *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 1786-1787.

¹⁰ Anteriormente se la había denominado Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado al crearse el Registro Civil el 17 de junio de 1870. El Gobierno dictatorial por RDL de 23 de febrero de 1924 suprimió el cargo de DGRN encomendándose las funciones al Subdirector General que a partir de entonces se llamó Jefe Superior de los Registros y del Notariado. El advenimiento de la República restablece la independencia de la DGRN por D. de 6 de mayo de 1931, volviendo a tender rango de Subdirección en la DG de Justicia en 1935 y en 1938 se llamó Servicio Nacional de los Registros y del Notariado, y finalmente en 1939, tras la guerra civil, se volvió a llamar DGRN.

- El Presidente de la Audiencia (al haber desaparecido la figura del Regente de la Audiencia).
- Y la Dirección General del Registro de la Propiedad.

El Real Decreto de 3 de enero de 1876 suprimió la intervención del Juez de Primera Instancia, se estableció el actual sistema que ha venido existiendo hasta el momento conformado por las dos instancias restantes, pero ello, como hemos visto, lo fue en virtud de norma de carácter reglamentario, no con rango de ley, en una etapa previa a nuestro vigente código civil. Este sistema una vez promulgado el actual código civil es calcado por la LH de 16 de diciembre de 1909, así como por su Reglamento de desarrollo de 6 de agosto de 1915.

La vigente LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 en su primitivo artículo 66, dedicado genéricamente a las Reclamaciones frente a la calificación dada por el Registrador, establecía la posibilidad de una reclamación o recurso gubernativo sin indicar el órgano competente y sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales de justicia para litigar acerca de la validez o nulidad de los títulos, no obstante el art. 260.3 de la LH atribuía a la ya creada Dirección General de los registros y del Notariado la resolución de los recursos gubernativos que se interpusieran contra las calificaciones que de los títulos hicieran los registradores. Sin embargo, es el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 el que confiere en su art. 113 la competencia intermedia entre los Registradores y la Dirección General precitada, a los Presidentes de la Audiencias Territoriales, aunque tras la implantación de la nueva Planta y demarcación Judicial derivada de la Ley Orgánica del Poder Judicial el órgano competente sería el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva comunidad Autónoma, adecuando el sistema competencial al marco constitucional vigente desde 1978.

Es de señalar que con la instauración en España del sistema constitucional derivado de la Carta Magna de 1978, y vigente el principio de separación de poderes, mal encaja el que una norma reglamentaria como la precitada del RH de 1947 regule aspectos competenciales de un órgano jurisdiccional como era la Audiencia territorial o actualmente los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas comunidades Autónomas, ya que el propio art. 117 de la CE establece en su punto 3 que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde a los juzgados y tribunales, y en su punto 4 que éstos no ejercerán más funciones que las predichas y las que expresamente le encomiende una norma con rango de Ley en garantía de cualquier derecho. Dicho mandato lo reproduce la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en su art. 2, que somete a los jueces y tribunales únicamente al imperio de la Ley.

Es más, la propia LOPJ de 1985 en su Disposición Adicional Séptima tras la nueva organización judicial derivada de la supresión de las Audiencias Territoriales y la implantación en su sustitución de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, nos indica que, cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de los títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de



Justicia la resolución del recurso, resolviendo éste en vía gubernativa definitiva si el recurso se funda en normas de Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma, ya que en otro caso su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la LH. Esta disposición encaja mejor en el marco competencial de los recursos gubernativos, distinguiendo el diferente régimen decisor según se trate de derecho común o derecho foral o propio de la Comunidad Autónoma.

Y es que con la promulgación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modificó determinados artículos del Reglamento Hipotecario, y, entre ellos el art. 16 dedicado a los derechos reales de vuelo y subsuelo, se produjo un importante cambio normativo en el tema de la impugnación de las calificaciones registrales. Cuando el Proyecto de Real Decreto se sometía a informe del Consejo General de Poder Judicial, el Pleno de este órgano en su sesión de 10 de marzo de 1998 aprobó un informe en el que analizando el art. 66 LH vigente y la DA 7ª de la LOPJ, se concluía afirmando que la modificación reglamentaria limitaba la competencia judicial a los supuestos previstos en los Estatutos de Autonomía que así lo recogieran, así como criticaba que el art. 124 RH confería a los Presidentes de los TSJ de las CCAA una competencia exorbitante para nombrar éstos a una comisión asesora compuesta por magistrados del orden jurisdiccional civil de la Sala de lo civil del TSJ, para tratar los recursos gubernativos¹¹.

Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, y al igual que ya hiciera con la STS de 24 de febrero de 2000, cuando declaró nulo el art. 16.2.c) RH relativo al plazo de ejercicio del derecho de vuelo, por contravenir la regulación introducida en el RH por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, el principio de reserva de ley, en su sentencia de 22 de mayo de 2000¹² declaró nulos los preceptos del RH introducidos por el citado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por regular materias reservadas a la Ley, vulnerar la CE e infringir las Leyes. Con este fallo quedó huérfano la regulación del recurso gubernativo atribuida por vía reglamentaria, quedando tan sólo la regulación de la LH y la atribución competencial a los Presidentes de los TSJ de las CCAA de la D.A. 7ª de la LOPJ, normas ambas con rango de Ley. Así pues, y a tenor de la LOPJ de 1985, el Presidente del TSJ de las CCAA resolvería los recursos gubernativos si un Estatuto de Autonomía así lo establecía expresamente o si tal norma le encomendaba al TSJ respectivo la resolución del recurso gubernativo en materia de derecho común, y en

¹¹ Estas sugerencias no fueron atendidas por el legislador administrativo, empeñado en regular funciones judiciales. De hecho los Presidentes de los TSJ apenas han hecho uso de tal facultad y han sido ellos mismos los que han resuelto tales recursos, tanto en vía definitiva en materia de derecho foral o especial como en la vía intermedia previa a la vía ante la DGRN en materia de Derecho común.

¹² STS de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/ 6275. Se ha ocupado de analizar la figura del recurso gubernativo tras tal fallo, GARCÍA GARCÍA, J.M., en «La esencia del recurso gubernativo», en *La Ley*, 31 de octubre de 2000, pp. 1336-1342. Para este autor la obsesión de la STS por el paralelismo inexistente entre el recurso y los procedimientos judicial y administrativo, le lleva a un resultado contrario a la esencia del sistema registral al no haber tenido en cuenta el TS en su sentencia la naturaleza jurídica peculiar del recurso gubernativo.

caso de silencio de los Estatutos de Autonomía, no resolvería el Presidente del TSJ, sino que sería, en aplicación el art. 260.3 de la LH, la DGRN quien resolviera¹³. Aunque ésta es la situación desde el 3-7-85, cuando entró en vigor la LOPJ; sin embargo, la situación cambia a partir del 16-1-2004, cuando entra en vigor la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ, que suprimió de la DA 7ª la posibilidad de que los Presidentes de los TSJ pudieran entender de casos fuera de las normas basadas en derecho foral atribuidos por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la respectiva comunidad autónoma.

La Ley 24/2001 de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹⁴, introdujo modificaciones en la LH de 1946 dando nueva redacción a sus arts. 322 al 329 LH y queriendo dar con ello solución definitiva a la confusión normativa existente hasta la fecha, tras el fallo de la STS de 22 de mayo de 2000, que anuló los preceptos del RH reguladores del recurso gubernativo¹⁵. La citada Ley 24/2001, en su Exposición de Motivos, para nada alude a las razones de la reforma, dejando huérfana la auténtica motivación de la misma, aunque fuera obvia para los operadores jurídicos, ansiosos por clarificar el panorama legal de un recurso con el que tenían que «lidiar» en el día a día de su operatoria jurídica. El Título v de la Ley aparece denominado como «De la Acción Administrativa» y dentro del mismo, el Capítulo xi se denomina «De la Acción Administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva», regulándose en su Sección 5ª el denominado «Recurso Gubernativo», que es como lo menciona la Ley. Efectivamente se da

¹³ Y en caso de Derecho foral, sí que sería el Presidente del TSJ quien resolviera el recurso gubernativo definitivamente. En otro caso distinto del de derecho foral o especial, su decisión sería apelable conforme a la LH, esto es, si no se fundaba en normas de derecho foral cuando el Estatuto de Autonomía así lo hubiera establecido, siendo así que la decisión del Presidente del TSJ era apelable ante la DGRN.

¹⁴ Ordinariamente denominada como «Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado» para 2002, que incluso estableció la posibilidad en su art. 103 de efectuar consultas vinculantes a la DGRN, aunque se encuentra pendiente de desarrollar, y en tal sentido y tal y como dice LACRUZ BERDEJO, espera que tal propósito sea fallido pues a la fe pública española le ha sentado bien la independencia de los cuerpos llamados a prestarla, por lo que, a juicio del citado autor, cualquier indicio de jerarquización administrativa debería evitarse (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos*, ob. cit., tomo III bis, Madrid, 2003, p. 293)

¹⁵ Sobre la situación normativa generada tras la STS de 22 de mayo de 2000, que anuló los preceptos del RH relativos al recurso gubernativo introducidos por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, puede consultarse a DE PABLO CONTRERAS, P., «Situación actual y perspectivas del recurso gubernativo contra la calificación registral», en *Actualidad Civil*, núm. 4, enero, 2001, pp. 117-149, quien propone entre otras medidas, en primer lugar, suprimir la intervención de los Presidentes de los TSJ de las CCAA como primera instancia del recurso gubernativo, y en segundo término y aplicando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJPAC, que con carácter previo a la RDGRN pueda verse una diferente instancia resolutoria encomendada a una comisión específica como dice la ley en su art. 107.2, no sometida a instrucciones jerárquicas. Aunque los puntos de vista del citado autor son previos a la posterior reforma del recurso gubernativo operada por las leyes 24/2001 y 24/2005. Igualmente se ha ocupado del tema tras la STS, MEZQUITA DEL CACHO, J.L., «Notas sobre la crisis normativa del actual recurso gubernativo contra calificaciones registrales», en *La Notaría*, octubre, 2000, p. 15 n.



nueva redacción a los arts. 322 al 329 LH, estableciendo el nuevo art. 324 LH que contra la calificación negativa del Registrador cabría recurso ante la DGRN, y que cuando el conocimiento del recurso estuviese atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el recurso se interpondrá ante tal órgano.

Sin embargo, el tema no quedó ahí ya que la posterior Ley 24/2005, de 18 de noviembre de Ordenación Económica y Reforma para el impulso de la productividad, volvió a reformar la LH en materia del recurso gubernativo. Esta vez sí que se razona la reforma, diciéndonos la Exposición de Motivos de la citada ley que se incluyen en la modificación de LH dos tipos distintos de reforma respecto al sistema de seguridad jurídica preventiva, ambos íntimamente conectadas con el fin de incrementar su eficacia. En primer lugar, se mejora el régimen de recursos frente a la calificación dada, ya que la experiencia habida hasta el momento había puesto de manifiesto las enormes y variadas disfunciones de su régimen jurídico. Y se cita como ejemplo la aclaración y concreción que con la nueva ley se opera respecto a la imposibilidad del los Registradores de recurrir la decisión de su superior jerárquico, la DGRN, cuando ésta revocaba su calificación. Y por la misma razón, y en segundo lugar, se mantiene y aclara la vinculación de todos los Registradores a las Resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a la calificación¹⁶.

Es de observar cómo tanto la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, como la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, ambas modificadores de la LH, parecen decirnos que el denominado recurso gubernativo se encuadra dentro de un sistema administrativo de recursos, no tanto por su peculiar régimen jurídico¹⁷ y regulación normativa sobre órganos competentes para resolverlos, plazos, etc., cuanto por su encuadramiento sistemático dentro de la Ley (la Ley 24/2001, lo encuadra dentro del Título dedicado a la Acción Administrativa) y por su finalidad y objetivos (al decirnos la Ley 24/2005 que se quiere impulsar la eficiencia administrativa). Lo cierto es que con la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y a partir de su entrada en vigor, se

¹⁶ Ambas medidas tenían como consecuencia inmediata la agilización del sistema de recursos con el consiguiente impulso de la eficiencia administrativa y el correlativo en la productividad del país.

¹⁷ Aunque, como veíamos con anterioridad, y al igual que lo hace LACRUZ BERDEJO, GARCÍA GARCÍA lo enmarca dentro de uno de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que no regulaba ni la LEC 1881 ni la vigente de 2000 (GARCÍA GARCÍA, J.M., «La esencia del recurso gubernativo», en *La Ley*, 31 de octubre de 2000, pp. 1336-1342). Y es que para LACRUZ BERDEJO, el recurso gubernativo participa de la naturaleza del procedimiento registral pero no es una segunda instancia, pues cuando actúa el Presidente del TSJ no es superior jerárquico del Registrador ya que no se trata de agotar la vía administrativa para ir a la judicial. El procedimiento registral es un procedimiento de legitimación, pues no se basa en un acto sino que lo pretende instándose del órgano registral una actuación, sin embargo, el recurso gubernativo presupone un acto, la calificación, y por tanto se enmarca dentro de los procedimientos de reclamación o impugnación instándose una resolución que luego será ejecutiva. El Presidente del TSJ no obra como autoridad judicial sino que su actuación, como luego la de la DGRN, es de tipo arbitral (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos, ob. cit.*, tomo III bis, Madrid, 2003, pp. 329-330).

produce una importante clarificación del tema, al modificarse el art. 324 LH en cuanto que si bien se respeta la remisión a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma, si los Estatutos de Autonomía respectivos así efectúan tal remisión con respecto al conocimiento del recurso, sin embargo, la nueva redacción nos deja abierta la doble posibilidad legal de, o bien recurrir contra la calificación negativa del Registrador ante la DGRN, o bien impugnarla directamente ante el juzgado de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar donde esté situado el inmueble, rigiéndose el procedimiento por las normas del juicio verbal¹⁸. Y éste es el marco normativo vigente con el que nos encontramos a la hora de impugnar una calificación desfavorable efectuada por un Registrador a la hora de inscribir el título constitutivo de un derecho de vuelo.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO GUBERNATIVO Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El tema central que nos interesa en el presente trabajo sobre el denominado recurso gubernativo es si éste tiene un carácter judicial o bien extrajudicial para resolver un conflicto jurídico.

Antes de nada hay que decir que el mencionado recurso se enmarca dentro del denominado Procedimiento Registral, entendiendo por éste todo conjunto de actividades que se desarrollan desde la aportación de un título al Registro de la Propiedad, solicitando su inscripción, hasta que se pronuncia el Registrador, inscribiendo, suspendiendo o denegando el asiento. El procedimiento registral se rige por el principio denominado «de rogación» ya que se actúa a instancia de parte instando la actuación del Registrador. En lo que a nosotros concierne, que es el recurso contra la calificación efectuada por el Registrador, hay que decir que la actuación de éste consiste en el control de la legalidad de los documentos inscribibles, que, como norma general, serán escrituras públicas, ejecutorias judiciales, o documentos auténticos, expedidos por autoridades judiciales o por el Gobierno o sus agentes¹⁹, se juzga la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, pudiendo ser la calificación favorable, o negativa o desfa-

¹⁸ El juicio verbal recordemos que tiene su vigente regulación en el Título III del Libro II dedicado a los Procesos Declarativos, en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Ley 1/2000 de 7 de enero. Si bien es cierto que en la STS (Sala 3ª) de 15 de febrero de 2000, RJ 2000/2326, vino a declarar revisable en vía contencioso administrativa una RDGRN que anuló una denegación de inscripción registral de una Declaración de Obra Nueva. No obstante, y tal y como ha dicho la STS de 12-2-79, RJ 1979/440, recogiendo el viejo criterio de otra STS de 7 de julio de 1891, los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como instituto nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de derecho civil, aunque provengan de actos emanados de la Administración Pública.

¹⁹ Aunque en ciertos supuestos también pueden tener acceso al Registro de la propiedad documentos de carácter privado, como el arrendamiento o el acuerdo particional.



variable, aunque también cabe calificar el título con una falta que se considere subsanable.

Es ante este juicio de legalidad calificador efectuado por el Registrador contra el que cabrá el oportuno recurso gubernativo que, como veremos más adelante, podrá tener una distinta vía de impugnación y ser resuelto por distintos órganos, según se trate de materias objeto de derecho común, o que se refiera a cuestiones de derecho foral, o especial de algún territorio o Comunidad Autónoma.

Ahora nos interesa analizar la naturaleza jurídica de tal recurso a la vista de la doctrina y la jurisprudencia más recientes. Cuestión distinta es la denominada «acción de rectificación registral» consagrada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y cuya idea es la de adecuar la realidad jurídica civil o extrarregistral a la realidad registral en virtud del principio de «exactitud registral», basando tal acción o bien en errores materiales producidos en el título o bien en errores de concepto, aunque en este último caso no funciona el principio de rogación o rogatorio, ya que puede el propio Registrador instar tal rectificación. Tal acción de rectificación, insistimos distinta del recurso gubernativo, tiene un inconfundible carácter jurisdiccional ya que se sustanciará de conformidad con lo establecido en los artículos 40 párrafo 6^a y 41 de la LH por los trámites del juicio declarativo que corresponda, en este caso el juicio verbal.

Sin embargo, el denominado recurso gubernativo puede o no tener tal carácter jurisdiccional, según a qué órgano le corresponda entender de su resolución. Para ello debemos partir de tener presente lo que ha entendido la doctrina científica sobre el particular. Así, Valpuesta Fernández²⁰, al tratar de la calificación registral y sin llegar a decirlo expresamente, le confiere un carácter eminentemente jurisdiccional al hablar siempre de sus aspectos judiciales, nunca administrativos. No obstante distingue el autor entre el recurso gubernativo y el recurso judicial como si ambos fueran cosas distintas, contribuyendo así a la confusión generalizada en la doctrina sobre la verdadera naturaleza jurídica del denominado recurso gubernativo.

Pero quizás sea la postura más acertada en orden a configurar la verdadera naturaleza jurídica del denominado recurso gubernativo la que adopta en la doctrina española civilista Lacruz Berdejo²¹. Para él, y siguiendo a Roca Sastre²², la nota que caracteriza al Registrador de la propiedad es la de ser un funcionario público de carácter técnico, al mismo modo y manera que lo es el «*Conservatore dei Registri*

²⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^aR. «El recurso gubernativo contra la calificación registral», en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por Montes Penades, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho civil*, tomo III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, pp. 288 a 294 y 321 a 334.

²² ROCA SASTRE, R.M.^a, en: *Derecho Hipotecario*, con ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., t. II y t. III. *Fundamentos de la publicidad registral*, 6^a ed., Bosch Barcelona, 1995, tomo V, *Derecho Hipotecario: Dinámica registral*, 8^a ed. Bosch, Barcelona, 1997. *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Bosch, 5^a ed., Barcelona, 1960, y de la 8^a ed., 1999.

Inmobiliari» en el Derecho italiano²³, si bien con una funciones como son las de calificar e inscribir equivalentes a las de juzgar y resolver, por lo que a priori podríamos decir que sus actos son verdaderamente jurisdiccionales, aunque lo cierto es que tampoco podemos equiparlos a los funcionarios administrativos ya que éstos están inmersos en una organización jerárquica o subordinada, postura ésta que postulan autores como González Pérez y García Trevijano, al considerar al Registrador como un funcionario puramente administrativo.

Lacruz Berdejo, sin embargo, lo tilda de figura mixta al tratarse de un profesional jurista encargado de funciones públicas de valoración jurídica. Ésta sea quizás la postura más correcta en concordancia con la última redacción dada al art. 536 RH por el art. 1 del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre. A tenor del precepto citado, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles ejercen profesionalmente bajo su responsabilidad funciones públicas y, en virtud del carácter de funcionarios públicos que les confiere el art. 274 LH²⁴, tienen los derechos que las leyes les reconocen, encargándose de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario determinadas en la demarcación registral. Todos los Registradores integran el escalafón (art. 276 LH y 519 RH) formando parte obligatoria del Colegio Nacional de Registradores, persona jurídica dependiente jerárquicamente del Ministerio de Justicia y, dentro de éste Departamento, del centro directivo denominado Dirección General de los Registros y del Notariado.

Así pues, descartado el carácter de órganos jurisdiccionales de los Registradores, cabe preguntarse por la naturaleza de los actos de su superior jerárquico, que es la DGRN en virtud del art. 259 LH y 438 RH. Hemos de señalar que una de sus facultades legales es la de la resolución de los recursos gubernativos interpuestos contra las calificaciones de los títulos hechas por los Registradores, según el art. 260 apartado 3º LH.

Ya la primitiva LH de 8 de febrero de 1861, que es el antecedente remoto del recurso gubernativo, nos decía, en su Exposición de motivos al tratar de la nueva regulación en la materia con respecto a la entonces creada Dirección General del Registro de la Propiedad, que tal Centro Directivo se encargaría de formar y conservar un cuerpo de jurisprudencia general y ajustada al espíritu de las leyes, constituyendo el complemento necesario de los preceptos del legislador, a la vez que un depósito de tradiciones y doctrinas aprovechables para las venideras generaciones.

Lacruz Berdejo nos dice que a tenor de lo expuesto las Resoluciones de las DGRN pertenecerían al campo de la jurisdicción voluntaria. Dicha conclusión pugna con su anterior argumentación, ya que ni las RRDGRN pueden ser consideradas ni directa ni indirectamente como fuente de Derecho civil, ni pueden ser

²³ SERRANO, «Funzioni e responsabilità del Conservatore dei registri Immobiliari», Riv. di dir. Ip. 1964, p. 206 y ss.

²⁴ Recordemos que el art. 274 LH en su párrafo segundo establece el carácter de funcionarios públicos de los Registradores de la Propiedad a todos los efectos legales con tratamiento de Señoría en los actos de oficio.





invocadas como doctrina legal en un eventual recurso de casación. Así la RDGRN de 22 de abril de 1987 nos dice que la doctrina llamada jurisprudencial de la DGRN si bien no es propiamente jurisprudencia, dado el carácter administrativo del Centro que resuelve, es usual concederle una reconocida autoridad.

Jerónimo González²⁵ compara la actividad de la DGRN con la del pretor romano, y nos dice que aquélla protege situaciones que estime legitimadas, impone una situación autenticada y abre los caminos por donde debe discurrir la actividad de la nación. Gana en extensión lo que pierde en intensidad, ya que contra sus pronunciamientos se darán en vía judicial pruebas y recursos que si fueran una sentencia firme se estrellarían con la presunción de cosa juzgada. En suma que las RRDGRN no constituyen en sentido estricto jurisprudencia en el sentido judicial del término ni sirve como fundamento de un recurso de casación, pero sí que constituye un alto y científico cuerpo de doctrina en materia civil e hipotecaria que orienta aunque no vincula en el procedimiento de inscripción, suspensión o denegación de los asientos solicitados.

De las posturas doctrinales vistas y en especial de la defendida por Lacruz Berdejo, nosotros podemos concluir que, ostentando los Registradores la condición de funcionarios públicos y siendo la DGRN un Centro Directivo Administrativo superior jerárquico de aquéllos, sus actos no pueden en ningún caso ser calificados de jurisdiccionales, al tratarse de actos enmarcados dentro de uno de los poderes del Estado, en este caso, el Ejecutivo, y estando en consecuencia con el principio de la división de poderes que se enmarca dentro del marco constitucional vigente. De ahí la naturaleza jurídica de procedimiento extrajudicial de solución de conflictos civiles que nosotros le conferimos al denominado recurso gubernativo contra las calificaciones registrales.

Es más, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, cuando resuelve un recurso gubernativo al amparo de la DA 7ª de la LOPJ, sea en materia de Derecho común antes de la reforma de la LOPJ por Ley 19/2003, de 23 de diciembre, o después de tal Ley sólo en el campo del Derecho foral o especial, no actúa como órgano jurisdiccional, ya que los Presidentes de los TSJ carecen por sí solos de funciones jurisdiccionales decisorias de conflictos entre particulares²⁶, sino que la resolución del llamado recurso gubernativo tendrá rango de gubernativa por mandato legal (art. 117 de la CE y 2 y 6 de la LOPJ) limitada a los estrictos términos de la calificación impugnada, o como dice Lacruz Berdejo, de tipo arbitral, actúa como juez pero fuera de la jurisdicción.

Lacruz Berdejo nos dice que el procedimiento de impugnación gubernativa es un procedimiento *sui generis* que participa de la naturaleza registral, con notas afines al procedimiento administrativo, con notas como la de la ausencia de cosa

²⁵ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., Fuentes del Derecho Hipotecario, en sus *Estudios 1*, p. 214 y ss.

²⁶ Las competencias decisorias las tienen las Salas respectivas, sean la de lo Civil y Penal, o la de lo Social o la de lo Contencioso Administrativo.

juzgada por ejemplo, y del proceso judicial como la de la exterioridad del órgano resolutor, o método heterocompositivo de solución de un conflicto jurídico, diríamos nosotros. García García²⁷ lo enmarca dentro de uno de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que no regulaba ni la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ni la vigente de 2000. Nosotros, como hemos dicho, preferimos tildarlo de procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto jurídico de naturaleza civil.

Lo dicho por la doctrina, no obstante, debe confrontarse con lo que al efecto se ha pronunciado la «auténtica jurisprudencia», si se me puede permitir tal calificativo. A tal efecto, dos han sido las SSTS que se han ocupado del tema más recientemente.

La primera de ellas, la STS de la Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, de fecha 15 de febrero de 2000²⁸, aborda, no con unanimidad, el tema de la competencia jurisdiccional para entrar a conocer de la impugnación de los actos dictados por la DGRN al resolver un recurso gubernativo. Y la segunda, la STS, también de la Sala 3ª, de 22 de mayo de 2000²⁹, que vino a anular los preceptos del RH introducidos por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, reguladores del recurso gubernativo, al contrariar el principio de reserva de ley, la Constitución e infringir la leyes.

Comencemos, pues, por la primera de las SSTS precitadas.

La STS de 22-5-00, a la cual se le formuló un voto particular que más adelante analizaremos, vino a declarar revisable, en vía contencioso administrativa, una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que anuló una denegación de inscripción de una declaración de obra nueva. Se trata de la impugnación en vía de casación ante el TS de un auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid confirmado por otro en súplica, que determinó su falta de competencia para enjuiciar el caso consistente en la impugnación de la RDGRN, remitiendo a la parte actora a la jurisdicción civil.

El motivo por el cual el Registrador denegó la inscripción de la declaración de obra nueva era el incumplimiento del art. 37.2 del Texto refundido de la Ley del Suelo y ordenación Urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en el sentido de que a la escritura de obra nueva en construcción se debía adjuntar la licencia de construcción y la certificación emitida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajustaba al proyecto para el que se obtuvo la licencia. El tema estaba en discernir quién era técnico competente, si el Secretario de la Corporación o podía serlo también indistintamente un arquitecto o técnico similar, como defendió la DGRN, que alzó la denegación de la inscripción del título. Dicho artículo fue derogado expresamente por la Ley 6/1998 de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, cuyo art. 22 reproduce en

²⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., «La esencia del recurso gubernativo», *La Ley*, 31 de octubre de 2000.

²⁸ STS de 15 de febrero de 2000, RJ 2000/2326.

²⁹ STS de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/6275.



esencia el texto del art. 37.2 LS de 1992. Es por ello que obviamente y defendiendo sus intereses corporativos se alza contra la decisión de la DGRN el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España.

El TS nos razona que nos encontramos ante una Resolución de un Centro Directivo de la Administración, como es la DGRN, que aplica una ley básica administrativa, el art. 37 TRLS, y decide un problema de Derecho Administrativo, no de Derecho civil, cual es si un Secretario de Corporación municipal tiene o no competencia para extender la certificación final de obra. O si esa competencia le corresponde a un facultativo o técnico especializado. El TS estima este motivo de casación, al entender que es materia de Derecho Administrativo la impugnación de las RRDGRN sujetas al Derecho Administrativo, ya que en caso contrario habría infracción del art. 24.1 CE al impedirse el ejercicio de la acción judicial.

A este respecto es importante señalar, como dice el TS, qué posición adopta la Administración cuando tiene relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Y así, cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares, se somete al Derecho privado y a la jurisdicción civil. Y en cambio, cuando actúa en ejercicio de una función pública típicamente administrativa, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo, la jurisdicción corresponde a los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Sin embargo, la duda se nos plantea con aquellos casos en que es Administración Pública del Derecho privado, en que su actividad tiene por objeto la garantía o definición de raciones de derecho privado, en esos casos y por el carácter objetivo de la materia, se defiere la cuestión al orden civil. Recordemos que la LJCA de 27-12-56 en su art. 1.1 excluía de la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones de orden civil. Sin embargo, y como dice el TS, falta en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera cuestión civil.

Las leyes especiales y la jurisprudencia del TS consideran que los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como instituto nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de derecho civil, aunque provengan de actos emanados de la Administración Pública³⁰. Por ello las cuestiones referentes al Derecho inmobiliario registral deben tener el mismo tratamiento que las relativas al derecho de propiedad, ya que aquéllas afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito conexos al Derecho Administrativo. Es lo que se ha llamado la «legalidad de las formas extrínsecas de los documentos».

Por ello la jurisprudencia ha entendido que las cuestiones decididas en el ejercicio de la función calificadora de los registradores tienen un carácter civil³¹.

³⁰ SSTS de 7 de julio de 1891 y más recientemente STS de 12-2-79, RJ 1979/440.

³¹ STS 2-10-1906 (Sala 3ª), 6-11-1954, RJ 1954/2615, 18-2-1936 y STS de 3-7-1992, RJ 1992/6049.

Es de señalar que la STS de 22 de diciembre de 1994³², y en una materia de Derecho mercantil, nos dice que el derecho de la sociedad mercantil a la publicidad registral del acuerdo de la junta sobre las retribuciones de los Administradores de la sociedad, es un acto de la DGRN que está sujeto al control judicial civil. Y en la misma materia, la STS de la Sala 3ª de 28 de noviembre de 1998³³ nos dijo que la negativa del Registrador a inscribir una escritura sin antes haberla liquidado del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, no es un acto sujeto al Derecho Administrativo sino una cuestión registral y por ende civil.

En el caso de la STS de 15-2-00 que estamos viendo, sin embargo, concluye la Sala 3ª en su FD 4º que no estamos ante una cuestión civil, sino que se engloba un juicio declarativo sobre una cuestión de neto carácter jurídico administrativo, como es el tema competencial de quien verifica el cumplimiento de la legalidad urbanística a tenor de una Ley, como es la LS, que es netamente de carácter administrativo. Con base en ello estima el recurso de casación y ordena que se prosiga con el procedimiento contencioso administrativo.

A la citada STS se formula un voto particular que por su importancia debemos analizar, ya que compartimos sustancialmente su fondo. Nos dice el magistrado discrepante que la naturaleza del tema es civil y que la inclusión del precepto en una norma como es la hoy vigente LS de 1998, antes de 1992, no desnaturaliza su carácter civil. Al limitarse a establecer una garantía de concordancia entre el planeamiento urbanístico y el Registro de la Propiedad. Y es que la definición de técnico competente para expedir la certificación corresponde a los órganos encargados de calificar los títulos y que tienen acceso a los registros, aunque su decisión sea controlable por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil, alegando el magistrado las dos SSTS precitadas de 22 de diciembre de 1994 y 28 de noviembre de 1998.

Y es que una incoherente fragmentación del sistema de enjuiciar puede generar decisiones contradictorias incompatibles con la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el ordenamiento jurídico es único.

Nos sigue diciendo el magistrado discrepante que el control de los requisitos formales para inscribir en el Registro de la propiedad una escritura de obra nueva es una materia de Derecho inmobiliario registral cuya decisión corresponde a la jurisdicción civil, y es ella quien debe decidir la competencia para expedir la certificación acreditativa de la finalización de la obra. Lo contrario supone olvidar la incidencia del régimen urbanístico en el derecho de propiedad, cuya eficacia y limitaciones vienen configuradas por el ordenamiento civil. Por ello la RDGRN tiene por objeto un derecho de naturaleza civil. Y es que concluye su argumentación con la afirmación de que si un juez civil carece de especialización para dirimir una cuestión relativa a atribuciones profesionales, se está confundiendo entre juez y

³² STS de la Sala 1ª de 22 de diciembre de 1994, RJ 1994/10498.

³³ STS de la Sala 3ª de 28 de noviembre de 1998, RJ 1998/10301.

especialista, con lo que no se está significando el verdadero alcance del término jurisdicción, que no es de resolver un conflicto de atribuciones profesionales sino verificar los requisitos para que una escritura tenga acceso al Registro de la Propiedad, aunque para ello se debe resolver si la certificación ha sido expedida por técnicos competentes.

Por nuestra parte compartimos más el voto particular que la filosofía de la argumentación del fallo de la STS comentada, ya que si bien postulamos que la naturaleza jurídica del procedimiento de impugnación de una calificación registral no tenga carácter judicial, no por ello podemos admitir que lo tenga de carácter administrativo, calificándolo nosotros como verdadero procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto jurídico de carácter civil.

Debemos asimismo en este punto analizar cómo el TS, si bien no se aclara en cuanto a la impugnabilidad de las RRDGRN en uno u otro orden jurisdiccional, sin embargo sí que nos ofrece argumentos para su consideración como procedimiento extrajudicial de solución al tratar la vulneración de normas de rango Constitucional de preceptos reglamentarios que pretendían regular el denominado recurso gubernativo, amén de incurrir tal regulación «extra legem» en otros vicios como son los de vulneración de la reserva de ley y de las normas procedimentales. Nos referimos a la STS, Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, de 22 de mayo de 2000³⁴, que declaró nulos los preceptos del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que introdujeron modificaciones en la regulación del recurso gubernativo que existía en el RH de 14 de febrero de 1947.

El TS parte de decir que es excesivo calificar a la doctrina de los Registradores como jurisdicción voluntaria como tampoco la de la DGRN como jurisprudencia, calificando tal afirmación como desproporcionada e incierta.

El preámbulo del RD 1867/1998 impugnado declara que el recurso gubernativo contra las calificaciones del registrador es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y así lo tenía declarado la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación en el punto XI de su Exposición de Motivos, aunque en su regulación nada se dijera al respecto. Así pues, si el procedimiento del recurso gubernativo tiene la naturaleza de actos de jurisdicción voluntaria, lo lógico es que hubiera estado regulado o por la LEC de 3 de febrero de 1881 o por la nueva LEC, aprobada por Ley 1/2000, de 7 de enero, y cuya Disposición Final decimoctava establecía que debía regularse por Ley formal, cosa que no se ha hecho.

Lo cierto es que el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el RD, que modifica los preceptos reguladores del recurso gubernativo existentes en el RH, basa entre otras razones su defensa en la vulneración del art. 117.3 de la CE y 2.1 LOPJ. Estas normas establecen una reserva de ley en la regulación de las normas que afecten a competencias y procedimientos del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

³⁴ STS de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/6275.

Podría alegarse que el procedimiento de impugnación calificatoria como procedimiento de jurisdicción voluntaria se enmarcaría mejor en el punto 4 que en el 3 del art. 117 de la C.E. referido más que a una función judicial *stricto sensu*, a la función de garante de cualquier derecho que una ley expresamente le atribuya a los jueces y tribunales, bastando que una ley establezca la atribución de la competencia para dejar a una norma reglamentaria la regulación del procedimiento para ejercerla, y en este sentido la actuación del Presidente del TSJ de las CCAA al resolver un recurso gubernativo no es una función judicial estrictamente, aunque se revista de las garantías propias de la jurisdicción. Lo cierto es que este órgano resuelve por un auto que ha de redactar con los mismos requisitos que una sentencia. El mismo dirime derechos civiles, y a su vez contra el acto de inadmisibilidad del recurso o extemporaneidad cabe un recurso de queja, como en los procesos estrictamente jurisdiccionales.

Con ello podríamos concluir que la actuación del Presidente del TSJ es una función jurisdiccional. El TS nos dice que con base a tal argumentación la regulación que hace el RD Impugnado infringe el principio de reserva de ley, mantenido por la CE (art. 117), asimismo como las controversias en materias de calificación de títulos a inscribir versan sobre derechos de naturaleza civil y concretamente sobre el derecho de propiedad y otros derechos reales, no cabe duda de que se produce con la regulación reglamentaria impugnada una infracción del principio de reserva de ley, ya que el art. 33 de la CE exige que el contenido del derecho de propiedad se delimite de acuerdo con las leyes, así como que el art. 149.1.6ª y 8ª de la CE incluye entre las competencias del Estado las de la legislación civil, y procesal, con las excepciones de los derechos forales o territoriales especiales, así como el de los registros públicos.

Vemos cómo la regulación del recurso gubernativo introducida en el RH por el RD impugnado infringe el principio de reserva de ley, siendo motivo de nulidad de la misma. Pero el TS va más allá y a pesar de que tal motivo fuese de por sí suficiente para declarar la nulidad solicitada, analiza otros motivos como son el de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva así como la de los principios básicos de todo procedimiento.

Con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva y partiendo del principio de rogación contenido en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta que con el recurso gubernativo lo que se insta no es la privación de efectos de un asiento practicado sino que se cuestiona la calificación efectuada por el Registrador, hay que decir que las restricciones impuestas por la modificación del RH a que el Notario autorizante del título pueda interponer el meritado recurso, salvo que sea con fines meramente doctrinales, en caso de que el recurrente o el interesado en cuyo interés se recurrió desista del recurso, según dispone el art. 131 del RH modificado y declarado nulo, suponen una violación del derecho que consagra el art. 24 CE al limitar el acceso al Notario a un recurso que debe decidir en primera instancia un magistrado, si éste entra a conocer del recurso como Presidente del TSJ de las respectivas CCAA o en su caso conocerá en última instancia la DGRN, aunque en este caso entiendo no se conculca el precitado derecho fundamental al no tener tal Centro Directivo la consideración de órgano jurisdiccional.



Por otro lado y con respecto a la vulneración de los principios básicos de todo procedimiento, decir que la regulación reglamentaria que se hace del recurso gubernativo por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, decir que el propio Abogado del Estado actuante en los autos defendiendo la legalidad de la modificación, niega expresamente que la naturaleza del procedimiento impugnatorio sea una actuación de jurisdicción voluntaria, diciéndonos el TS que de seguirse este parecer, la única alternativa posible es entender que el carácter singular y atípico de este procedimiento de resolución de impugnación contra las calificación del Registrador de la Propiedad, el cual al ser un órgano de la Administración Pública como también lo es la propia DGRN, nos hacen llegar a la conclusión de que los actos de tales órganos han de producirse a través de un procedimiento regulable sólo por Ley formal, como establece el art. 105.c) CE argumento éste que serviría igualmente de base para corroborar la vulneración del RD impugnado de la garantía constitucional de reserva de ley.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su Disposición Adicional Tercera³⁵ que por vía reglamentaria se llevaría a efecto la adecuación a dicha ley de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos. Si partimos de la base de considerar el procedimiento del recurso gubernativo como un procedimiento administrativo, cabría decir que por vía reglamentaria (vía modificación del RH por el RD Impugnado) se podían haber efectuado las adaptaciones a la citada Ley de Procedimiento Administrativo, pero lo cierto es que las modificaciones introducidas no sólo no se adecuaron a dicha ley sino que se apartaron de muchos de sus principios básicos.

Lo cierto es que las modificaciones de los principios básicos de todo procedimiento, sea éste administrativo o judicial, tienen que tener rango de ley formal, según disponen respectivamente los arts. 105 y 117 de la CE.

Así, la fecha para efectuar el cómputo del plazo de interposición del recurso el RH impugnado lo establece en la de la fecha del asiento, mientras que en las leyes procesales y de procedimiento administrativo lo establecen a partir de la notificación, publicación, etc., del acto o resolución.

Otro ejemplo lo tenemos en el lugar de presentación del recurso que el RH impugnado lo establece en la oficina del Registro del que emana el título mal calificado, mientras que en los escritos ante la Administración o ante los juzgados se hace en el primer caso ante cualquier órgano de la Administración de los citados en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, o en el caso de los Juzgados ante el propio Juzgado o ante el juzgado decano o de guardia normalmente, quien turnará el escrito al órgano competente.

También el modo de presentación es distinto ya que la norma recurrida requiere la presentación del documento calificado o testimonio bastante del mis-

³⁵ La DA 3ª de la Ley 30/1992, redactada conforme al real Decreto Ley 14/1993, de 4 de agosto.

mo, mientras que en el procedimiento administrativo basta una copia simple, como también en el judicial, si se hace protesta de que se carece de otro fehaciente.

Asimismo la normativa reglamentaria impugnada permite la posibilidad de rectificación de la calificación efectuada por el Registrador sin previa notificación al interesado, lo cual va en contra de los principios básicos de todo procedimiento, que en el caso del administrativo se consagra en el art. 84 de la Ley 30/1992, regulador del trámite de audiencia, así como en el judicial, en el art. 267 LOPJ, donde se establece la necesidad de notificar cualquier resolución a las partes³⁶.

Es lo cierto que la STS de 22-5-00, al declarar la nulidad del art. 118 del RH modificado relativo a la posibilidad de que el Presidente del TSJ resuelva el recurso gubernativo por auto dictado en expediente de jurisdicción voluntaria, está por así decirlo eliminando la caracterización del tal procedimiento como un procedimiento de naturaleza judicial, si bien el motivo es por un principio de reserva de ley, más que entrando la Sala en la auténtica naturaleza jurídica de tal procedimiento impugnatorio. A mayor abundamiento la Sala 1ª del TS duda de la constitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima de la LOPJ, en cuanto otorga competencias resolutorias a un órgano unipersonal como es el Presidente del TSJ que por sí solo carece de tales competencias decisorias, amén de señalar que es atípico el recurso de apelación que se regula en el art. 121 del RH modificado contra el Auto del Presidente del TSJ.

Por nuestra parte entendemos que con independencia de que tal disposición reglamentaria (El art. 121 RH) se anula expresamente por la STS comentada, carece de sentido atribuir a tal recurso de apelación, que tiene su verdadero sentido en sede judicial, una naturaleza jurídica de expediente de jurisdicción voluntaria. Tal denominación difícilmente casa con un procedimiento extrajudicial como nosotros entendemos que es el del recurso gubernativo. Es más, dicho recurso de apelación, ahora anulado, se declara en el RH impugnado como admisible en ambos efectos (art. 122 RH anulado), cuando es lo cierto que por ejemplo en materia de recursos administrativos, y ateniéndonos al art. 111.1 de la Ley 30/1992, la interposición de un recurso(sea de alzada o reposición) no suspende la ejecución de la acto impugnado, y si nos vamos a la consideración del recurso como de naturaleza jurisdiccional, la apelación en vía civil carece de efectos suspensivos a tenor del art. 456.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Es de señalar asimismo que el mismo precepto impugnado y anulado por la STS, el art. 122 RH, regula un recurso de queja contra la negativa del Presidente del TSJ a admitir la apelación. Dicho recurso que tiene su parangón en el homónimo existente en vía civil, según el art. 494 LEC, nos podría abrir una vía de asimilación

³⁶ También en materia judicial, es preceptiva la audiencia previa de las partes o la notificación de las resoluciones jurisdiccionales, en materia de jurisdicción contencioso administrativa en el procedimiento abreviado, por imposición del art. 78.19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa; y en el orden social, por imposición del art. 50.3 y 4 del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.



del procedimiento de impugnación calificatoria a la vía jurisdiccional, pero la anulación del precepto nos la corta de raíz. También es cierto que cabe una queja ante los defectos de tramitación de procedimientos o recursos administrativos como son la que regula los arts. 41.2, 74.2 y 114.2 párrafo último de la Ley 30/1992, nos podrían asimismo establecer tal semejanza, pero lo cierto es que la ley 30/1992 en ningún caso lo denomina como recursos de queja, con lo que la equiparación a un procedimiento administrativo está descartada.

Ante tal situación el TS no puede más que concluir que existe una confusión entre lo jurisdiccional y lo gubernativo en lo atinente a considerar la verdadera naturaleza jurídica del procedimiento impugnatorio de la calificación registral.

Por nuestra parte, y a tenor de las tesis doctrinales expuestas, así como de los acertados criterios jurisprudenciales expuestos, que confluyen en señalar, unas veces la naturaleza de jurisdicción voluntaria del procedimiento impugnatorio de calificación registral, y otras veces negar tal carácter aproximándolo a un proceso más gubernativo o administrativo si se quiere, entendemos que lo más acertado es calificarlo como procedimiento extrajudicial de solución de conflictos de naturaleza civil, en el ámbito del derecho hipotecario registral, tanto por el órgano que decide (DGRN), y aquí debemos recordar que incluso el Presidente del TSJ de la respectiva CCAA cuando resuelve el recurso gubernativo³⁷ no lo hace como órgano jurisdiccional, ya que carece de competencias unipersonales decisorias de conflictos entre partes, sino que el procedimiento de resolución del recurso tras la derogación de los artículos del RH reguladores del mismo, se asemeja más a un procedimiento administrativo que judicial, sin perjuicio de que la facultad potestativa que confiere el art. 66 y 324 de la LH de acudir, o bien ante la DGRN en vía gubernativa, o bien alternativamente de impugnar la calificación registral ante un Juzgado de Primera Instancia, lo cual confiere a este último supuesto, no la consideración de procedimiento gubernativo, sino de procedimiento estrictamente jurisdiccional, al ventilarse tal impugnación por los trámites del juicio declarativo verbal, pero en este caso ya no hablaríamos de recurso gubernativo *stricto sensu* sino de un proceso judicial declarativo que se inicia con una demanda, típica acción procesal civil, como dice el art.328 LH, y que culminará con una Sentencia judicial según el art. 447 de la vigente LEC, no con una resolución o acto de un órgano administrativo, como es el caso de las de la DGRN aunque afecten sus actos a cuestiones de índole civil.

De ahí que algún autor con acierto lo calificara de procedimiento *sui generis*, considerándolo nosotros como de naturaleza extrajudicial por las razones antes expuestas, postulando su no inclusión dentro del ámbito de la denominada jurisdicción voluntaria, ya que la misma es la fin y al cabo jurisdicción, esto es, decisiones adoptadas por un órgano integrado en el Poder judicial, y no olvidemos que a la postre quien resuelve en un centro Directivo integrado en la Administración Públi-

³⁷ Hoy sólo cabe que resuelva en temas de derecho civil, foral o especial de un territorio a tenor de la reforma de la Disposición Adicional Séptima de la LOPJ, por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de ésta.

ca, como es la DGRN, aunque sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente como todo acto emanado de los poderes del Estado, ya que todos ellos como poderes públicos y al igual que cualquier ciudadano, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como así reza la Carta Magna en su artículo 9.1.

Por ello debemos postular que de *lege ferenda* no se produzca la introducción del mecanismo impugnatorio gubernativo dentro de la regulación legal de la denominada jurisdicción voluntaria, conservando su sustantividad propia dentro de la LH, como norma con rango de Ley en el ámbito del Derecho hipotecario Registral, y dejando al RH aspectos secundarios que no entren en la regulación procedimental del denominado recurso gubernativo, sino en temas meramente formales de acceso al registro de la Propiedad de los títulos otorgados.

Otra cosa es si sería deseable que se estableciera algún mecanismo arbitral de solución de conflictos de índole civil, como un método heterocompositivo de solución de una controversia civil, pero ello, excede en este momento del alcance y contenido del presente trabajo de investigación, debiendo dejar tal hipótesis para un ulterior análisis más exhaustivo sobre tal tema, que no por interesante, pudiera resultar quizás la solución más efectiva a las diferencias de criterio jurídicas ente los principales operadores jurídicos en el ámbito del Derecho inmobiliario registral, al estilo de los laudos arbitrales existentes en el orden social o laboral³⁸.

4. LA APLICACIÓN DEL RECURSO GUBERNATIVO EN LOS DERECHOS DE VUELO Y SUBSUELO

En este apartado debemos preguntarnos por las cuestiones atinentes a los titulares de un derecho de vuelo y subsuelo que, a la hora de inscribir su título en un Registro de la Propiedad, se encuentren con una calificación desfavorable del Regis-

³⁸ No hemos encontrado muchas referencias expresas a un denominado recurso gubernativo de tipo extrajudicial en otros ordenamientos jurídicos distintos del español. Baste sólo decir en este momento que la herencia del derecho patrio en el derecho hispanoamericano ha hecho aflorar figuras análogas en ordenamientos como el de Puerto Rico, en donde el Reglamento del Tribunal Supremo de aquel país de 13 de enero de 1995, modificado a partir del 1 de enero de 1996, regula un recurso de igual denominación pero cuya resolución corresponde al Alto Tribunal de aquel país y cuya mecánica se asemeja mucho a la que se sigue en el recursos de nuestro derecho ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que en aquel caso el recurso contra las calificaciones que allí denominan «finales» de los Registradores de la propiedad que deniega la solicitud de un asiento, se presentan ante el Tribunal Supremo. Es de señalar que aunque este es un procedimiento cuya resolución corresponde a un órgano judicial, sin embargo posee datos curiosos que lo asemejan más a un procedimiento más administrativo que estrictamente jurisdiccional, como es el hecho de que el recurrente debe notificar por su parte el escrito de su recurso al Registrador cuyo denegación de asiento se recurre, remitiendo éste con posterioridad el título denegado así como el recurso y el alegato en su defensa al propio Tribunal Supremo. Incluso cabe la posibilidad de que sea el propio Registrador quien promueva el recurso gubernativo, notificando éste a la parte interesada la tramitación del mismo, figurando entonces el Registrador como promovedor y el titular como recurrente.





trador. Las cuestiones referentes al Derecho inmobiliario registral deben tener el mismo tratamiento que las relativas al derecho de propiedad, ya que aquellas afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso, cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito y que son conexos al Derecho Administrativo. Es lo que se ha llamado por la doctrina la «legalidad de las formas extrínsecas de los documentos»³⁹. Por ello, la jurisprudencia ha entendido que las cuestiones decididas en el ejercicio de la función calificadora de los Registradores tienen un carácter civil⁴⁰.

Pues bien, partiendo de la exigencia formal establecida en el art. 1280.1 CC a cuyo tenor deberá constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, debemos señalar que el derecho de vuelo y subsuelo como derecho real limitativo del dominio que es, y por consiguiente, cualquier documento que afecte a la constitución de un derecho de vuelo, si se quiere que tenga acceso a la protección legal *erga omnes* que confiere su inscripción en el Registro de la Propiedad, deberá constar documentado en escritura pública, así como cumplir con las exigencias que señala el art.16.2 RH para tener acceso al Registro de la Propiedad, esto es, la determinación de las cuotas que correspondan a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento (apartado a) del precepto), así como las normas del régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción (apartado d) del precepto citado). Fuera de estos casos el Registrador no podrá denegar la inscripción de actos relativos a un derecho de vuelo, exigiendo en su calificación algún requisito adicional que ni la LH ni el propio RH exigen, más allá de los dos precitados. ¿Qué debe hacer entonces el titular de un derecho que ve rechazada la inscripción de su título cumpliendo el mismo las menciones que exige la normativa hipotecaria? La respuesta es bien sencilla: en nuestra opinión, el titular del derecho de vuelo deberá alzarse contra la calificación desfavorable del Registrador de la Propiedad si éste

³⁹ Así lo denomina OGAYAR AYLLÓN, al referirse a los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, referidos esencialmente a los tres importantes extremos de competencia, requisitos de formalización y autenticidad (OGAYAR AYLLÓN, T., «Impugnación de la Calificación registral» en *RCDI*, 1974, pp. 11-29). Puede también verse sobre el particular a GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la propiedad» en *RCDI*, 1976, p. 1029 y ss. También Publicado también en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro*, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 584-641, o en *La calificación Registral*, CRPME, edición a cargo de GÓMEZ GALLIDO, F.J., Edit. Civitas, 1996, tomo II, pp. 1837-1889. DE PABLO CONTRERAS, P., nos profundiza en el tema de la calificación registral y sus efectos en «Comentario al art. 18 LH» en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, coord. por ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., tomo VII, vol. 4º, EDERSA, 1999, pp. 1-54.

⁴⁰ Ya desde la STS 18-2-36, Ar. 608, se nos decía que no cabía acudir a la vía contencioso administrativa por cuestiones de derecho civil o que versasen sobre títulos de propiedad civil inscritos en el correspondiente Registro, y por lo tanto y por extensión, tampoco sobre temas de calificación registral de los mismos. Abundando en tal criterio podemos citar a la STS 6-11-1954, RJ 1954/2615, y la STS de 3-7-1992, RJ 1992/6049.

invoca algún requisito adicional no previsto por el citado art. 16.2 RH, presentando el oportuno recurso en vía gubernativa ante la DGRN o acudiendo a la vía jurisdiccional civil⁴¹ directamente por los trámites del juicio declarativo verbal ante los juzgados de primera instancia de la provincia donde se halle radicado el inmueble (edificio base o solar) donde pretendiese ejercitar en su día su derecho de vuelo y subsuelo, todo ello a tenor de lo establecido en los arts. 66, 325 y 328 LH. En el primero de los supuestos precitados, el recurso gubernativo deberá interponerlo en el plazo de un mes computado desde que el Registrador le notifique la calificación desfavorable (art. 326 LH) y en el segundo caso, para la demanda ante los juzgados de primera instancia, dispondrá de un plazo mayor de dos meses, también contados desde la notificación por el Registrador de la calificación desfavorable. En el caso de que la DGRN resuelva de modo expreso su recurso gubernativo y éste fuere desfavorable al titular del derecho, éste dispondrá a tenor del art. 328 LH de un plazo de dos meses para interponer la demanda por los trámites del juicio verbal civil, pero entendemos que esto no será en sentido estricto un recurso gubernativo contra la desestimación de un recurso gubernativo, sino que será en puridad una demanda civil en toda regla.

Sin embargo en caso de que la DGRN no resuelva de modo expreso su recurso gubernativo, el titular del derecho deberá entender desestimado su recurso por silencio administrativo como dice expresamente el párrafo segundo del art. 328 LH⁴² y dispondrá de un plazo de cinco meses y un día para interponer la demanda civil, pero contados desde que interpuso el inicial recurso gubernativo. Ello implica para la DGRN una obligación formal de resolver de forma expresa y notificar al titular del derecho la resolución del recurso gubernativo antes del plazo de tres meses como así impone el art. 327 LH en su párrafo noveno. Pasado tal plazo se deberá entender desestimado y se puede acudir a la vía jurisdiccional civil. Es curioso ver cómo la normativa hipotecaria calca la de procedimiento administrativo en cuanto a la resolución del recurso. Y es curioso también como el cálculo de los plazos para acudir a la vía judicial civil está extremadamente medido, ya que pasados los tres meses del recurso gubernativo interpuesto ante la DGRN, y en concordancia con la obligación de resolver tal Centro Directivo en tal plazo así como de

⁴¹ Sobre las competencias de los jueces en los recursos contra las calificaciones registrales puede verse SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, F.J., «La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador» en *75 años de Revista Crítica, RCDI*, 1925-31 de enero de 2000, núm. 657, pp. 621-641. El citado autor nos argumenta que tanto la LOPJ, como la LH y la LEC no han atendido en su regulación a asuntos como el de la competencia funcional, el proceso o el procedimiento adecuado y la legitimación procesal en los recursos judiciales contra las calificaciones acudiendo a la fácil aplicación de las reglas comunes cuyos resultados han sido insatisfactorios.

⁴² Esta nota nos asemeja extraordinariamente el recurso gubernativo a la naturaleza jurídica de los recursos administrativos que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que propugna en la doctrina patria DE PABLO CONTRERAS (DE PABLO CONTRERAS, P., «*Situación actual y perspectivas...*», *ob. cit.*, p. 124 y ss.).





notificar la resolución dentro del mismo, se produce la apertura de un plazo de dos meses para interponer la demanda civil, si la DGRN hubiera dictado y notificado la resolución del recurso gubernativo, sin embargo la LH en su art. 328 apartado dos nos dice que en caso de que la DGRN no resuelva de modo expreso, el plazo es de 5 meses y 1 día, esto es, añade un día adicional más para interponer la demanda civil al caso de que la DGRN resuelva expresamente. Entendemos el porqué de este día adicional ya que como sabemos el cómputo de plazos en el recurso gubernativo se deberá hacer como dice el art. 326 párrafo último de la LH, ateniéndonos a lo que dispone la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAPAC, y como nos dice el art. 48.2 de la citada ley, si el plazo se fija en meses (que es cómo nos dice el art. 326 párrafo segundo de la LH), éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo, luego de ahí la lógica de adicionar un día más al plazo para interponer la demanda civil en caso de no resolución expresa de la DGRN del recurso gubernativo.

Pero volviendo la atención a lo que nos atañe en este punto debemos centrar nuestro análisis en un tema como es la legitimación⁴³ para interponer el recurso gubernativo en caso de que un Registrador califique desfavorablemente la escritura a él presentada conteniendo disposiciones sobre un derecho de vuelo y subsuelo, en teoría correctamente constituido con los requisitos que señala el art. 16.2 RH. Y es que cuando el derecho de vuelo y subsuelo se haya transmitido a un titular, persona física o jurídica, o bien se lo haya reservado el constructor antes de vender el primero de los pisos o viviendas del edificio, hada obsta a que éste o aquel presenten recurso contra una eventual calificación desfavorable de un Registrador. Pero es que a tenor del art. 12 LPH cabe la posibilidad de que el derecho de vuelo y subsuelo lo haya concedido la propia Comunidad de Propietarios o bien a un comunero o bien a un tercero ajeno a ésta.

El art. 325 apartado a) de la LH establece la legitimación activa⁴⁴ para interponer el recurso gubernativo en la persona, natural o jurídica, a cuyo favor se

⁴³ Sobre la legitimación activa del Notario en los recursos gubernativos y en los posteriores procesos judiciales se había pronunciado a favor SÁNCHEZ-PEGO alcanzando también al Ministerio Fiscal, en los supuestos que contemplaba el art. 112 RH (artículo éste que se anuló parcialmente por la STS de 22-5-00, por lo que hoy en día hay que referir la legitimación activa para recurrir al art. 325 LH), negándosele el citado autor al Abogado del Estado en el caso de los procesos judiciales porque su interés es el de la Administración, (la DGRN), y sólo ostentándola en estos casos con carácter pasivo. El Registrador según el autor sí que tiene legitimación activa para recurrir gubernativamente, aunque no pudiendo sostener procesalmente una posición contraria a la del órgano directivo decisorio siendo la intervención de la DGRN la única procesalmente relevante (SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, F.J., en *La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador...*, *ob. cit.*, p. 632).

⁴⁴ DE PABLO CONTRERAS propone que ha de reconocerse de *lege ferenda* la legitimación activa para recurrir a los interesados en toda su extensión, tanto en la vía administrativa previa como en la ulterior jurisdiccional pero debe negarse en ambos casos al Registrador autor del acto, como tampoco al Notario autorizante del documento, al menos para el recurso judicial ulterior (DE PABLO CONTRERAS, P., en «*Situación actual y perspectivas del recurso gubernativo contra la calificación...*», *ob. cit.*, p. 148).

haya de practicar la inscripción (normalmente y en nuestro caso, el titular del derecho de vuelo y subsuelo), como también en la persona que tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por cualquier otro concepto, o por quien ostente notoriamente o acredite de forma auténtica la representación legal y voluntaria de unos y de otros para tal objeto. En el caso del derecho de vuelo y subsuelo, su legítimo titular podría eventualmente interponer un recurso gubernativo contra la calificación desfavorable del Registrador, pero en el caso de una Comunidad de propietarios que transfiere un derecho de vuelo y subsuelo podría resultarle conveniente a la misma que conste tal inscripción de un modo correcto, al menos con los requisitos que el propio art. 12 de LPH impone. Recordemos que tal precepto establece que la construcción de nuevas plantas o cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, y el ejercicio de un derecho de vuelo y subsuelo lo es, al afectar al título constitutivo, deben someterse a las normas y régimen establecido para la modificación del mismo que no es otro que la regla de la unanimidad a que se refiere el art. 17 LPH. Y no nos olvidemos asimismo que el acuerdo de la junta de propietarios deberá fijar la naturaleza de la modificación, las alteraciones que ello origine en la descripción de la finca y de los demás pisos y locales, así como la variación de las cuotas, y finalmente el titular o titulares de los nuevos pisos o locales. Y es que podría ocurrir que ante una calificación desfavorable del Registrador al título jurídico del titular del derecho transmitido que se pretende inscribir, sea la propia comunidad de propietarios quien tenga interés en sustanciar el recurso ya que, no solo al titular del derecho concedido sino a la comunidad le interese que el nuevo titular de nuevos elementos privativos en la Comunidad comience a ejercer de pleno sus derechos como comunero, bien sea asistiendo a las juntas, bien sea contribuyendo a las cargas y gastos comunes del inmueble. En tal caso, negar la posibilidad a la Comunidad de propietarios de entablar un recurso contra la calificación negativa del Registrador a inscribir un título por el que aquella transfirió un derecho de vuelo a un tercero, sea o no comunero, es privar a la Comunidad de propietarios de un derecho que le es consustancial, como es el de velar por el interés de todos y cada uno de los comuneros. Como sabemos las Comunidades de Propietarios carecen de personalidad jurídica propia, independientemente de la de los comuneros, y por lo tanto no pueden por sí mismas ser titular de derechos y obligaciones, sin embargo la LEC 2000 en su art. 6.¹⁴⁵

⁴⁵ Si bien LORCA NAVARRETE nos dice que en la antigua LEC la personalidad procesal era la capacidad jurídica establecida en el Derecho civil, ahora con la LEC nueva se pasa a una metodología procesal y no civilista, ya que antes sólo a través de una inferencia hermenéutica del CC era posible elaborar una lista de quienes podían actuar con capacidad para ser parte (LORCA NAVARRETE, A.M.^a, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Lex nova, 1ª Ed. Valladolid, 2000, pp. 110-128). El art. 6.1 LEC 2000 les confiere capacidad para ser parte en los procesos civiles a las entidades sin personalidad jurídica a las que la Ley les reconozca capacidad para ser parte, y la LPH así se le confiere a las Comunidades de Propietarios. Así, DE LA OLIVA encuadra en el supuesto del núm. 5 del precepto citado a las comunidades de propietarios, al tratarse de una entidad desprovista de personalidad jurídica, propiamente dicha, pero con capacidad para ser parte reconocida en la ley, en



al contrario de la laguna que tenía su predecesora de 1881, sí que les confiere capacidad para ser parte en los procedimientos y procesos, como también así lo establece el art. 13.3 LPH al asignar al Presidente de la Comunidad la capacidad para representarla en juicio y fuera de él⁴⁶.

La doctrina y fundamentalmente las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han venido a negar a las Comunidades de Propietarios la posibilidad de ser titular de derechos, y por lo tanto, tampoco de los derechos de vuelo y subsuelo. En consecuencia con ello, tampoco tendrían legitimación activa para entablar un recurso gubernativo en defensa de tales derechos. Y así la RDGRN de 23 de junio de 2001⁴⁷, viene a sentar la imposibilidad de que una comunidad de propietarios sea titular de bien o derecho alguno al tratar un caso de conversión de local ganancial en elemento común precisando el necesario consentimiento de ambos cónyuges. Dicha resolución de la DGRN trataba el caso de la inscripción registral de una rectificación de una DON y división horizontal por parte del Presidente de una Comunidad de Propietarios y por el representante legal de la promotora constructora, al quererse inscribir a un apartamento como elemento común por destino al tratarse de la portería de un complejo inmobiliario. El Registrador denegó la calificación por diversas razones, entre otras, porque no era posible practicar la inscripción del inmueble directamente a favor de la Comunidad de propietarios ya que carece de personalidad jurídica, pues el ordenamiento vigente sólo le reconoce capacidad procesal y de gestión. Alegaba el Registrador que el art. 11 del RH en su último apartado⁴⁸ sólo les permitía a las comunidades de

este caso, en la LPH, aunque el art. 13.3 de la misma, sólo la atribuya al Presidente, debiendo entenderse que a quien le confiere la LEC la capacidad para ser parte es la comunidad en sí misma (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 1ª Ed., Madrid, 2001, pp. 80-84).

⁴⁶ GONZÁLEZ CARRASCO apunta que la doctrina ha venido compartiendo la tesis jurisprudencial del recurso a la *representación orgánica* del Presidente de la comunidad, mientras que los prejuicios derivados de la inexistencia de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios hacía que otros consideraran la caracterización de órgano como «expresión ilustrativa», pese a su inexactitud (GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edit. Thomson Aranzadi, 3ª Ed., 2007, pp. 385-386). En la representación orgánica es la propia organización del grupo la que establece el ámbito dentro del cual la actuación del titular del mismo es eficaz para el grupo. Si bien como dice la autora, en el ámbito de la legitimación procesal la jurisprudencia ha evolucionado claramente hacia la limitación del poder representativo del Presidente y la necesidad del acuerdo de la junta como requisito para la legitimación en el proceso, requisito éste que no se exigía con arreglo a la anterior LPH de 1960 y que la de 1999, exigió para la cesación de las actividades previstas en el art. 7 LPH (GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *ob. cit.*, pp. 401-402), por lo que las obras derivadas de un derecho de vuelo requieren del acuerdo de junta para facultar al Presidente a ejercer acciones legales que insten la paralización éstas.

⁴⁷ RDGRN 23- 6-01, RJ 2001/5686.

⁴⁸ El art. 11 RH en su párrafo quinto fue declarado nulo por la STS de 31-1-01, RJ 2001/1083, que anuló además del citado precepto el art. 16.2.c) del RH en cuanto a la exigencia de que en el título a inscribir de un derecho de vuelo constara el plazo máximo de ejercicio del mismo que no podía exceder de 10 años.

propietarios en régimen de propiedad horizontal practicar anotaciones preventivas de embargo y demanda como asientos transitorios con la finalidad de garantizar las resultas de un procedimiento. La calificación es recurrida por el Presidente de la Comunidad en el correspondiente recurso gubernativo, y el Registrador en defensa de su nota sigue insistiendo en la carencia de legitimación del Presidente para interponer el recurso gubernativo, según el extinto art. 112 RH, hoy derogado, y que es confirmada por el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, siendo recurrido en apelación su fallo, y en este caso, la Dirección General de Registros y del Notariado viene a decirnos, al confirmar la calificación del Registrador que «... no puede realizarse la inscripción del local a favor de la Comunidad de Propietarios ya que la misma carece de personalidad jurídica y por lo tanto no cabe que ostente la titularidad registral...».

La STS de 31-1-01 (Sala 3ª)⁴⁹ nos dice en su Fundamento de derecho undécimo que una anotación preventiva de demanda o embargo en el Registro de la Propiedad no se puede hacer por quien no tiene personalidad jurídica, ya que el art. 72 de la LH exige que en las misma consten las misma circunstancias que se exigen para la inscripciones, entre las que están la condición de persona natural o jurídica de quien la haga. Como vemos, si la Comunidad de Propietarios carece de personalidad jurídica y no puede tener inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad bien o derecho alguno, ¿cómo resolver entonces el problema de su legitimación para recurrir la calificación desfavorable del Registrador al no poder ser titular de derechos inscribibles? Lo que choca con el precepto legitimador del recurso gubernativo es que si el Presidente o Administrador de una Comunidad de propietarios constituida en régimen de propiedad horizontal, puede accionar judicialmente, según el art. 13.3 LPH, contra los comuneros propietarios de viviendas o locales por el incumplimiento de éstos de alguna de las obligaciones que tienen, como entre otras la de contribuir a los gastos comunes y al fondo de reserva (art. 9.1 e) y f) de la LPH), solicitando incluso el embargo de sus bienes (Art. 21.5 LPH), cómo no va a poder entablar un recurso gubernativo para instar la inscripción de un título jurídico a favor de un tercero a quien le ha conferido un derecho como es el de vuelo y subsuelo. Lo cierto es que la STS de 31-1-01 nos dice que ninguno de los preceptos aludidos de la LPH confiere a las comunidades de propietarios el carácter de personas jurídicas, como lo demuestra el hecho de que carecen de las posibilidad de adquirir bienes como únicos titulares, ya que su adquisición vendría a integrarse entre los elementos comunes en régimen de copropiedad, y si no pueden adquirir bienes y derechos, les falta una de las facultades inherentes a cualquier persona jurídica según el art. 38 CC, además de la de ejercitar acciones civiles y criminales. Otra cosa es que de *lege ferenda* se pudiera conferir a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal la posibilidad de anotar preventivamente demandas o embargos a su favor, pero hoy por hoy esta posibilidad está vetada

⁴⁹ STS de 31-1-01 (Sala 3ª) RJ 2001/1083.

desde el punto de vista registral y legal ya que desaparecido el párrafo último del art. 11 RH, sólo queda vigente el párrafo primero del citado precepto a cuyo tenor no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica, y el art. 9.4 LH establece que todas las inscripciones expresarán necesariamente la persona natural o jurídica a favor de quien se haga la inscripción, todo ello en concordancia con el propio art. 72 LH ya citado. Pero una cosa es la anotación registral de un bien o derecho a favor de una persona natural o jurídica, y otra cosa bien distinta es la negación de la legitimación para entablar una acción procesal judicial o administrativa que entendemos que el propio art. 325 1º de la LH pudiera conferir a la Comunidad de Propietarios sobre la base de entender integrable a la misma en la genérica remisión que el precepto efectúa a «...quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta (la inscripción se refiere) como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto...». Y creemos que es el Presidente de la Comunidad⁵⁰ debidamente mandatado por la junta de propietarios⁵¹, quien podría perfectamente entablar un recurso como es el gubernativo con base al argumento legal precitado, ya que si no fuera así, quedaría vacía de contenido la debida protección legal a los intereses de los comuneros, como en el caso de la acción antes descrita contra el comunero que no paga sus cuotas para contribuir a los gastos comunes o el fondo de reserva, o incluso para entablar una demanda contra el comunero que ejercita un acto de inmisión o perturbador contra la comunidad perjudicando a la misma o a cualquiera de sus integrantes en el pacífico goce y disfrute de su parte privativa y de los elementos comunes. Pero obsérvese que la acción ejercitada por el Presidente al entablar el recurso gubernativo, no lo estará haciendo en representación de la Comunidad como un ente jurídico único, sino que lo estará ejercitando en representación de todos y cada uno de los comuneros como tales. Pero ello no excluye la posibilidad de que cada comunero pueda reclamar o accionar individualmente tanto en relación a su propiedad privativa como a los elementos comunes que comparte con el resto⁵². La propia DGRN

⁵⁰ Y creemos que tal representatividad del Presidente que emana del art. 13.3º LPH para todos los asuntos que afecten a la comunidad no requiere el refrendo de un instrumento notarial ostentando a tal efecto legitimación «*ad processum*» activa y pasivamente en los juicios en que concurra en representación de la comunidad (PÉREZ UREÑA, A.A., *Los órganos unipersonales de las comunidades de propietarios*, Edit. Dilex, Madrid, 2002, pp. 97-138).

⁵¹ Para la legitimación activa «*ad causam*» requerirá el acuerdo previo autorizador de la junta porque a la comunidad de propietarios le corresponde como tal, pudiendo ejercitarla en su nombre el Presidente o en su caso el Administrador tal y como sostiene FUENTES SORIANO, O., en «Aspectos procesales de la Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 1999» en *Tribunales de Justicia*, núm. 3, marzo 2000, p. 330.

⁵² Y así lo afirma FUENTES LOJO cuando nos dice que si un propietario se considera perjudicado por la actividad de otro, y la junta no adopta el acuerdo para impedirlo, está legitimado activamente para ejercitar la acción correspondiente para que tal actividad sea prohibida y cese en ella con base en el art. 7.2 párrafo 1º LPH (FUENTES LOJO, J.V., Edit. jurídica Sepin, octubre, 1999). A mayor abundamiento, CRESPO ALLUÉ se inclina por que la exigencia de la autorización previa de la junta

en la Resolución comentada de 23 de junio de 2001 al decirnos en su Fundamento de derecho cuarto que confirma la calificación del Registrador al no poderse realizar la inscripción registral a favor de la Comunidad de propietarios ya que la misma carece de personalidad jurídica, sin embargo, no rechaza su recurso por falta de legitimación de la misma sino que entra en el fondo del asunto, lo que equivale tanto como a aceptar la debida legitimación activa de aquella para ejercitar un recurso gubernativo ante tal Centro Directivo. Debemos apuntar que el Registrador en defensa de su nota alegaba que el Presidente de la Comunidad carecía de legitimación para interponer el recurso gubernativo según el art. 112.1 del RH al no haber acreditado la vigencia del cargo de Presidente, pero no porque careciera de legitimación para accionar. Y es que una cosa es la legitimación para interponer el recurso y otro bien distinta es la posibilidad de que la comunidad de propietarios ostente una titularidad registral que la RDGRN comentada destierra.

Una cuestión final es la de que la hipotética negativa del Registrador a inscribir una escritura de constitución, modificación o extinción de un derecho de vuelo, sin antes haberla liquidado del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, podrá ser lógicamente impugnada, pero tal acto no será un acto sometido al Derecho Administrativo, sino una cuestión estrictamente registral, y por ende civil, tal y como ha señalado la STS (Sala 3ª) de 28 de noviembre de 1998⁵³.

5. ESPECIFICIDADES EN EL DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA

Cuando veíamos en el epígrafe precedente la posibilidad de actuación de los Presidentes de los TSJ de las CCAA al resolver los recursos gubernativos contra las calificaciones registrales en materias propias de Derecho civil especial o foral, cuando así se lo hubiera atribuido expresamente un Estatuto de Autonomía, nos quedaba una duda y era la de que cuando se trataba de una materia en la calificación denegatoria del Registrador referida a Derecho común, el interesado presentador del título a calificar, tenía como vimos la doble opción de o de recurrir gubernativamente ante la DGRN o bien interponer demanda a tramitar como juicio declarativo verbal ante el Juzgado de primera instancia competente por razón del territorio donde estuviera ubicado el inmueble.

para que el Presidente pueda accionar no implica privar a cada propietario de su legitimación individual, pues la negativa o resistencia de aquel no ha de suponer un obstáculo insalvable para el propietario individual (CRESPO ALLUÉ, F., *La reforma de la propiedad horizontal*, Edit. Lex Nova, 1999, p. 75).

⁵³ STS 28-11-98, RJ 1998/10301. Otra STS de 22-12-94, RJ 1994/10498, ésta de la Sala 1ª, y en materia de Derecho mercantil, nos dice que el derecho de una sociedad mercantil a la publicidad registral del acuerdo de la junta sobre la retribuciones de los administradores de la sociedad es un acto de la DGRN sujeto al control judicial civil.



Sin embargo en el caso de que la calificación registral desfavorable a impugnar por medio del recurso gubernativo se basara en materias del Derecho foral o especial, y de conformidad con la Disposición Adicional séptima de la LOPJ la vía era la de acudir al órgano judicial de la Comunidad Autónoma al que le hubiera atribuido tal competencia resolutoria en el respectivo Estatuto de Autonomía, con lo que nos encontramos, que en este segundo caso, la única vía es la de ir a un órgano jurisdiccional aunque no actúe en este momento como tal.

Ante tal situación por así decirlo discriminatoria, alguna Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencia, ha legislado al efecto. Es el caso de Cataluña, con la Ley 4/2005 de 8 de abril, denominada de los Recursos contra la calificación del Registrador fundamentados en infracción de normas del Derecho civil Catalán.

El antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, hoy derogado por el de 2006, encomendaba en su art. 20.1.e) a los órganos jurisdiccionales de Cataluña la competencia referida a la resolución de los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo catalán que debían tener acceso al Registro de la Propiedad. El nuevo Estatuto de 2006 al regular en el Título III dedicado al Poder Judicial en Cataluña, y dentro del Capítulo 1 en el art. 95 las competencias del TSJ de Cataluña no señala expresamente que se le confiere tal competencia resolutoria en materia de recurso gubernativo que verse sobre Derecho civil catalán. Sólo se señala en el art. 147.2 que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban tener acceso a un registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña. Con lo que la nueva previsión estatutaria ampara la regulación por la Ley citada del recurso gubernativo que antes tenía su cobijo legal en el art. 20 del Estatuto de 1979.

La Ley 4/2005 Catalana (que es previa al vigente Estatuto) regula en su artículo 1 su objeto que no es otro que el de crear un recurso gubernativo contra las calificaciones negativas de los títulos o las cláusulas de éstos contrarias al Derecho catalán y que se hayan presentado a inscripción de un Registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles en Cataluña, siempre que los recursos se funden en infracción de las normas del derecho catalán. Contra tales actos cabrá el recurso gubernativo a interponer ante un órgano integrado en la Generalitat de Cataluña, como es la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, la cual se asesorará de una comisión integrada por expertos. El procedimiento a seguir será el mismo que el descrito en el art. 325 LH, teniendo en cuenta que las referencias de la LH a la DGRN deben entenderse hechas al órgano citado creado por la Ley catalana, debiendo publicarse sus resoluciones en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.

Nos dice el art. 3 de la Ley catalana que contra las resoluciones del Centro directivo catalán cabra recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Pero no nos dice cuál es. No obstante nos dice en el penúltimo párrafo de su Exposición de motivos que sería deseable que esta competencia por razones de unificación de doctrina y de celeridad recayera en la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña, ya que alega que existe un precedente en la Ley de 10 de marzo de 1963⁴ reguladora



del Tribunal de Casación en el que se creó una sección de recurso gubernativos dentro de la Sala civil.

Obviamente carece de competencias la Generalitat de Cataluña para establecer un régimen competencial en materia jurisdiccional, aunque también es cierto que debemos entender que la Disposición Adicional Séptima de la LOPJ establece una habilitación a que por Ley Orgánica que es la norma aprobadora de los Estatutos de Autonomía, al ser norma con rango de ley, y no vulnerar en consecuencia lo dispuesto por el art. 117.4 CE en cuanto a la atribución por norma con rango de ley de funciones de garante de cualquier derecho por los juzgados y tribunales, se establezca esta atribución competencial a un órgano jurisdiccional radicado en la Comunidad Autónoma. Y el Estatuto de Autonomía Catalán perfectamente podía haberlo hecho en La Sala de lo civil y Penal del TSJ de Cataluña como era la intención manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2005 catalana. Sin embargo no lo hizo pudiendo hacerlo. Ello nos lleva a preguntarnos ante qué órgano jurisdiccional debemos recurrir el acto resolutor de un recurso gubernativo por parte de la Dirección general de Derecho y entidades Jurídicas catalana, por cuanto al tratarse de un órgano encuadrado en la Administración Pública, la jurisdicción competente sería la contencioso Administrativa. Entiendo que por esa remisión que hace la Ley catalana en su art. 4 a la forma de intervención y tramitación de los recursos establecidos en el art. 325 y siguientes de la LH, el acto del centro directivo Catalán deberá ser recurrido ante la jurisdicción del orden civil y por los trámites del juicio declarativo verbal en congruencia con lo establecido por el art. 328 LH.

Pero insistimos, ha sido una pena que pudiendo hacerlo la LO que aprobó el nuevo Estatuto de autonomía Catalán no haya regulado expresamente tal atribución competencial al TSJ de Cataluña, aunque ello pugnara con lo establecido en el art. 328 LH en cuanto a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de la provincia donde radique el inmueble que es quien tiene la competencia en materia de derecho común, y que a falta de regulación expresa, deberá ser también quienes juzguen las impugnaciones de las Resoluciones de la Dirección General de la Generalitat encargada de resolver los recursos gubernativos basados en derecho catalán, ya que el Estatuto catalán de 2006 no incluyó dentro de las atribuciones del TSJ catalán tal competencia como hubiera sido deseable.

No obstante la polémica está abierta al debate y a buen seguro que más de un caso nos encontraremos de conflicto de competencias entre el orden contencioso administrativo y el civil para resolver tales impugnaciones, ya que si bien por el órgano sería competente el primero de los órdenes citados, sin embargo por razón de la materia (derecho civil catalán) debería serlo el segundo⁵⁴.

⁵⁴ El tema cobra especial relevancia en Cataluña a raíz de la reciente Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del programa piloto de mediación en ámbitos del Derecho civil distintos del Derecho de familia, al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.



6. CONCLUSIONES

El recurso gubernativo no lo podemos considerar estrictamente como un procedimiento jurisdiccional de solución de un conflicto jurídico, ya que ni siquiera cuando interviene un órgano afecto a la judicatura como es la intervención del Presidente del TSJ de las CCAA (que hoy en día sólo lo hace en materias de derecho civil, especial o foral), el mismo carece de competencias como órgano unipersonal para enjuiciar contiendas entre particulares, no habiendo en este aspecto unanimidad ni jurisprudencial ni doctrinal sobre la naturaleza jurídica del precitado recurso. Nosotros preferimos conceptualizarlo como un procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto jurídico en el ámbito civil, ya que ni siquiera cuando se interpone la demanda por los trámites del juicio declarativo verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos encontramos con un procedimiento de jurisdicción voluntaria que es como incluso lo llega a denominar alguna Ley, aunque no en su articulado sino en su Exposición de Motivos⁵⁵. La eventual demanda contra la denegación del recurso gubernativo por la Dirección General de los Registros y del Notariado o directamente contra la calificación desfavorable del Registrador, no tendrá más naturaleza que la de una acción procesal para el reconocimiento jurídico de una situación extrarregistral que pretende tener acceso al Registro de la Propiedad. Y prueba de ello es el procedimiento seguido que es el más sencillo en trámites de los procesos declarativos civiles. El acercamiento del denominado recurso gubernativo a su condición de procedimiento extrajudicial se hace más patente cuanto más se tiene que aplicar la normativa administrativa en materia de procedimientos en cuanto a plazos, su cómputo y a la figura del silencio administrativo tal y como veíamos páginas atrás, con la equiparación de normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJPC, en aspectos procedimentales como los citados, y que son análogos a los arts. 325 y siguientes de la LH en tales aspectos, y ello sin perjuicio de que las más recientes normas que han disciplinado la figura del recurso gubernativo, tales como la Ley 24/2001 y la Ley 24/2005, han reforzado la idea de encuadrar a tal figura dentro del sistema administrativo de recursos, que es la postura que defiende De Pablo Contreras⁵⁶, si bien no es pacífico en la doctrina el criterio delimitador de si los actos de un Centro Directivo integrado dentro de la

⁵⁵ La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, *BOE* núm. 89 de 14-4-98.

⁵⁶ DE PABLO CONTRERAS califica a la potestad calificadora de los Registradores como una potestad administrativa, y, por tanto, la práctica de sus asientos, como su denegación, por ende, como actos administrativos, y, por consiguiente, a las resoluciones de la DGRN les conviene el adjetivo de «administrativas» por lo que su tendencia es, a nuestro juicio, más administrativista que jurisdiccional ya que, como vimos, propone que sea la Comisión específica a la que alude el art.107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la LRJPAC, la que pueda entrar a conocer de los recursos gubernativos con carácter previo a la DGRN (DE PABLO CONTRERAS, P., «*Situación actual y perspectivas...*» *ob. cit.*, p. 124, y en «Comentario al art. 18 LH», *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, coord. por ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., tomo VII, vol.4º, Edersa, 1999, pp. 1-54).

Administración Pública como es la Dirección General de los Registros y del Notariado, deben de ser recurridos en vía contencioso administrativa o bien en la vía ordinaria civil, inclinándonos nosotros por no atender tanto a la naturaleza del órgano que dicta el acto, cuanto a la materia sobre la que versan los mismos, que al tratarse de cuestiones referidas al derecho de propiedad y derechos reales sobre los mismos, hacen incompetente a aquel orden jurisdiccional contencioso administrativo para entrar a revisar las resoluciones dictadas por la DGRN.

Conectado con la conclusión antes descrita y en materia de los derechos de vuelo y subsuelo, entendemos que la legitimación activa del titular de los mismos (los haya obtenido por vía de transmisión de los derechos o por la vía de reserva de los mismos por el inicial propietario del inmueble antes de proceder a la venta del primero de los pisos o locales), para poder entablar un recurso gubernativo para obtener la inscripción registral de algún acto relativo a sus derechos queda fuera de toda duda, cosa que no ocurre por igual con las Comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal, al carecer éstas legalmente de personalidad jurídica independiente de las de los comuneros que la integran. Por lo que la legitimación para interponer el meritado recurso la ostentará el Presidente de la comunidad como representante legal de tal ente sin personalidad jurídica propia, ejerciendo la acción en representación de todos y cada uno de los comuneros considerados individualmente como titulares de una parte privativa en el inmueble y de su parte alcuota en los elementos comunes del edificio en cuestión, y sin perjuicio de las posibilidades de reclamar de cada comunero a título individual, cuestión ésta implícita en el texto de la LPH y que debiera tener su tipificación legal.

7. UNA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA SOBRE EL RECURSO GUBERNATIVO

Como propuesta de modificación normativa⁵⁷, entendemos que una vez declarada nula la regulación del recurso gubernativo contenida en el Reglamento Hipotecario⁵⁸, parece oportuno mantener la existente en una norma con rango de

⁵⁷ GARCÍA GARCÍA propone excluir del conocimiento de los recursos gubernativos a la DGRN inclinándose por los órganos judiciales, conociendo los TSJ de las CCAA, en única instancia o si lo es en primera, con una apelación ante la Sala 1ª del TS (GARCÍA GARCÍA, J.M., «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario» en *La calificación registral, ob. cit.*, CRPME, Civitas, 1996, edic. a cargo de GÓMEZ GALLIDO, F.J., tomo II, pp. 330-396). VERCER GARAU propone el establecimiento de un recurso gubernativo con una sola instancia ante la DGRN previa una reposición ante el Registrador (VERCER GARAU, J., «En torno a la estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra las calificación de la Propiedad y Mercantiles» en *RCDI* enero-febrero 1993, núm. 614, pp. 56-82; también recogido en la obra *La calificación registral, ob. cit.*, tomo III, pp. 1909-1933).

⁵⁸ En virtud de la STS (Sala 3ª) de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/6275, que declaró nulos los preceptos del Reglamento Hipotecario introducidos por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por regular materias reservadas a la Ley, vulnerar la CE e infringir las Leyes.





Ley como es la Ley Hipotecaria, para garantizar el principio de reserva de Ley en la regulación de los aspectos relativos al derecho de propiedad y no quebrantar el art. 33 de la CE, como por igual los aspectos que reglamentan un procedimiento que entendemos más administrativo que jurisdiccional, y así tampoco vulnerar la reserva legal del art. 105 CE, sin embargo, parece oportuno que de *lege ferenda* se aborde la modificación de la LOPJ de cara a clarificar el papel a jugar por los Tribunales Superiores de Justicia, en concreto por sus Salas de lo Civil y Penal⁵⁹ en la resolución de los recursos gubernativos en materia de derecho civil foral o especial, más que conferir tal facultad a los Presidentes de los TSJ de las CCAA en cuanto éstos no son órganos unipersonales resolutorios de conflictos entre partes. Asimismo deberíamos barajar la posibilidad de una posible intervención arbitral⁶⁰ en la resolución de conflictos civiles de naturaleza calificatoria registral dotándola de plenos efectos civiles, y siempre bajo el paraguas de una norma con rango de Ley, pero no incluyéndolo como un procedimiento jurisdiccional más en los casos de jurisdicción voluntaria, al no tratarse de un procedimiento de tal clase, sino que se trataría, a nuestro juicio, de un puro método o procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto que versa sobre una materia civil. En cualquier caso y tal y como dice De Pablo Contreras⁶¹, tal reforma debe serlo por norma con rango de ley, y debiera ser una buena idea y oportunidad la inclusión de tal reforma en la nueva y futura ley de jurisdicción voluntaria⁶² que anunció la DA 18ª de la LEC 2000, sin perjuicio de que ello implicará una modificación de la LH, e incluso de la LOPJ, si se toca el papel de los Presidentes de los TSJ de las CCAA, pero insistimos, tratándolo como un mero procedimiento heterocompositivo o extrajudicial, aunque se aborde la reforma en una ley calificada de jurisdicción voluntaria.

⁵⁹ SÁNCHEZ-PEGO así lo propone, dejando sólo el recurso judicial en las CCAA cuyos Estatutos así lo hayan previsto y proponiendo que en caso de no abordarse la reforma los Presidentes de los TSJ de CCAA dicten autos declinatorios de jurisdicción con apertura de conflicto jurisdiccional negativo frente a la DGRN, salvo que los Estatutos de Autonomía así lo hayan previsto en los casos de derecho civil foral o especial (SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, F.J., «*La función judicial...*» *ob. cit.*, pp. 638-639). Pero esta postura no olvidemos que fuere previa a la STS de 22-5-00. DE PABLO CONTRERAS opta por su eliminación como primera instancia de los recursos gubernativos aunque pueda defenderse su constitucionalidad partiendo de la función de naturaleza administrativa que desempeñen (DE PABLO CONTRERAS, P., «*Situación y perspectivas...*», *ob. cit.*, p. 144).

⁶⁰ De tipo arbitral tildaba LACRUZ BERDEJO a la intervención del Presidente del TSJ y de la DGRN (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos*, *ob. cit.*, tomo III bis, pp. 329-330).

⁶¹ DE PABLO CONTRERAS, P., «*Situación actual y perspectivas del recurso gubernativo...*», *ob. cit.*, pp. 142-149).

⁶² Así lo apoya también en su propuesta de reforma normativa del recurso gubernativo GARCÍA GARCÍA, si bien con respecto a la posible y eventual sustitución de la DGRN como órgano resolutorio por la Sala 1ª del TS, a juicio del autor debe estudiarse tal medida dado el gran prestigio de la doctrina que ha emanado de tal órgano (GARCÍA GARCÍA, J.M. «*La esencia del recurso gubernativo*» *ob. cit.*, pp. 1341-1342).