

Id Cendoj: 28079110012009100182
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 152/2004
 Nº de Resolución: 102/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL x
- x ANOTACIÓN DE DEMANDA x

Resumen:

Práctica indebida de una anotación preventiva de demandada sobre reclamación de crédito sin trascendencia real ni registral; existencia de perjuicio; falta de nexo de causalidad entre la conducta del registrador que calificó erróneamente el mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, y los perjuicios reclamados. Los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en la que incurrió: criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos; criterio de la interferencia de causas; criterio del fin de protección de la norma infringida. El análisis del caso concreto desde los indicados criterios lleva a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del registrador no podía comprender los efectos dañosos que produjo en el caso examinado el error en que incurrió en la calificación jurídica de la anotación preventiva solicitada. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal por plantearse, bajo la mención formal de preceptos procesales, cuestiones sustantivas que deben ser objeto del recurso de casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 152/2004, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de ASFALTOS CHOVA S.A, aquí representada por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle contra la sentencia dictada en grado de apelación rollo número 115/2003 por la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 3 de noviembre de 2003, dimanante del procedimiento de menor cuantía número 611/2002 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador Don Gonzalo Santos de Dios en nombre y representación de Don Carlos Manuel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Castellón dictó sentencia de 7 de febrero de 2003 en el juicio ordinario n.º 611/2002, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D.^a María Pilar Ballester Ozcariz en nombre y representación de Asfaltos Chova Sociedad Anónima debo absolver y absuelvo a D. Carlos Manuel de todos los pedimentos formulados contra el mismo, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO . - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Se ejercita por la parte actora una acción de reclamación de daños y perjuicios al amparo del *artículo 1902 CC* entendiendo que en el presente supuesto concurre la responsabilidad del registrador puesto que debido al hecho de no calificar adecuadamente el mandamiento de fecha 17 de mayo de 1993, la parte se ha visto irreversiblemente privada del inmueble. Procede por tanto dilucidar si efectivamente nos encontramos ante una actuación culposa o negligente del demandado, teniendo en cuenta que estamos ante un supuesto de anotación preventiva de la demanda que se enmarca dentro de las denominadas "judiciales o administrativas" que se caracterizan porque los interesados pueden solicitar la anotación al Juez o Tribunal o a la autoridad administrativa para que estos libren mandamiento al registrador ordenándole que extienda la anotación.

»Segundo. En un primer momento y respondiendo al primitivo mandamiento judicial el registrador manifestó "que la anotación preventiva adolece de "defectos subsanables", ya que no aparece suficientemente identificada la parte actora" subsanándose los mismos.

»De la lectura de dicha anotación se desprende que la misma tal y como se ordenaba en el primitivo mandamiento judicial no debió anotarse, puesto que no reunía los requisitos del *artículo 42.1 LH* al reflejar únicamente la existencia de un procedimiento declarativo de menor cuantía contra la herencia yacente de D. José "sobre reclamación de cantidad" no expresando íntegramente el objeto de la demanda, la pretensión total ejercitada y la causa de la misma y no consignándose en ese concreto mandamiento ninguna acción real o con capacidad para producir una mutación jurídico-real pero en cumplimiento estricto del mandamiento judicial se procedió a la anotación preventiva de la demanda.

»En este punto hemos de tener en cuenta que en ningún momento el juzgador ordenó ni el Registro publicó la existencia de una segunda petición, unida a la primera, y según la sentencia judicial, supletoria de aquella, que solicita según la parte actora en defecto de pago de lo debido y de acuerdo con el contrato privado primitivo la transmisión de la finca a favor del demandante.

»Tercero. Posteriormente, el Sr. registrador percatándose del posible error remitió al juzgado ordenante oficio en el que solicitaba que se librara un mandamiento ordenando cancelar la anotación de la demanda. Dado traslado del escrito a la parte actora, esta se opuso a las pretensiones del Sr. registrador dictando el Juzgado Auto decretando la nulidad de la providencia en la parte en la que acordaba la práctica de la anotación preventiva de la demanda, acordando librar el oportuno mandamiento cancelatorio al Sr. registrador, una vez que el auto fuese firme. Contra el mismo interpuso la actora recurso de reposición, resuelto en el sentido de no haber lugar a expedir el mandamiento cancelatorio de la anotación de la demanda.

»Así pues podemos observar que aunque en un primer momento se procedió a la anotación preventiva de la demanda en cumplimiento del mandamiento judicial, posteriormente el registrador sí puso en conocimiento de la autoridad judicial los defectos que adolecían en la anotación preventiva de la demanda e incluso la parte actora fue conocedora de los mismos. En cuanto a esa actuación considerada por la parte actora como reprochable al registrador hemos de mencionar que de acuerdo con el principio de legalidad y el propio fundamento de la función calificadora, el registrador no puede entrar a calificar el fondo del asunto sino únicamente debe limitarse en el marco de los documentos judiciales a calificar la competencia objetiva, funcional y territorial y las formalidades del documento, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento en que se hubiera dictado y a los obstáculos que surjan del Registro.

»Cuarto. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 1987 declara que "Para calificar como dolosa una conducta no solo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de persona, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vista a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos." Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de julio de 1992 establece que "No esta transida de los paliativos jurisprudenciales relatados, y se hace necesario probar por quien la demanda la existencia, la presencia, de los elementos que configuran la responsabilidad aquilina."

»Asimismo el *artículo 18 LH* preceptúa que "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro" y el *artículo 100 del Reglamento Hipotecario* alude al hecho de que "La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del

documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro".

»También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24 de agosto de 1981 expresa que "Es reiterada doctrina de este Centro que los Registradores en la calificación de los documentos judiciales no podrán entrar en el examen del fundamento de las resoluciones, ya que ello implicaría una revisión de la legalidad e ilegalidad de tales acuerdos, que están salvaguardados con la autoridad y responsabilidad de los Jueces y Tribunales, según declaró la resolución de 25 de mayo de 1980."

»Quinto. Por otra parte, en el fallo de la sentencia que recae en el menor cuantía se accede a las dos peticiones de la actora, es decir, se condena a los demandados al pago de una suma dineraria y no produciéndose el cumplimiento de dicha obligación de pago, con carácter subsidiario, se condena a la herencia yacente del Sr. José a otorgar escritura pública del referido inmueble a favor de la parte actora, pero no se dice qué clase de negocio es este último, ni en base a qué causa se debe producir esta transmisión.

»Cuando ante el impago de la deuda se procede al otorgamiento de la escritura de adjudicación de la finca afectada se menciona la causa por la que se produce la transmisión inmobiliaria llevándose a cabo una nueva interpretación del contrato privado originario. Hasta ese momento la actora decía que la cesión de la finca se hace en virtud de un contrato fiduciario de los " *fiducia cum creditore* ", es decir, la cesión tan solo se hace como garantía del cobro y nunca en pago de la deuda y lo cierto es que hasta la escritura nadie plantea que esa transmisión era una dación en pago de deuda.

»Por tanto si tenemos en cuenta que la demanda inicial solicitaba del juzgado que se declare que "el inmueble esta afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago... y que los herederos del Sr. José vienen obligados a otorgar con carácter inmediato escritura pública del inmueble" y que la sentencia judicial condena al "otorgamiento de escritura del referido inmueble a la parte actora" es evidente que al transmitir la finca a la parte demandante en pago de deuda, se está yendo mas allá de la demanda inicial y de los términos estrictos de la sentencia. En ningún momento se ha solicitado tal otorgamiento por la parte actora, lo que difiere de los términos de la demanda.

»Así pues, con la escritura se da una nueva interpretación del contrato original y la "afectación inicial" y la transmisión pura solicitada se transforma por virtud de escritura pública y sin la intervención de los demandados, en una adjudicación en pago de deuda.

» Estas incongruencias determinan que una vez presentada la escritura de adjudicación en el Registro de la Propiedad se deniegue la inscripción por adolecer de determinados defectos y en concreto:

»1.º) Por incongruencia del mandato con el procedimiento donde se ha dictado, ya que instado un juicio declarativo en reclamación de cantidad que es lo único que consta en el Registro, según su anotación letra A y según el mandamiento que la produjo, se presenta una escritura adjudicando la finca anotada al demandante en pago de la deuda.

»2.º) Obstáculo surgido del Registro como es la existencia de tercero a quien no vincula una anotación de la demanda que carecía de trascendencia real y que nunca pudo adquirir tal trascendencia por el hecho de ser anotada.

»3.º) No se acompaña en la escritura la Sentencia firme en cuya virtud el juez otorga la escritura, aportándose con posterioridad.

»Sexto. En el presente procedimiento no existen pruebas suficientes que permitan determinar la culpa o negligencia del Sr. registrador y en consecuencia la responsabilidad del mismo. A estos efectos hubiera resultado de gran interés la práctica de las pruebas propuestas por la parte actora de interrogatorio del demandado y testifical y a las que seguidamente renunció, puesto que es la parte actora la que debe probar la existencia de la responsabilidad del demandado por los medios de prueba pertinentes en derecho. No ha resultado probada la responsabilidad por parte del demandado ni la existencia del nexo causal entre la conducta y el resultado puesto que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1995 "Siempre será ineludible la exigencia de relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso" y por último tampoco resultan acreditados efectivamente los daños que de conformidad con la STS de fecha 1 de abril de 1996 han de probarse puesto que "La jurisprudencia tiene declarado que para condenar por daños y perjuicios hay que probar su existencia". Por último mencionar que como pone de relieve la parte demandada y la Dirección General de los Registros y el Notariado la trascendencia de la existencia de la anotación preventiva, en cuanto a la calificación de los titulares de

buena fe, debe resolverse en el correspondiente juicio declarativo.

»Séptimo. Que en cuanto a las costas procesales dada la desestimación de la demanda en aplicación del *artículo 394.1 LEC*, las del presente procedimiento se impondrán a la parte actora».

TERCERO. - La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón dictó sentencia de 3 de noviembre de 2003 en el rollo de apelación n.º 115/2003, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Asfaltos Chova, S.A., contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón en fecha 7 de febrero de 2003, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 611 de 2002, confirmando la resolución recurrida e imponiendo el pago de las costas a la parte apelante».

CUARTO .- La sentencia contiene, entre otros, los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto no sean contrarios a los siguientes:

»Primero. La Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda interpuesta e impuso el pago de las costas a la parte actora, quien se alza contra la misma planteando recurso de apelación que fundamenta en que ha existido una acción negligente en el demandado que basa en que la demanda del procedimiento de menor cuantía 1456/92 se ejercita tanto una acción personal de reclamación de cantidad, como una acción con trascendencia real, en que la demanda que dio origen al menor cuantía 1456/92 sí que tenía cabida en el *artículo 42 LH*, aunque el mandamiento ordenando la anotación preventiva estuviera incompleto, que tal y como estaba redactado el mandamiento ordenando la anotación preventiva de la demanda, nunca debió tener acceso al Registro, al no publicar dicho mandamiento el ejercicio de ninguna acción con trascendencia real, por lo que al extender el demandado dicho asiento ordenado por el órgano jurisdiccional calificó negligentemente el título judicial lo que considera que supuso la pérdida de la prioridad registral frente a los adquirentes posteriores. En cuanto a la relación de causalidad, entiende que con la falta de denegación del Sr. registrador del asiento ordenado por la autoridad judicial se privó a la parte de conocer la omisión de la que adolecía el mandamiento judicial, de completar dicha omisión y de ejercitar los recursos pertinentes para el supuesto de denegación, considera además que el mandamiento judicial estaba incompleto, por lo que debió de ser objeto de una motivada denegación, lo que supone un quebranto que debe ser indemnizado, por lo que solicita en definitiva la estimación de la demanda al haber incurrido el demandado en la responsabilidad prevista en los *artículos 296 y siguientes LH*.

»Impugna además el fundamento de derecho quinto de la Sentencia, al tratar una cuestión que es cosa juzgada, la de la incongruencia que se alega, lo que ya fue resuelto por la DGRN en fecha 27 de noviembre de 2001 y finalmente impugnó también la condena en costas que se efectúa en la Sentencia apelada.

»[...] Tercero. La responsabilidad de los Registradores viene contemplada en los *artículos 296 y siguientes LH*, y descartando que el presente supuesto pueda ser incluido en el que regula el *artículo 301*, e incluso en el que contempla el *artículo 300*, ya que como después se examinará el demandante no ostentaba ningún derecho real que pudiera haber perdido por la actuación del registrador, debemos examinar si nos encontramos ante el supuesto contemplado en el *artículo 296-2*, a cuyo tenor el registrador será responsable civilmente de los daños y perjuicios que ocasionare por error o inexactitudes cometidas en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.

»El propio registrador, aquí demandado, reconoció de forma expresa, en su escrito remitido al Juzgado de primera instancia de fecha 20 de enero de 1997, folio 78 y siguientes, que la anotación de la demanda en ese procedimiento y que aparecía en la finca registral n.º NUM000 con la letra NUM001, fue ordenada y anotada indebidamente conforme al *artículo 42.1 LH* por lo que según constaba en dicho escrito se "está produciendo una publicidad engañosa ya que la finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada y la demanda de reclamación de cantidad sólo pretende el reconocimiento de la deuda que, de no pagarse voluntariamente, deberá serlo mediante una fase ejecutiva en la que procederá la anotación del embargo que es lo que determina la prioridad del crédito..."

»Tal conclusión se alcanzó también en el auto dictado en el Recurso Gubernativo n.º 18/99, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 24 de noviembre de 1999, y es

fácilmente apreciable a partir del contenido del *párrafo 1.º del artículo 42 LH* al establecer dicho precepto que podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, y evidentemente no cumplía estos requisitos un mandamiento de anotación preventiva de demanda en el que únicamente se reflejaba que el procedimiento versaba sobre reclamación de cantidad.

»La competencia del registrador para denegar la anotación preventiva que se solicitaba en tales términos también resulta incuestionable a partir de la redacción del *artículo 100 RH*, ya que dicho precepto dispone que "la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro", por lo que teniendo el registrador que verificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, incumplió en el presente supuesto esta obligación al no haber denegado la anotación preventiva que se interesaba por derivar de un procedimiento de reclamación de cantidad y que por ello no podía incluirse en el supuesto contemplado en el *artículo 42-1 LH*, y ello aunque el error partiera de un mandamiento judicial, que el solicitante pudo apreciar también.

»Por otra parte igualmente es un hecho no controvertido y que se acredita con la copia de la demanda del procedimiento de menor cuantía n.º 1456/92 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia que en dicha demanda y de acuerdo a su suplico se interesaban tres peticiones en el mismo, una primera en la que se solicitaba se reconociera la deuda a favor de los demandantes, y a continuación se añadía que se solicitaba que se declare también que el inmueble que se cita, por expresa voluntad del fallecido, está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago que son objeto del litigio, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor conforme al *artículo 1911 CC* y además se interesaba que por voluntad expresa del fallecido, los herederos de éste vienen obligados a otorgar con carácter inmediato y a favor de dicha parte escritura pública del inmueble.

»La cuestión que surge a continuación estriba en determinar las consecuencias que hubiera tenido el hecho de que el registrador no haya denegado motivadamente la anotación preventiva de la demanda que se presentó en virtud de un mandamiento judicial en el que únicamente se reflejaba que la demanda era de reclamación de cantidad.

»En primer lugar debe señalarse que la anotación preventiva de la demanda Letra A, tuvo lugar en fecha 17 de mayo de 1993 y en fecha 2 de agosto de 1993 se practicó la anotación preventiva de embargo Letra B, por lo que en principio hubiera sido muy difícil que hubiera habido tiempo material para que el Juzgado, a instancia de la parte, hubiera emitido un nuevo mandamiento al Registro de la Propiedad donde constara de forma expresa el contenido completo de la demanda, y que esto hubiera tenido lugar antes del día 2 de agosto de 1993, ya que en otro caso el inmueble estaría ya gravado con un embargo.

»En el supuesto de que se hubiera presentado el mandamiento en la forma indicada ante el Registro de la Propiedad y antes de dicha fecha, se plantea si esa demanda en ese caso se hubiera anotado, la respuesta parece ser positiva ya que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de julio de 1998, citada en el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 24 de noviembre de 1999 establece que "aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y la de esta Dirección General, es lo cierto que a lo más que puede llegar es a abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración registral, pero en ningún caso aquellas que podrían desembocar en el derecho al cobro de ciertas cantidades".

»Por lo que si en base a tal doctrina se hubiera anotado la demanda con anterioridad a la anotación del embargo preventivo, debe delimitarse el alcance y los efectos de esta anotación a fin de determinar si la actuación del registrador causo el perjuicio que pretende el recurrente.

»Como indica el auto del Tribunal Superior de Justicia al que antes nos hemos referido de la lectura de la demanda se deduce que nos encontramos con que la cesión de la finca se hace en virtud de un contrato fiduciario de los llamados "fiducia cum creditore", como garantía de cobro y no en pago de la deuda, la doctrina jurisprudencial se ha ocupado de forma extensa de analizar dicha figura jurídica, en este sentido la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 01-02-02, rec. 2558/1996 la define en los siguientes términos "La realidad negocial querida la encuadra la sentencia recurrida en la fiducia "cum creditore", pues si bien no ha habido una transmisión material de las fincas, ya que las conservan los demandantes, sí concurrió transmisión formal, que no tenía otra finalidad que asegurar a los prestamistas (esposos demandados) la devolución de las cantidades que habían desembolsado. La jurisprudencia de

esta Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes (*artículo 1255 CC*) y ha venido a declarar (Sentencias de 19-5-1982, 8-3-1988 7-3-1990, 30-1-1991 y 5-7-1993) que actúa como "causa fiduciae" no la enajenación propiamente, sino el afianzamiento del débito contraído, con lo cual el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, por no ser esta la finalidad perseguida, pues sólo se pretendió la garantía, sin voluntad decidida ni vinculante de comprar o vender (Sentencia de 6-7-1992), por eso la sentencia de 15 de junio de 1994 censura el pacto comisorio, para hacer suyas las fincas y la de 19 de junio de 1997 declara ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio fiduciario.

»Pero quizá la Sentencia que de forma más pormenorizada ha tratado la cuestión ha sido la dictada también por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 26-04-01, resumiendo lo que denomina las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, también llamada "venta en garantía", describiendo que estas son "1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia cum creditore. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

»2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

»3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

»4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

»5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

»6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (*art. 6.4º CC*).

»La Resolución de la DGRN de fecha 24 de octubre de 1997 establece cuál es el alcance de la anotación de la demanda razonando que "la anotación preventiva de la demanda, aun cuando la acción ejercitada no sea estrictamente real sino una acción personal dirigida a provocar una mutación jurídico-real, determina la supeditación al resultado del pleito y con plena eficacia erga omnes de los actos dispositivos que posteriormente otorgue el demandado (*cf. arts 71 y 107-9 LH*), de modo que la eficacia de la posterior sentencia estimatoria no podrá ser obstaculizada por la posible existencia de adquirentes posteriores del bien litigioso, quienes, sobre no gozar -por efecto de la anotación- del juego protector de la fe pública registral (*cf. art. 34 LH*), quedan vinculados por aquella sentencia en los mismos términos que su trasmisente (*cf. Arts. 1252 CC y 9-4 LEC*)."

»Siguiendo a la DGRN (Resolución de 8 de noviembre de 1996), por su parte, "La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene una eficacia real en cuanto vincula erga omnes el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (*cf. Resolución de 3 de junio de 1996*) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (*art. 1923, apartado 4.º CC*), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías (*cf. STS de 24 de febrero de 1995*), precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (*cf. Arts. 69 y 71 de la Ley Hipotecaria*)".

»Se trata en definitiva de una medida cautelar de una mayor intensidad que la que constituye la

simple anotación preventiva de la demanda, siendo su finalidad la de trabar el patrimonio inmobiliario del demandado al objeto de que este garantice las resultas del procedimiento.

»Por lo que partiendo de esta doctrina jurisprudencial no podemos entender que la anotación preventiva que se hubiera podido practicar de la demanda con su suplico completo tuviera prioridad registral frente a una anotación preventiva de embargo que con la letra B, se acordó en los autos de un juicio ejecutivo que terminaron con la adjudicación de la finca, lo que fue inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que la primera tal y como se ha expuesto no concede a su titular un derecho real debiendo procederse en caso de impago de la obligación garantizada contra el fiduciante como cualquier acreedor, por lo que igualmente y aun cuando el registrador hubiera denegado de forma motivada la inscripción de la primera anotación preventiva de demanda acordada por mandamiento de fecha 8-2-93, por hacer mención a una demanda de cantidad y tratarse de un supuesto excluido del *artículo 42-1 LH*, y aun cuando se subsanara tal defecto y se completara el mandamiento indicando la clase de demanda que se ejercitaba, y aunque si esto hubiera tenido lugar antes del día 2 de agosto de 1993, fecha en la que se practicó la anotación preventiva de embargo letra B, no se habría conseguido la prioridad registral que se pretendía.

»Consideramos en consecuencia que el error cometido por el registrador no ha sido lo que ha impedido a la parte inscribir la escritura pública que fue otorgada por el Juzgado de Primera Instancia, ya que dicha escritura, como razonaba el Auto del Tribunal Superior de Justicia ya citado, "da una nueva interpretación al contrato original, y que la afectación inicial y transmisión pura solicitada se transforma por virtud de la escritura pública y, esto es muy importante, sin la intervención de los demandados, en una adjudicación en pago de la deuda, cosa antes nunca querida por unos ni por otros". Por ello ninguna responsabilidad debe imputársele y habiéndolo entendido en este sentido la sentencia dictada, procede su confirmación en tales extremos.

»Cuarto. Se opone el recurrente e impugna el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida, al entender que es una réplica exacta del fundamento segundo del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de noviembre de 1999, a lo que añade que habiendo resultado la DGRN que no existe incongruencia no puede volver a entrar nuevamente en esta cuestión y si bien la Sala entiende que efectivamente la cuestión de la alegada por el registrador para denegar la inscripción, consistente en la incongruencia entre el mandato judicial y el procedimiento del que deriva, fue resuelta de forma definitiva por la resolución dictada por la DGRN, ello en nada modifica lo antes expuesto por lo que aún no compartiendo parte de la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia, la conclusión que aquí se alcanza es igualmente absolutoria para el demandado, en base a los argumentos antes expuestos, por lo que debe confirmarse la Sentencia dictada en cuanto desestima la demanda.

»Quinto. Finalmente solicita el recurrente que no se le impongan las costas de la instancia por revestir serias dudas ante la peculiaridad y excepcionalidad de las circunstancias concurrentes lo que interesa con carácter subsidiario ya que la pretensión principal es que se estime la demanda y se condene en costas a la parte demandada, lo que es contradictorio en sí mismo, ya que si una cuestión es dudosa, se estime o no la demanda debería aplicarse al *párrafo final del artículo 394-1 LEC* y no realizar expresa imposición de costas, pero esto no lo entendemos en tal forma ya que no se aprecian tales dudas, encontrándonos por el contrario ante el vencimiento en la instancia, por lo que las costas deben ser impuestas a la parte que ha interpuesto la demanda. Se desestima en consecuencia el recurso de apelación interpuesto.

»Sexto. Con relación a las costas de la alzada de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 394-1 y 398-1 LEC* se imponen al apelante al desestimar el recurso de apelación».

QUINTO. - En el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Asfaltos Chova, S. A., se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero. «Previsto en el *art. 469.1.4.ª LEC* vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el *art. 24 CE* en concreto por la vulneración derecho a la tutela judicial efectiva que se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón con infracción del *art. 18 LPOJ* en relación con el *art. 222 LEC*.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Según la sentencia recurrida la escritura pública otorgada por el Juzgado en el menor cuantía n.º 1456/1992, a pesar de hacerse constar expresamente que estamos ante una adjudicación en pago («La adjudicación se efectúa en pago de la deuda reclamada y no satisfecha y que asciende según consta en autos a la suma de veintiocho millones ochocientos ochenta y ocho mil quinientas ochenta y dos pesetas»),

no concede a Asfaltos Chova, S. A., el dominio real de la finca, al constituir no una adjudicación en pago sino una transmisión en garantía de cobro debiendo proceder el recurrente contra el deudor para alcanzar el pago de la cantidad adeudada.

Este pronunciamiento vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al desconocer la situación jurídica declarada por la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 y la escritura otorgada en su ejecución, que es también efecto mismo de la sentencia en la que expresamente se declara que es una adjudicación en pago de deuda.

Una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del *art. 24 CE*, es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento jurídico, eficacia que supone, tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como el que se respete la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas salvaguardando la eficacia de la resolución judicial que habiendo adquirido firmeza ha conformado a la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquella (STC 200/2003, 10 de noviembre de 2003).

En ningún momento la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 nos dice que el otorgamiento de la escritura a favor de Asfaltos Chova, S.A., sea en garantía de cobro ni tampoco así se señala en la escritura otorgada en su ejecución.

Con el pronunciamiento de la sentencia recurrida que sostiene que la entidad recurrente no tiene el dominio real del inmueble se priva de eficacia a lo que se decidió en el juicio de menor cuantía n.º 1456/92 tanto en su sentencia como en la escritura pública otorgada en su ejecución.

Cita la STC 151/2001, de 2 de julio, sobre los efectos de la cosa juzgada material.

Según el *art. 18 LOPJ* en consonancia con el *art. 222 LEC* las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes y las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, de modo que siendo firme la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 y lo acordado en su ejecución, no puede dejarse sin efecto sin más por una sentencia dictada en un procedimiento judicial instado con posterioridad en que se resuelven cuestiones íntimamente ligadas.

No existe ninguna divergencia o incongruencia entre la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 y lo resuelto en la escritura otorgada en su ejecución.

La sentencia impugnada vuelve a incidir en su fundamento de derecho tercero en el vicio de incongruencia del mandato con el procedimiento donde se ha dictado que el registrador alegó como defecto insubsanable en el recurso gubernativo que la parte recurrente interpuso contra la denegación de la inscripción de la escritura pública.

Soslaya la Sala que dicho auto del Tribunal Superior de Justicia fue recurrido ante la Dirección General de Registros y del Notariado que en su resolución de 27 de noviembre de 2001 que se transcribe parcialmente estimó parcialmente el recurso al declarar que a diferencia de lo señalado en el auto del Tribunal Superior de Justicia no concurría el vicio o defecto de incongruencia alegado por el registrador.

Al estimar la sentencia recurrida que sí existe incongruencia del mandato con el procedimiento en que se dicta y transcribe, incluso literalmente, los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (fundamento de derecho segundo del citado auto), que fueron revocados por la instancia superior ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues desconoce lo acordado con carácter firme en la resolución de la DGRN con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva.

Como la escritura publica es una adjudicación en pago y transmite el dominio a la entidad recurrente resulta palmario que concurre la relación de causalidad que la sentencia recurrida rechaza por cuanto al no haber denegado el recurrido motivadamente la anotación preventiva de la demanda para que por la parte recurrente se procediese a completar el mandamiento judicial, no se ha podido hacer valer frente a los terceros adquirentes posteriores la prioridad registral propia de la anotación preventiva y, en consecuencia, no se ha podido inscribir en el Registro la escritura que transmitía el dominio de la finca registral n.º NUM000 a la entidad recurrente.

La parte recurrente se vio protegida por una sentencia dictada en un proceso anterior y por una escritura pública otorgada en su ejecución que le concede el dominio de la finca registral n.º NUM000 o en el peor de los supuestos, le transmite la mera titularidad formal de la finca pero con un derecho a retener la

misma hasta el cumplimiento de la obligación garantizada y una preferencia en el cobro de lo debido pero, desconociéndose lo resuelto en el menor cuantía n.º 1456/92, no se condenó al demandado al pago de los daños y perjuicios causados, cuando dichos daños se producen al verse privada la entidad recurrente de cualquiera de los derechos citados sobre la finca registral n.º NUM000 como consecuencia de la anotación preventiva practicada defectuosamente, a pesar de que la sentencia impugnada declara expresamente que el recurrido fue negligente en su actuación.

Motivo segundo. «Previsto en el *art. 469.1.2 LEC* por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia al contener la de la Audiencia Provincial de Castellón, un error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción del *art. 218.2 LEC* .»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida contiene un error de derecho en la apreciación de la prueba al entender que la escritura es una garantía de cobro y no una adjudicación en pago.

La escritura pública expresa y literalmente dispone «La adjudicación se efectúa en pago de la deuda reclamada y no satisfecha y que asciende según consta en autos a la suma de veintiocho millones, ochocientos ochenta y ocho mil quinientas ochenta y dos pesetas».

El auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de noviembre de 1999 también califica dicha escritura pública como una adjudicación en pago y no como una garantía de cobro.

La sentencia impugnada no ha valorado adecuadamente la prueba documental unida a autos, al estimar que estamos ante una transmisión en garantía y no ante una adjudicación en pago, ignorando los propios términos de la escritura pública y las resoluciones judiciales que confirman la calificación de dación en pago y, por tanto, infringe el *art. 218.2 LEC* , que regula los requisitos internos de la sentencia y, en concreto, sus razonamientos fácticos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas.

Tanto se entienda que estamos ante una adjudicación en pago como ante una transmisión en garantía conforme sostiene la sentencia de alzada existe en ambos casos una relación de causalidad, pues la sentencia dictada en el juicio de menor cuantía n.º 1456/92 y la escritura pública otorgada en su ejecución, concedían al recurrente bien el dominio de la finca registral n.º NUM000 o bien, en última instancia, le transmite la titularidad formal de la finca registral n.º NUM000 , conforme establece la sentencia recurrida, titularidad formal que conlleva el derecho del recurrente a retener la finca hasta que no se cumpla la obligación garantizada y una preferencia en el cobro de lo debido para hacerse efectivo sobre la finca litigiosa en caso de impago, derechos de carácter real por recaer sobre el citado inmueble, que en todo caso y cualquiera que sea el derecho que otorgue la escritura a Asfaltos Chova, S. A, han quedado frustrados por no poder hacerlos valer frente a esos terceros adquirentes posteriores, debido a la negligente actuación del recurrido, que privó a la recurrente de completar el mandamiento judicial y permitir así que constara en el Registro, el contenido íntegro de la demanda del menor cuantía n.º 1456/92.

Al producirse las infracciones articuladas en el presente recurso extraordinario por infracción procesal en el estadio último del recurso de apelación no ha sido posible denunciar antes dicha infracción de ahí que el *art. 469.2 LEC* nos diga literalmente «de ser posible» y resulta palmario que esta parte se ha visto privada de esa posibilidad.

Termina solicitando al final del escrito la estimación del recurso.

SEXO. - En el recurso de casación presentado por la representación procesal de Asfaltos Chova, S. A., se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Infracción de los *arts. 1255, 1258 y 1278 CC* en relación con los *arts. 300.1 y 2 LH* y *7 RH*.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Según la sentencia recurrida la demanda que motivó el juicio de menor cuantía n.º 1456/92 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia tenía trascendencia real por ejercitarse en dicha demanda acciones susceptibles de producir una mutación jurídico-real y, por tanto, dicha demanda se habría anotado en el Registro una vez completado el mandamiento judicial.

En el fundamento de derecho tercero el Tribunal de apelación se cuestiona si de haberse hecho constar en el mandamiento judicial el contenido completo de la demanda, ésta hubiera tenido acceso al Registro. La respuesta parece ser positiva ya que la resolución de la DGRN de 21 de julio de 1998, citada en el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 1999 establece que «aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y la de esta Dirección General, es lo cierto que a lo mas que puede llegar es a abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración registral, pero en ningún caso aquellas que podrían desembocar en el derecho al cobro de ciertas cantidades».

La cesión de la finca registral nº NUM000 a Asfaltos Chova, S. A, se produce como garantía de cobro o «venta en garantía».

La sentencia recurrida reconoce que en caso de impago de la obligación garantizada, el fiduciario cuenta con el bien sobre el que recae el pacto fiduciario para alcanzar la satisfacción forzosa de la obligación garantizada, aunque para ello tenga que proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor.

Igualmente reconoce y cita la resolución de la DGRN de 24 de octubre de 1997, según la cual la anotación preventiva de una demanda en la que se ejerciten acciones susceptibles de provocar una mutación jurídico-real provoca que los adquirentes posteriores queden vinculados por la sentencia que se dicte en los mismos términos que su transmitente.

Por otro lado, la sentencia recurrida en su fundamento de derecho tercero, con cita de la resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 1996, reconoce que la anotación preventiva de embargo concede al anotante preferencia respecto a créditos que sean posteriores a la anotación, pero no respecto a los créditos anteriores a dicha anotación.

La demanda del menor cuantía n.º 1456/92 sí que podría haberse anotado íntegramente antes del 2 de agosto de 1993 -fecha de la anotación preventiva del embargo-, pues existe tiempo material -desde mayo hasta agosto- para que el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia hubiera completado el mandamiento judicial, pues entre tanto se hubiera completado dicho mandamiento, se hubiera interesado la anotación preventiva a que se refieren los arts. 42.9 y 19 LH con la eficacia que prevén dichos preceptos.

El registrador tenía que verificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado e incumplió esta obligación al no haber denegado la anotación preventiva que se interesaba por derivar de un procedimiento de reclamación de cantidad y que por ello no podía incluirse en el supuesto contemplado en el art. 42.1 LH (*fundamento de derecho tercero*) pero, no obstante, la Sala considera que el error cometido por el registrador no ha sido lo que ha impedido a la parte inscribir la escritura (*fundamento tercero*).

No puede sostenerse conforme establece el Tribunal de alzada que, no obstante, haber incurrido el demandado en negligencia, ello no haya causado al recurrente los daños y perjuicios que se reclaman.

La sentencia recurrida realiza una acertada exégesis de los efectos que la fiducia cum creditore tiene entre fiduciario y fiduciante, pero no examina que eficacia tiene ese pacto fiduciario frente a los acreedores posteriores del fiduciante.

Si respetamos que la calificación jurídica de lo pactado entre las partes del menor cuantía n.º 1456/92 según la sentencia recurrida es una «fiducia cum creditore» y sin perjuicio de las alegaciones que se formulan en el recurso extraordinario por infracción procesal, el fiduciante en la escritura pública que se otorgó en ejecución de sentencia transmitió a la recurrente según la sentencia de alzada, únicamente la propiedad formal del inmueble sobre el que recae el pacto fiduciario.

Esta titularidad fiduciaria y este derecho de retención participan de la naturaleza real al constituir su objeto un determinado inmueble (*arts. 1, 2 y 42 LH y 7 RH*). Tan cierto es ello, que si no hubieran tenido naturaleza real, nunca la sentencia de alzada nos diría que de haberse completado el mandamiento judicial la demanda del menor cuantía n.º 1456/92 sí que hubiera podido anotarse en el Registro.

Cita la STS de 25 de febrero de 1988, según la cual la «fiducia cum creditore» conocida por la jurisprudencia de esta Sala desde la sentencia de 23 de mayo de 1935 y aun anteriores, a las de 23 de mayo y 27 de junio de 1980, 9 de diciembre de 1981, 19 de mayo y 2 de junio de 1982 y 6 de abril de 1987 pues, hasta prescindiendo de la teoría del doble efecto introducida por la de 25 de mayo de 1944, no puede tildarse al negocio fiduciario de contrato ficticio o de relativamente simulado y por ello la titularidad fiduciaria

o titularidad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía en cuanto fue determinante en el caso de las diversas prestaciones a cargo de la fiduciaria y de su causante. La extinción de la obligación en que el fiduciante se halla mediante el pago de lo reconocidamente adeudado, arrastrará la titularidad del fiduciario; pero en tanto no se produzca el cumplimiento le asiste a este un "ius" o "titulus retinendi" que no permite que se le imponga sin más la restitución, cual sucedería si no se accediese a la casación.

Cita, en el mismo sentido, la STS de 2 de junio de 1982 , según la cual el negocio no es un simple préstamo dinerario, sino la modalidad de fiducia cum creditore, la venta en garantía, con unos efectos en cuanto a la titularidad del fiduciario que son los determinados por el pacto de fiducia, del que no es dable prescindir.

En el mismo sentido cita las SSTs de 7 de marzo de 1990, de 8 de marzo de 1988 y la de 30 de enero de 1991 .

Resulta palmario que el hecho de que la anotación preventiva no hubiera sido practicada con el contenido íntegro de la demanda debido al error del registrador, ha provocado que no pueda hacerse valer frente a los terceros adquirentes, al menos esa titularidad formal a favor de Asfaltos Chova S. A. que lleva aparejada el derecho de retención; derecho de retención que ha quedado ipso facto sin eficacia alguna y vacío de toda operatividad, al haber sido adquirido el inmueble por un tercero a quien por no publicar el Registro la acción susceptible de producir esa mutación jurídico-real propia de la fiducia cum creditore, no se le pueden oponer los efectos de la anotación preventiva y por tanto, tampoco la sentencia dictada en aquel menor cuantía n.º 1456/92 y la escritura otorgada en su ejecución que amparan esta mutación.

No solo la deficiente actuación del registrador impide a Asfaltos Chova, S.A, hacer efectivo el derecho de retención frente a los terceros a adquirentes, sino que ha impedido que el recurrente pueda obtener la devolución de lo debido mediante la ejecución forzosa del bien dado en garantía, al no poder hacer valer frente a estos acreedores del fiduciante la preferencia que le otorga el pacto fiduciario.

Cita la STS de 22 de diciembre de 1988 , según la cual el prestamista ostenta como garantías además del «ius distrahendi» un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo.

La sentencia recurrida no atiende a lo pactado entre las partes litigantes en el menor cuantía n.º 1456/92 que posteriormente fue concedido por la sentencia dictada en dicho procedimiento e infringe así los arts. 1255, 1258 y 1278 CC , en la medida en que prescinde de que lo pactado entre las partes entraña mayores efectos que un simple préstamo, pues dicha finca litigiosa conlleva tanto una transmisión formal a favor de Asfaltos Chova, S. A., que lleva aparejada un derecho de retención sobre el inmueble del que nada dice la sentencia recurrida y un crédito privilegiado a favor del fiduciario que frente a los acreedores del fiduciante goza de preferencia para hacerse efectivo sobre la finca litigiosa; transmisión formal, derecho de retención y preferencia que a pesar de su naturaleza real -arts. 300, 1 y 2 LH y 7 RH- quedan frustrados al haber adquirido el inmueble un acreedor posterior contra el que no puede hacerse valer la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 , derechos que cuando se pierden por error o negligencia del registrador dan lugar a la acción para exigir el importe de lo que se hubiera perdido (art. 300 LH).

Motivo segundo. Infracción de los arts. 42 y 71 LH .

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Rechaza que la anotación preventiva de embargo sea una medida cautelar de una mayor intensidad que la que constituye la simple anotación preventiva de la demanda (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida) y que, por tanto, la anotación preventiva de la demanda pueda dejarse sin efecto por una anotación de embargo practicada con posterioridad conforme sostiene la sentencia que se impugna.

La anotación preventiva de embargo concede la preferencia únicamente frente a créditos posteriores a la anotación y nunca frente a los anteriores y la anotación preventiva de la demanda supedita al resultado del pleito y con plena eficacia «erga omnes» los actos dispositivos que posteriormente otorgue el demandado (arts. 71 y 107.9 LH) como lo es esa adjudicación en subasta procedente de la anotación preventiva del embargo, de modo que la eficacia de la eventual sentencia estimatoria no podrá ser obstaculizada por la posible existencia de adquirentes posteriores del bien litigioso, quienes, sobre no gozar -por efecto de la anotación- del juego protector de la fe pública registral (art. 34 LH), quedan vinculados por

aquella sentencia en los mismos términos que su transmitente.

El registrador debió suspender la anotación preventiva de la demanda, permitir a la parte hoy recurrente su subsanación para que constara en el Registro el contenido íntegro de la demanda y así obtener que esos adquirentes posteriores quedaran vinculados por la sentencia en los mismos términos que su transmitente y ello por efecto de la anotación.

Cita la resolución de la DGRN de 24 de octubre de 1997 a propósito de la anotación preventiva de demanda, que se transcribe parcialmente.

Si la anotación preventiva se hubiera practicado correctamente su efecto protector se extendería al resultado último del procedimiento n.º 1456/92, esto es, la mutación jurídico-real que la sentencia ampara e impone en vía de ejecución.

Cita la STS de 23 de octubre de 2002 (rec. de casación n.º 705/97) que ha resuelto un supuesto similar al que nos ocupa y condena al registrador precisamente por no haber realizado en la calificación del título una denegación motivada del asiento, según la cual la cláusula tiene, cuando menos, una apariencia notoria de trascendencia real y que el demandado no debió limitarse a ignorarla, si efectivamente se apercibió de ella tal y como afirma, sino que debió denegar su inscripción (con arreglo a su convicción) con la motivación adecuada, lo que había permitido subsanar o recurrir. Todo ello de conformidad con los arts. 18, 19, 65, 66 y 99 LH y 111, 127, 429 y especialmente 434.4 RH.

Por tanto, la simple pérdida de la oportunidad de subsanación y/o de formular el correspondiente recurso ante el organismo superior objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación; surge un perjuicio para la entidad recurrente que es preciso indemnizar, ya que el privar al particular de esa posibilidad de actuación supone un quebranto que debe ser indemnizado, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización de las actuaciones a que venía obligado en virtud de sus deberes profesionales (STS 26-1-1999).

Se solicita la condena del recurrido al pago del valor de mercado de la finca sobre la que iba a hacerse efectivo ese derecho de cobro o, subsidiariamente, al pago de la cantidad que quedó afianzada con el bien dado en garantía, esto es la devolución de lo garantizado.

Termina solicitando de la Sala que habiendo por presentado este escrito con sus documentos y copias, se sirva admitirlos, unirlos a los autos de su razón, tenga a la parte por interpuestos en tiempo y forma recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de noviembre de 2003 , rollo de apelación 115/03 y previos los tramites legales pertinentes, se estime el recurso extraordinario por infracción procesal y/o el recurso de casación, dictándose en consecuencia resolución por la que se acojan los pedimentos contenidos en nuestra escrito de demanda.

SÉPTIMO. - Por ATS de 26 de junio de 2007 se acordó admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

OCTAVO. - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Carlos Manuel se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Recurso extraordinario por infracción procesal.

A los motivos primero y segundo. La pretendida infracción de la tutela judicial efectiva y el error de derecho en la apreciación de la prueba.

Alega la entidad recurrente que la sentencia impugnada desconoce el precedente dictado en los autos del menor cuantía n.º 1456/92 pues va en contra de lo allí establecido al proclamar que al recurrente no se le reconocía el dominio real de la finca.

Yerra el recurso cuando pretende tal interpretación. Ante una acción de responsabilidad aquiliana es deber inexcusable la consideración de la conducta que se reputa dañosa a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso.

La sentencia recurrida se pronuncia sobre la interpretación que al tiempo de pretenderse la anotación de una demanda cabía dar a las pretensiones litigiosas que en ella subyacían para argumentar la nula prioridad que la anotación de la demanda hubiera otorgado a Asfaltos Chova, S.A., y la inexistencia de nexo

causal entre la actuación registral y los daños que se dicen padecidos.

Idéntico argumento calificador de la conducta registral y de su eficacia causal hace la sentencia de instancia en una apreciación que casi es de carácter fáctico, cuando advierte que la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92 condena a la herencia yacente a otorgar escritura pública sin decir a mérito o en formalización de qué clase de negocio jurídico y es cuando de hecho se procede al otorgamiento cuando se hace una nueva interpretación del contrato privado originario.

Según el fundamento quinto de la sentencia recurrida en el fallo de la sentencia dictada en los autos del juicio de menor cuantía anterior se accede a dos peticiones de la actora: la condena a los demandados al abono de una suma dineraria; en su defecto, de forma subsidiaria, se condena a la herencia yacente del Sr. José a otorgar escritura pública del referido inmueble a favor de la parte actora sin especificar qué clase de negocio es ni en base a qué causa se ha de producir esa transmisión. Sigue diciendo la sentencia recurrida que ante el impago de la deuda líquida se procede al otorgamiento de la escritura de adjudicación de la finca afectada mencionando la causa por la que se produce la transmisión inmobiliaria llevando a cabo una nueva interpretación del contrato privado originario y añade que hasta el momento del otorgamiento, la actora defendía que la cesión de la finca se hacía en virtud de un contrato de los de fiducia cum creditore en los que la cesión tan solo se hace como garantía del cobro y nunca en pago de la deuda. Y no es hasta el momento del otorgamiento de la escritura cuando se plantea que esa transmisión pueda ser una dación en pago de deuda.

Es en ese momento procesal cuando se transmite la finca a la actora en pago de la deuda cuando se está yendo mas allá de la demanda inicial y de los términos tanto del suplico de la misma como de los contenidos en el fallo de la sentencia. La alteración de los mismos es lo que deja al descubierto el registrador, denegando la nueva inscripción que ha sido refrendada por la autoridad judicial y por la administrativa.

La sentencia que se obtuvo solo lo fue de mera afectación o afección del bien por lo que la escritura de adjudicación es un supuesto de *ultra vires* que no puede perjudicar más que tras el proceso judicial oportuno a quien resulte ser el nuevo titular de la finca.

Como expresamente dice la Audiencia en el fundamento cuarto de su sentencia, no se quiere hacer pronunciamiento formal del alcance de la sentencia del menor cuantía y su congruencia o no con la escritura que se ejecuta, pero sí calificar a la luz de las circunstancias concurrentes que ambas expresan no solo la conducta registral, sino también su influencia en la relación o nexos causal.

Así, según el razonamiento del fundamento jurídico tercero de la sentencia de apelación, respetando la firmeza de las resoluciones recaídas en el menor cuantía n.º 1456/92, la anotación que se hubiera podido practicar de la demanda con su suplico completo no tendría prioridad registral frente a la anotación preventiva de embargo letra B, pues tal anotación de demanda no concedía a su titular un derecho real al tener que proceder en caso de impago contra el fiduciante por los procedimientos comunes a cualquier otra relación de crédito.

Con la anotación subsistente se pretendió la ejecución de la sentencia mediante la inscripción de la escritura otorgada de conformidad con el fallo de tal resolución pero es denegada por el registrador mediante calificación ratificada por el Tribunal Superior de Justicia y por la DGRN.

Si se repara en el contenido de la resolución dictada por la indicada Dirección General se verá que nada tiene que ver la anotación preventiva de la demanda con la denegación de la inscripción de la escritura otorgada en ejecución de la sentencia. Dicha resolución interesa a los efectos de calificar y enjuiciar una conducta en sede de acción de responsabilidad, es decir, para determinar si se da un título de culpa o negligencia del que deriva una obligación indemnizatoria, así, tanto para el registrador como para el Presidente del Tribunal Superior de Justicia la escritura cuya inscripción se deniega «va mas allá de la demanda inicial y de los términos estrictos de la sentencia». También alude dicha resolución a que la anotación preventiva es indisponible para el registrador conforme a la solicitud de la parte y al mandamiento judicial, y, por último, que la anotación preventiva se limita a reflejar una reclamación de cantidad que no altera ni modaliza la titularidad dominical ni tiene la consideración de gravamen a los efectos de la Ley Hipotecaria.

La DGRN también se refiere a la trascendencia de la existencia de la anotación preventiva en cuanto a la calificación de los titulares posteriores como terceros de buena fe que debe resolverse en juicio declarativo ad hoc, lo que invalida cualquier pretensión indemnizatoria que se haga con carácter previo a

ese juicio declarativo.

Por tanto, no es cierto que la sentencia recurrida anule el contenido de la escritura otorgada en ejecución de la sentencia del menor cuantía n.º 1456/92, ni mucho menos que pretenda transmutar su significado o la naturaleza jurídica de su contenido; sino que en ambas instancias se toman en consideración las circunstancias concurrentes (de eminente carácter jurídico, pues se trata de la calificación de una conducta de un operador importante del sistema), no solo para calificar de negligente o culpable el análisis o interpretación que el registrador efectuó en su día, sino además para concluir que no existe nexo o relación de causalidad entre tal actuación registral y los daños denunciados.

Recurso de casación.

Al motivo primero. La infracción de las normas concernientes a la autonomía de la voluntad y de la interpretación de los contratos.

Pretende que la sentencia recurrida tras ir en contra de pronunciamientos previos y de su ejecución también va en contra de la voluntad de las partes intervinientes.

Se remite a lo dicho en la alegación primera e insiste en que la sentencia recurrida examina las circunstancias concurrentes en la conducta enjuiciada sin pretender la modificación formal ni de esos precedentes ni de la escritura otorgada en su ejecución ni mucho menos de lo que las «partes» de esa escritura o de los negocios jurídicos examinados en tales procedimientos quisieron establecer.

El supuesto que nos ocupa debe contemplarse solo bajo la doble perspectiva de la responsabilidad civil y del derecho registral, este último de carácter necesario.

Se alega que si el registrador hubiera denegado la anotación, la recurrente no se hubiera visto irreversiblemente privada de la propiedad del inmueble. Y al respecto debe advertirse solo en lo que tenga de trascendencia para la acción de responsabilidad por daños, es decir, para calificar la conducta, que nunca se obtuvo una sentencia más que de mera afectación o afección del bien y la escritura de adjudicación es un claro supuesto de «ultra vires» que no puede perjudicar más que tras un proceso judicial a quien resulta ser el nuevo titular de la finca.

Los daños que se sitúan por equivalencia al valor del «inmueble perdido», solo pueden cuantificarse cuando la deuda que la anotación publicaba haya sufrido algún intento de cobro contra el patrimonio que la responsabilidad universal del deudor vincula a su cumplimiento y, en segundo término, contra el bien declarado especialmente afecto si se logra demostrar que la actual titular no está protegida por el *art. 34 LH*. Mientras tales eventos no sucedan los daños que se reclaman siguen derivando de meras elucubraciones carentes de sentido.

Según Asfaltos Chova, S.A., en virtud del *art. 100 RH*, el registrador debía haber denegado la inscripción de la anotación preventiva de demanda. Pero esto no es correcto.

Una de las premisas fundamentales de la actividad registral es la libertad calificadora del titular del Registro. En virtud de la misma y atendiendo al tenor literal del *art. 100 RH*, el órgano que dictaba el mandamiento era competente; existía congruencia entre el objeto del litigio (reclamación de cantidad a un finado) y el mandamiento (anotación preventiva de demanda sobre los bienes que forman la herencia yacente del deudor fallecido); las formalidades extrínsecas eran las adecuadas y no existían obstáculos derivados del Registro que impidieran tal inscripción.

De cualquier modo, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en el que se hubiese dictado no tiene relevancia respecto de las anotaciones preventivas de demanda, ya que lo que ordena el mandamiento será anotar la demanda y en ese sentido es anotable cualquier demanda de cualquier juicio, incluyendo, por supuesto, los casos en los que se ejercite una acción personal en la que de soslayo se menciona la posibilidad subsidiaria de declarar la afectación de un bien concreto. Pero ante todo deberá ser declarada la existencia de una deuda, lo que no se hace sino mediante la sentencia que pone fin al proceso.

El origen del que trae causa el mandamiento es la solicitud reiterada de la parte actora y recurrente cumpliendo así con el carácter rogado de la actuación registral. Cuando el registrador advirtió por primera vez la posibilidad de la existencia de un error quiso subsanar el mismo de oficio haciendo llegar su punto de vista al juzgador de la instancia que emitió el mandamiento. Y si bien su Señoría estuvo dispuesta en un principio a admitir la opinión del registrador modificando la anotación preventiva, la propia recurrente

desplegó toda su habilidad legal para que la inexactitud permaneciera en el Registro sin posibilidad de ser solventada, lo que finalmente ocurrió.

Ya en ese momento la recurrente conocía la opinión del registrador sobre las circunstancias de la anotación preventiva y no deja subsanar de oficio la situación creada. Esta situación tiene perfecto encaje en el brocardo latino «volendi non fit injuria» tan usado en los procedimientos en los que se ventilan responsabilidades por accidentes además, del no menos conocido «venire contra factum proprium non valet», ambos de total aplicación en el supuesto que nos ocupa.

No puede el recurrente alegar que desconocía el contenido del mandamiento, pues fue ella la que lo pidió en los términos en los que se emitió, sumado, además, al hecho de que ella hizo llegar al Registro el mandamiento para la anotación preventiva de la demanda en los términos que interesaba. Y como dice el fundamento tercero de la sentencia recurrida, cuando el juzgador de instancia dictó un auto por el que se determinaba la nulidad del acuerdo de librar mandamiento para la anotación preventiva de la demanda, el recurrente interpuso recurso de reposición, que fue resuelto en el sentido de no haber lugar a expedir mandamiento cancelatorio de la anotación de demanda.

Sostener que las resoluciones habidas niegan solvencia y motivación al criterio calificador empleado por el registrador es torticero si se repara en los siguientes párrafos tanto del auto del Tribunal Superior de Justicia de 24 de noviembre de 1999 como de la resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 2001, «es evidente que el mandamiento ordenando la anotación debería expresar íntegramente el objeto de la demanda y por ello debería haberse hecho con indicación de la pretensión total ejercitada y la causa de la misma, ya que era la única forma de que la anotación expresara íntegramente su objeto frente a terceros».

En la confección del mandamiento ninguna actividad tiene el recurrido por lo que su reproche se dirige al sujeto equivocado.

Practicada la anotación de la demanda interpuesta por Asfaltos Chova, S. A., contra la herencia yacente de Don José, ésta se limita a constatar la existencia de una reclamación dineraria sin más y, por tanto, nunca se hizo constar ni el Registro de la Propiedad publicó la exigencia de que en defecto de pago se podía solicitar por la recurrente la transmisión del dominio de una concreta finca a favor de la misma.

El registrador se limitó a la anotación del contenido del mandamiento y cualquier otra actividad por su parte hubiera supuesto una extralimitación de su función rogada, además de haber incurrido posiblemente en una ilegalidad, ya que para inscribir el pacto por el cual establecida una relación fiduciaria *cum creditore* en la que el bien opera como garantía del cumplimiento de una obligación, pero no como garantía de la obligación *per se*, debería infringir los *arts. 1859 y 1884 CC*.

Si el Registro publica inicialmente una anotación de demanda de reclamación de cantidad, sin más, el tercero ignora porque no se ha hecho constar ni en el mandamiento judicial ni en la anotación registral que a virtud de un pacto añadido a tal reclamación de cantidad existe la posibilidad de que se lleve a cabo una mutación real que le perjudique.

Lo expuesto exime de contestar el segundo motivo de casación ligado en su contenido a cuanto ha sido expuesto; pero, en la medida en que en el mismo se pretende la justificación del importe de los daños reclamados, debe advertirse que el presente es uno de esos supuestos en los que el registrador debe ceñirse a lo que resulta del título y del Registro (*art. 18 LH*), y ordenada judicialmente la anotación no es imputable al recurrido consecuencia alguna derivada del mayor o menor alcance que la Ley otorgara a esa anotación, cuestión no disponible para ninguno de los intervinientes, cuyo análisis correspondía al que estaba legitimado para su petición y pretendía su beneficio.

Cita la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 1986, la STS de 17 de julio de 1987 y la SAP de Granada de 22 de julio de 1992 en relación con los *arts. 118 y 117 CE*, y *arts. 2.1 y 17 LOPJ*, que concluyen necesariamente con la inexistencia de responsabilidad alguna del registrador.

Cita asimismo por su especial interés las resoluciones DGRN de 12 de diciembre de 1994, 24 de agosto de 1981 y 18 de agosto de 1992.

La equivalencia del daño al importe o valor del bien no solo iría en contra de los propios actos procesales de la entidad recurrente, sino que supondría dotar a esa declaración judicial de afectación de una naturaleza de garantía aun mayor que la hipotecaria.

En el peor de los casos, la recurrente habría perdido una garantía de su crédito pero nunca el propio derecho de crédito, a pesar de lo cual es su importe íntegro lo que reclama. No será sino después de intentar el cobro de la deuda pecuniaria frente a los herederos del Sr. José , o su herencia yacente, y en cuanto al remanente que no hubiera podido satisfacer cuando le correspondiera acción contra el recurrido por lo dejado de percibir de la responsabilidad universal del deudor.

Termina solicitando de la Sala que tenga por presentado este escrito con las copias que del mismo se acompañan, y por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlo y tener por presentada oposición al recurso de casación y extraordinario de infracción procesal interpuestos y formalizados de contrario, y previos los tramites oportunos dicte en su día sentencia por la que desestimándolos, confirme íntegramente la sentencia recurrida y todo ello con expresa imposición de costas.

NOVENO . - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 4 de febrero de 2009, en que tuvo lugar.

DÉCIMO .- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

CIF, Código de Identificación Fiscal.

DGRN, Dirección General de los Registros y del Notariado.

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

LH, Ley Hipotecaria.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

PETL, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil elaborados por el *European Group on Tort Law* .

RC, recurso de casación.

RH, Reglamento Hipotecario.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *Resumen de antecedentes.*

1. La actora solicitó la anotación preventiva de demanda del procedimiento de menor cuantía n.º 1456/1992 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia. En el suplico de la demanda se había solicitado que se reconociera una deuda a favor de los demandantes y que se declarase también que el inmueble que se citaba, por expresa voluntad del fallecido contra cuya herencia yacente se dirigía la pretensión, «está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago que son objeto del litigio»; finalmente se interesaba que se declarase que, por voluntad expresa del fallecido, «los herederos de dicho causante vienen obligados a otorgar con carácter inmediato y a favor de nuestra comitente, escritura pública del inmueble [...]».

2. Mediante otrosí, tras exponer que el fallecido «afectó especialmente al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias objeto del presente litigio y ello además con compromiso de otorgar escritura pública a favor de la hoy actora, el siguiente bien inmueble», y de describir las características del mismo, se

manifestaba que «interesa al derecho de esta parte que conforme al *artículo 42 LH* y antes del emplazamiento de los demandados, se ordene por providencia judicial tomar anotación preventiva de la presente demanda en el Registro de la Propiedad 2 de los de Castellón de la Plana».

3. El mandamiento judicial que ordenaba la anotación preventiva, expedido, previa la constitución de fianza de 12 millones de pesetas, el 8 de febrero de 1993, recogía únicamente que «en este Juzgado se siguen autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía [...] sobre reclamación de cantidad contra la herencia yacente de [...], en los que se ha acordado la anotación preventiva de la demanda sobre las siguientes finca [...]». A continuación se hacía constar en autos que había recaído providencia de 8 de febrero de 1993 declarando bastante la fianza constituida, que le fue exigida en orden a la anotación preventiva de la demanda y ordenando librar el mandamiento.

4. En el mandamiento figuraba una adición, como consecuencia de una advertencia verbal -en el sentido de que no constaba debidamente identificada la mercantil actora- formulada por el Registro ante el que se había intentado la presentación. Por diligencia de 23 de marzo de 1993 se hacía constar en el propio documento que el mandamiento se adicionaba con los datos de razón social, domicilio social, CIF e inscripción en el Registro Mercantil de la actora.

5. El registrador demandado, tras recibir el mandamiento con la adición, practicó la anotación preventiva Letra A solicitada el 17 de mayo de 1993. En el asiento se hacía constar que se refería a la demanda seguida en el Juzgado «sobre reclamación de cantidad contra la herencia yacente de [...]». La anotación preventiva fue prorrogada el 16 de septiembre de 1996.

6. El 2 de agosto de 1993 se practicó la anotación preventiva de embargo Letra B y, como consecuencia del mismo procedimiento ejecutivo, el 19 de abril de 1996 se inscribió la adjudicación de la finca en subasta judicial a favor de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante.

7. Posteriormente, mediante escrito de 20 de enero de 1997, el registrador remitió al Juzgado que había ordenado la anotación preventiva de demanda Letra A un oficio en el que solicitaba que se librara un mandamiento ordenando cancelar la anotación de la demanda. El registrador hacía constar, entre otros extremos, «[q]ue la citada anotación de demanda, ordenada y anotada indebidamente conforme al *artículo 42.1 de la vigente LH*, está produciendo una publicidad engañosa, ya que la finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados del juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada [...]». Frente a la oposición de la parte actora, el Juzgado dictó auto por el que se decretaba la nulidad de la providencia en la parte en la que acordaba la práctica de la anotación preventiva de la demanda. Sin embargo, este auto fue dejado sin efecto en virtud del recurso de reposición interpuesto por la parte actora, y sustituido por otro auto de 27 de marzo de 1997, en el que se declaraba la subsistencia de la prórroga de la anotación preventiva de demanda.

8. En el procedimiento de menor cuantía n.º 1456/92, origen de la primera anotación preventiva de demanda, se dictó sentencia estimatoria. En cumplimiento de la sentencia firme dictada el 18 de abril de 1995, «[n]o habiendo satisfecho los demandados las responsabilidades económicas, ni cumplido la obligación de otorgar escritura de la finca registral [...]», el Juzgado otorgó el 15 de diciembre de 1998 escritura pública de «adjudicación judicial» del inmueble a favor de la actora. En ella se hacía constar que «[l]a adjudicación se efectúa en pago de la deuda reclamada y no satisfecha y que asciende según consta en autos a la suma de veintiocho millones ochocientos ochenta y ocho mil quinientas ochenta y dos pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda».

9. La inscripción de esa escritura pública fue denegada por el registrador, en resolución en lo sustancial confirmada por auto de 24 de noviembre de 1999 del presidente del Tribunal Superior de Justicia y por resolución de 21 de noviembre de 2001 de la DGRN por adolecer del defecto consistente en la existencia de tercero a quien no vincula una anotación de la demanda que carecía de trascendencia real y que nunca pudo adquirir tal trascendencia por el hecho de ser anotada.

10. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda que constituye el objeto de este proceso e impuso el pago de las costas a la parte actora.

11. La Audiencia Provincial confirmó en apelación esta sentencia considerando, en síntesis, que: a) aunque el registrador reconoció de forma expresa que la anotación preventiva de la demanda Letra A fue ordenada y practicada indebidamente conforme al *artículo 42.1 LH*, dicha anotación tuvo lugar el 17 de mayo de 1993, por lo que en principio hubiera sido muy difícil que hubiera habido tiempo para que el Juzgado, a instancia de la parte, hubiera emitido un nuevo mandamiento al Registro de la Propiedad donde

constara de forma expresa el contenido completo de la demanda y que éste tuviese acceso al Registro antes del día 2 de agosto de 1993, en que se practicó la anotación preventiva de embargo Letra B; b) en el supuesto de que se hubiera presentado el mandamiento en la forma indicada ante el Registro de la Propiedad y antes de dicha fecha, dado que la cesión de la finca se hizo en virtud de un contrato fiduciario de los llamados *fiducia cum creditore* [pacto de confianza con el acreedor], como garantía de cobro y no en pago de la deuda, el fiduciario carecía de acción real contra el inmueble y la anotación preventiva no altera la naturaleza del crédito, razones por las cuales la anotación preventiva que se hubiera podido practicar de la demanda con su suplico completo no hubiera tenido prioridad registral frente a una anotación preventiva de embargo que, con la Letra B, se acordó en un juicio ejecutivo que terminó con la adjudicación de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad; c) el error cometido por el registrador no ha sido lo que ha impedido a la parte inscribir la escritura pública, pues en ella, como razonaba el auto del presidente del Tribunal Superior de Justicia que resolvió el recurso gubernativo, se daba una nueva interpretación al contrato original transformando la transmisión pura sin intervención de los demandados en una adjudicación en pago.

12. Contra esta sentencia interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la parte demandante, los cuales han sido admitidos.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO . - *Enunciación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Previsto en el *art. 469.1.4.ª LEC* vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el *art. 24 CE* en concreto por la vulneración derecho a la tutela judicial efectiva que se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón con infracción del *art. 18 LOPJ* en relación con el *art. 222 LEC* .»

El motivo se funda, en síntesis, en que, la sentencia recurrida, a pesar de hacerse constar expresamente en la escritura pública otorgada por el Juzgado que se efectúa una adjudicación en pago del inmueble, no concede a la recurrente el dominio de la finca por entender que se trata de una mera transmisión en garantía y con ello infringe el carácter ejecutivo de las sentencias y el principio de cosa juzgada en relación con el principio de tutela judicial efectiva.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Previsto en el *art. 469.1.2 LEC* por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia al contener la de la Audiencia Provincial de Castellón, un error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción del *art. 218.2 LEC* .»

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho en la apreciación de la prueba al entender que la escritura es una garantía de cobro y no una adjudicación en pago, frente al inequívoco contenido literal de la escritura otorgada por el Juzgado; y, en todo caso, aunque se entendiese que se trata de la transmisión en garantía, concurre relación de causalidad entre la actuación del registrador y el daño causado, pues el recurrente hubiera ostentado la titularidad formal de la finca que conlleva el derecho a retenerla hasta el cumplimiento de la obligación y una preferencia para hacer efectivo el cobro de la deuda sobre la finca.

Ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO . - *Inexistencia de infracciones de carácter procesal.*

En uno y otro motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se trasladan al campo procesal infracciones que, en la hipótesis de haberse cometido por la sentencia recurrida, pertenecen al ámbito del Derecho sustantivo y, en consecuencia, sólo pueden plantearse por la vía del recurso de casación que seguidamente será examinado.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho constitucional a obtener una respuesta fundada en Derecho a las pretensiones ejercitadas ante los tribunales y al cumplimiento de las decisiones judiciales, no puede resultar afectado en un proceso que no tiene la finalidad de decidir sobre la firmeza o la fuerza ejecutiva de la decisión judicial que se dice vulnerada. El tribunal de apelación realiza una interpretación sobre determinados actos judiciales al objeto de determinar su alcance y valorar la

existencia o no de responsabilidad civil por parte de un profesional funcionario que tuvo determinadas actuaciones relacionadas con los expresados actos. De ser incorrecta aquella interpretación, como la parte recurrente mantiene, no existiría una infracción de carácter procesal por vulneración de las garantías formales inherentes a un proceso en que se ha juzgado acerca de una pretensión de declaración de existencia de responsabilidad civil, sino, en último término, una infracción de carácter sustantivo en la aplicación de las normas que regulan la institución de la responsabilidad por defectuosa apreciación de los presupuestos que la integran.

La desestimación del motivo segundo se funda en que no puede apreciarse la existencia de un error en la valoración de la prueba fundado en el desconocimiento del contenido de una escritura pública -ni mucho menos defecto en la motivación de la sentencia, que es la materia a la que hace referencia el artículo citado como infringido-. En efecto, la sentencia no desconoce el contenido de la escritura, sino que, aceptándolo en su tenor literal, valora -a efectos de concluir sobre la existencia o no de responsabilidad civil por la frustración de su inscripción registral-, el hecho de que, a su juicio, el otorgamiento de la expresada escritura, al disponer una adjudicación en pago, se hizo excediendo el ámbito objetivo del contrato cuyo cumplimiento se reclamaba en el proceso, en el que únicamente se preveía una *fiducia con creditore*, pero no una adjudicación en pago del inmueble; y se hizo excediendo también las pretensiones deducidas en el proceso cuya sentencia se ejecutaba, encaminadas a obtener el pago de la deuda garantizada mediante la expresada *fiducia*. Cualesquiera infracciones que puedan haberse cometido al llevar a cabo esta interpretación pertenecen al ámbito del Derecho sustantivo regulador de la responsabilidad civil, pues su trascendencia se limita a considerar que no concurren los preceptos determinantes de su nacimiento.

CUARTO . - Desestimación del recurso.

No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede la desestimación del recurso y la devolución de las actuaciones al tribunal de que proceden, con arreglo al *artículo 476.3 LEC*, con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerlo así el *artículo 398 LEC*, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el recurso de casación.

II. Recurso de casación

PRIMERO . - Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los *arts. 1255, 1258 y 1278 CC* en relación con los *arts. 300.1 y 2 LH y 7 RH.*»

El motivo se funda, en síntesis, en que la demanda del menor cuantía n.º 1456/1992, en contra de lo que afirma la sentencia, podría haberse anotado íntegramente antes del 2 de agosto de 1993; el registrador incumplió la obligación de verificar la congruencia del mandato con el procedimiento en que se dictó al no denegar la anotación preventiva interesada; y, si se respeta la calificación jurídica de lo pactado entre las partes como *fiducia cum creditore*, la titularidad fiduciaria y el derecho de retención que conlleva participan de la naturaleza real al constituir su objeto un determinado inmueble (*arts. 1, 2 y 42 LH y 7 RH*) y resulta palmario que el hecho de que la anotación preventiva no hubiera sido practicada con el contenido íntegro de la demanda provocó que no pueda hacerse valer frente a los terceros adquirentes, y, con ello, que no pudiera hacerse efectivo el derecho de retención frente a ellos y que el recurrente no pudiese obtener la devolución de lo debido mediante la ejecución forzosa del bien dado en garantía, al no poder hacer valer frente a estos acreedores del fiduciante la preferencia que le otorga el pacto fiduciario.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los *arts. 42 y 71 LH.*»

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia rechaza indebidamente que la anotación preventiva de embargo sea una medida cautelar de mayor intensidad que la anotación preventiva de demanda, puesto que la anotación preventiva de embargo concede la preferencia únicamente frente a créditos posteriores a la anotación y no frente a los anteriores y la anotación preventiva de la demanda supedita los actos dispositivos del demandado al resultado del pleito con plena eficacia *erga omnes* [frente a todos].

Ambos motivos, estrechamente relacionados entre sí, deben ser estudiados conjuntamente y deben ser desestimados.

SEGUNDO. - Alcance de la imputación objetiva al registrador de los daños causados por error en la calificación de un asiento ineficaz indebidamente practicado conforme a lo solicitado.

El examen de los motivos del recurso de casación nos obliga a considerar tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para la existencia de responsabilidad civil, en este caso del registrador de la Propiedad demandado; a saber, a) la existencia de una conducta profesional negligente por parte del demandado; b) la existencia de un daño resarcible; y c) la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo. Como se verá seguidamente, no compartimos todas las argumentaciones de la sentencia de apelación, pues consideramos que, además de una conducta negligente, existe un daño resarcible; pero advertimos la falta de nexo de causalidad entre uno y otro y, por consiguiente, hemos de concluir forzosamente que no procede la exigencia de responsabilidad civil.

A) La sentencia recurrida reconoce la existencia de una negligencia por parte del registrador en la calificación del mandamiento mediante el que se solicitaba una anotación preventiva de demanda, de acuerdo con los que pueden considerarse estándares de diligencia propios de esta profesión. El propio registrador demandado reconoció que la anotación de demanda había sido ordenada y «anotada indebidamente» conforme al artículo 42.1 LH . En efecto, en el mandamiento no se mencionaba extremo alguno contenido en dicha demanda que tuviera trascendencia real y permitiera, en consecuencia, la inscripción del asiento a tenor del artículo 42 LH , no obstante lo cual el registrador procedió indebidamente a la inscripción; pues, como es sabido, el art. 42 LH dice que podrá solicitar anotación preventiva de su derecho «[e] que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real», de donde, con arreglo a la doctrina registral, se infiere que no son susceptibles de ser anotadas las demandas que carecen de trascendencia real o registral alguna, como ocurre con las reclamaciones de crédito.

B) La sentencia recurrida rechaza la existencia de un daño resarcible, pues a su juicio el contrato cuyo cumplimiento se reclamaba en el proceso principal preveía una *fiducia cum creditore* , la cual, según pone de relieve la Audiencia Provincial, no otorga derecho alguno de carácter real sobre la finca objeto de la *fiducia* ni una preferencia para el cobro del crédito, sino que el acreedor se encuentra en situación idéntica a los demás acreedores, en cuanto se le impone la necesidad de proceder a la reclamación de la deuda y a obtener su reconocimiento.

No puede ser aceptada la conclusión que la sentencia obtiene partiendo de estas premisas, en sí ciertas, en virtud de los siguientes argumentos:

a) Aceptando la calificación de la sentencia recurrida, no es objeto de este proceso decidir acerca de la naturaleza y de los efectos de la *fiducia cum creditore* ; pero sí puede afirmarse (dentro de los criterios de razonabilidad que se imponen en la valoración prospectiva del daño que depende de acontecimientos hipotéticos) que, admitido por la jurisprudencia el pacto de fiducia y reconociéndose por lo general que permite al acreedor mantener la titularidad formal del inmueble objeto del pacto en tanto se cumple la deuda, resulta razonable entender que la anotación preventiva de la demanda encaminada a hacer valer el expresado pacto, si hubiera reunido los requisitos adecuados, hubiera evitado que el acceso al Registro del derecho de un tercero que obtuvo la anotación preventiva de un embargo sobre el inmueble y su posterior adjudicación a ese tercero obstaculizara el acceso posterior del acreedor a la protección registral de la titularidad otorgada por el Juzgado en ejecución de la sentencia de condena a su favor, la cual hubiera resultado cubierta por la anotación preventiva. En consecuencia, puede afirmarse que el efecto de garantía inherente a la *fiducia cum creditore* , necesitada en este caso de la protección registral para ser eficaz, se vio frustrado por la imposibilidad de registrar la finca a nombre del acreedor y con ello éste sufrió un daño. En palabras del propio registrador demandado, la anotación preventiva produjo una «publicidad engañosa» y determinó que resultase «ilusoria» la acción entablada. Por otra parte, la prioridad registral derivada de la ejecución instada por la Caja de Ahorros no necesitó fundarse en la anotación preventiva del embargo practicado en dicho procedimiento, sino en la adjudicación definitiva en subasta judicial que tuvo acceso al Registro con anterioridad a la escritura de adjudicación del inmueble en favor de la parte demandante, por lo que huelga cualquier consideración en relación con la supuesta falta de efectos de la anotación preventiva de embargo. Por lo demás, no puede olvidarse, como declaran, entre otras, las SSTS 11 de octubre de 2002, RC n.º 2711/2000 y 12 de diciembre de 2007, RC n.º 4577/2000 , que la anotación preventiva de demanda, aunque no altera la existencia y virtualidad de los derechos, de tal manera que debe estarse al resultado del juicio, es, desde la perspectiva procesal, una medida cautelar que da publicidad a la pendencia de un proceso asegurando su efectividad.

Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible. La STS 18 mayo 2006, rec. 3099/1999 , declara, en efecto, en

un supuesto de responsabilidad del registrador por indebida cancelación de una anotación preventiva de embargo, que «[e]l daño [...] se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral [...]».

b) Finalmente, no puede desconocerse la existencia de un fallo firme en el cual se condenaba a los herederos del titular del inmueble a otorgar escritura pública de transmisión de dicha titularidad en favor de la empresa demandante ni la existencia de una escritura pública otorgada por el Juzgado en ejecución de la sentencia, en la cual se acordaba la adjudicación en pago de la finca en favor del expresado demandante, previa la correspondiente resolución judicial en que se ordenaba esta actuación. Según la resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 2001 no puede apreciarse incongruencia entre el mandato judicial y el procedimiento del que deriva, sino que la denegación de la inscripción se funda exclusivamente en la interrupción del tracto sucesivo, «al estar la finca inscrita a favor de persona que no fue parte en el procedimiento seguido»; y la falta de eficacia de la anotación preventiva de demanda deriva de que se limita a reflejar un mero crédito contra el propietario de la finca, «cualesquiera que hayan sido las razones por las que la anotación se practicó en los términos en que lo fue».

C) Tampoco resulta aceptable la afirmación de la sentencia -tendente a demostrar la inexistencia de nexo de causalidad entre la conducta del registrador y el daño causado-, de que en el plazo de aproximadamente tres meses no hubiera podido practicarse una nueva anotación preventiva. Esta afirmación sólo sería sostenible si se considerara normal y aceptable la existencia de un retraso incompatible con la urgencia que en sí supone la adopción de una medida cautelar, y con los plazos fijados y la eficacia que reconoce la legislación registral a los asientos de presentación. Resulta, además, desmentida por el hecho de que el mandamiento inicialmente presentado tuvo que ser objeto de una adición a raíz de una objeción verbal por parte del Registro. Si esta objeción se hubiera extendido a la falta de constancia de los extremos que en definitiva determinaron el carácter defectuoso de la anotación (dado que no es presumible que su adición hubiera requerido más tiempo que la de los datos que se subsanaron), hubiera permitido que el asiento, debidamente adicionado el mandamiento, se practicase correctamente en la misma fecha en que fue practicado de manera incompleta. Finalmente, esta argumentación sobre la imposibilidad de subsanar la anotación preventiva resulta contradictoria con el no-reconocimiento de efectos a la anotación preventiva de embargo para fundar la prioridad registral del tercero que obtuvo el embargo en el procedimiento ejecutivo, puesto que, de admitirse esta tesis, esta prioridad resultaría del auto de adjudicación definitiva en subasta judicial, el cual, dictado en fecha muy posterior, se inscribió en el Registro con anterioridad a la escritura de adjudicación en favor de la parte demandante.

Sin embargo, esta Sala, por otras razones, no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del registrador que calificó erróneamente el mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, y el daño a que acaba de hacerse referencia.

En efecto, el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva.

En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en la que incurrió:

a) Aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos (reconocido jurisprudencial y científicamente; verbigracia, en el *art. 3 :201 a)* de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, PETL) se aprecia que el daño producido, ligado a la falta de eficacia de la anotación preventiva, tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del registrador. Sólo de manera refleja puede afirmarse que la práctica de la inscripción de la anotación preventiva fue la causa de la frustración de la finalidad del asiento, ya que para ello es necesario dar por supuesto que la reacción a la denegación -en principio en virtud de un defecto insubsanable, puesto que la demanda aparecía como dotada exclusivamente de naturaleza obligacional- hubiera determinado el inicio de una cadena causal que terminase necesariamente con la expedición de un nuevo mandamiento en las debidas condiciones, cuando en la realidad su desenvolvimiento dependía de factores diversos y de la intervención de diferentes profesionales.

b) Aplicando el criterio de la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la

producción del daño, se advierte que contribuyó a la defectuosa anotación realizada la conducta procesal de la parte que solicitó la anotación preventiva sin especificar correctamente los extremos de trascendencia real que debían constar en la misma, así como el carácter incompleto del mandamiento expedido por el Juzgado, en el cual se presentaba la demanda simplemente como una demanda de reclamación de cantidad, pero no se hacía referencia directa ni indirecta alguna a cualquier petición con trascendencia real o registral contenida en la misma. Como indicaba el auto del presidente del Tribunal Superior de Justicia de 24 de noviembre de 1999, «es evidente que el mandamiento ordenando la anotación debería de expresar íntegramente el objeto de la demanda, y por ello debería haberse hecho con indicación de la pretensión total ejercitada y la causa de la misma, ya que era la única forma de que la anotación expresara íntegramente su objeto frente a terceros.» En relación con este defecto resulta relevante el hecho de que la defensa y representación de la parte interesada no hiciera ninguna observación o reclamación al obtener este mandamiento defectuoso, sino que se limitara a solicitar su inscripción en el Registro y a insistir en su validez cuando, ciertamente de manera tardía, el registrador advirtió el error y lo comunicó al Juzgado.

c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida (reconocido también en sede jurisprudencial y científica: PETL, art. 3 :201 c)), se advierte que el deber de calificación del registrador no tiene como objeto principal y directo evitar los perjuicios que puede padecer quien obtiene con arreglo a sus deseos la protección registral aparente de un derecho no susceptible de dicha protección, sino evitar los perjuicios en el tráfico jurídico que puede originar a los titulares de otros derechos el ingreso indebido en el Registro de derechos que no pueden gozar de protección registral, entre otras razones, por carecer de naturaleza real.

Los efectos de la función calificadora del Registro no pueden extenderse hasta el extremo de justificar la existencia de un grado absoluto de confianza de los interesados en la validez y eficacia de asientos registrales practicados de conformidad con su solicitud, al menos en los casos en que sólo en virtud de un error de carácter vencible y, por consiguiente, imputable a quien lo padece la solicitud formulada puede considerarse apta para producir un asiento eficaz.

Así se infiere, en primer lugar del principio de rogación, en virtud del cual las inscripciones registrales se practican a petición de los interesados y no de oficio por parte del Registro, en consonancia con el cual, en el caso de que la calificación resulte positiva y se proceda a la inscripción, el acto del registrador causa estado y no es susceptible de impugnación en vía gubernativa, sino sólo ante los tribunales por parte de quienes pueden resultar perjudicados por el acceso al Registro del derecho objeto el documento inscrito, pues en principio se presume que el solicitante no puede resultar perjudicado por un acto registral que él mismo solicitó si se realiza en los propios términos de la solicitud.

En segundo lugar, como es bien sabido, el registrador carece de facultades para anular de oficio los asientos inválidos una vez practicados. Los asientos registrales están bajo la protección de los tribunales, y los registradores carecen de facultades para modificarlos, si no es con el consentimiento de todas las partes o en supuestos específicamente previstos por el RH. La inscripción registral consolida una expectativa de protección cuya subsistencia no depende del registrador, sino de la voluntad de los interesados y del ejercicio con éxito por parte de quienes se opongan a su validez de la facultad de solicitar judicialmente la anulación o cancelación de los asientos. La persistencia de un asiento erróneo practicado a instancia del interesado en los términos de la solicitud no es suficiente por sí misma para reprochar al registrador los daños que la confianza del propio instante en su existencia haya podido causar.

Se cita como precedente por la parte recurrente la STS 23 de octubre de 2002, RC n.º 705/97, en la que se estableció la responsabilidad civil profesional de un registrador por el hecho de que en el asiento practicado se omitió reflejar una cláusula de garantía con trascendencia real recogida en la escritura pública. En esta sentencia se declara que la cláusula omitida tenía una apariencia notoria de trascendencia real y el registrador no debió limitarse a ignorarla, si efectivamente se apercibió de ella, sino que debió denegar su inscripción con la motivación adecuada, lo que habría permitido subsanar o recurrir. Se observa que el supuesto invocado no es idéntico al contemplado en estos autos, pues en aquel caso el registrador omitió reflejar en el asiento una cláusula de trascendencia real contenida en la escritura presentada para la inscripción (colocándose con ello en una situación causal inmediata al daño producido dimanante directamente de la omisión), mientras que en el caso examinado el mandamiento dirigido al registrador a solicitud de la parte fue objeto de registro en sus propios términos (con lo que tal relación de inmediatez no existe).

Estos criterios, valorados conjuntamente, llevan a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del registrador no podía comprender los efectos dañosos que produjo en el caso examinado el error en que incurrió en la calificación jurídica de la anotación preventiva solicitada.

TERCERO . - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el *art. 487 LEC* y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el *art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Se desestiman el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Asfaltos Chova, S. A., contra la sentencia de 3 de noviembre de 2003 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón en el rollo de apelación n.º 115/2003, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Asfaltos Chova, S.A., contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón en fecha 7 de febrero de 2003 , en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 611 de 2002, confirmando la resolución recurrida e imponiendo el pago de las costas a la parte apelante».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller . José Almagro Nosete. Rubricado. Con respeto al criterio expresado mayoritariamente por mis colegas, formulo el siguiente PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR, y expongo a continuación los fundamentos y extremos de hecho que considero para acoger el recurso de casación, aceptando los de la sentencia en tanto en cuanto sean compatibles con éstos, y particularmente, la denegación del recurso por infracción procesal.

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, al amparo de lo previsto en el *artículo 160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con fecha 17 de mayo de 1993, recibidas las adiciones solicitadas por el Registrador, se anotó preventivamente la demanda entablada contra la herencia yacente de Don José , en juicio de menor cuantía nº 1456/1992, respecto de la finca registral nº NUM000 . Concluido el proceso de declaración, la sentencia recaída establece que *"El inmueble está afecto de manera especial al cumplimiento de la obligación de pago y que no produciéndose el cumplimiento de dicha obligación de pago, con carácter subsidiario se condena a la herencia yacente de D. José , a otorgar escritura pública del inmueble a favor de la actora"*.

SEGUNDO .- En la demanda se pedía << "... a) Que dichos codemandados son en deber solidariamente a Asfaltos Chova, S.A. la suma de 28.888.582.- ptas. (Veintiocho millones ochocientos ochenta y ocho mil quinientas ochenta y dos pesetas), con más los intereses legales de dicha cantidad desde la interpelación judicial" (sic suplico demanda menor cuantía 1456/92).- "... b) Que el inmueble sito en Castellón de la Plana, con fachadas a las CALLE000 y DIRECCION000 , números NUM002 y NUM003 , por voluntad expresa del fallecido, D. José , está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones

de pago que son hoy objeto del presente litigio, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de todo deudor que conforma el art. 1.911 del Código Civil .- c) Que igualmente y en cumplimiento de la voluntad expresa del fallecido, D. José , los herederos de dicho causante vienen obligados a otorgar con carácter inmediato y a favor de nuestra comitente, escritura pública del inmueble al que hace referencia el precedente apartado b)" (sic suplico demanda menor cuantía 1456/92) >>

TERCERO .- Mientras se procedía a la ejecución de Sentencia, se solicitó la prórroga de la anotación preventiva, petición a la que se accede por providencia de fecha 11 de julio de 1996, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad con fecha 16 de septiembre de 1996. Mas el día 20 de enero de 1997 se presenta escrito del Sr. Registrador manifestando que *"nunca debió ser anotada en los términos en que lo fue por cuanto no reunía los requisitos del art. 42.1 de la Ley Hipotecaria , dado que únicamente se estaba ejercitando una acción personal de reclamación de cantidad"* . No obstante, el Juzgado, por Auto de 27 de marzo de 1997 acuerda mantener la anotación preventiva de la demanda.

CUARTO .- Solicitada la ejecución de Sentencia dictada en los Autos de menor cuantía 1456/92 , se otorga la escritura pública a favor de Asfaltos Chova S.A. con fecha 15 de diciembre de 1998, y presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad, se deniega la misma por adolecer de defectos insubsanables. La inscripción fue denegada por las siguientes razones: 1º) Por incongruencia del mandato con el procedimiento donde se ha dictado, ya que instado un juicio declarativo en reclamación de cantidad que es lo único que consta en el Registro, según su anotación letra A y según el mandamiento que la produjo, se presenta una escritura adjudicando la finca anotada al demandante en pago de la deuda.- 2º) Obstáculo surgido del Registro como es la existencia de tercero a quien no vincula una anotación de la demanda que carecía de trascendencia real y que nunca pudo adquirir tal trascendencia por el hecho de ser anotada.- 3º) No se acompaña con la escritura la Sentencia firme en cuya virtud el juez otorga la escritura, aportándose con posterioridad.

QUINTO .- Ha de consignarse que en el ínterin, durante el curso del anterior procedimiento declarativo y antes de dictarse Sentencia por el Juzgado nº 19 de Valencia, con fecha 2 de agosto de 1993 , se anotó sobre la misma finca un embargo (letra B) por mandamiento dictado en el seno del Juicio Ejecutivo 146/93, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Castellón contra el titular registral. El juicio ejecutivo 146/93 termina por providencia de 18 de octubre de 1995 que aprueba el remate de la finca descrita a favor de la actora, que, a su vez, lo cede a la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana dictándose Auto con fecha 26 de enero de 1996 que se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad. En 19 de abril de 1996 se practica la inscripción en virtud de la cual la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana resulta adjudicataria del inmueble subastado judicialmente en el mencionado ejecutivo. A instancias del nuevo titular registral, el Sr. Registrador revisa la anotación preventiva letra A), cuestión que somete a la autoridad judicial, que ordena mantener la anotación.

SEXTO .- La precedente secuencia de actos sirve para situar en el tiempo el escrito del Sr. Registrador (20 de enero de 1997) dirigido al Juzgado con la pretensión de que declarara nula la anotación preventiva de demanda, lo que se instó a petición del adjudicatario de la finca. No cabe duda, desde luego, que sujeta meramente la anotación preventiva a las resultas de una demanda en reclamación de cantidad, sin trascendencia real concreta respecto de la finca en la que se practicaba aquélla, su eficacia devenía nula, sencillamente porque el *art. 42.1 de la Ley Hipotecaria* no contempla una anotación de estas características. Ergo, nunca debió calificarse positivamente el registro de la anotación, en los términos que resultaban del mandamiento judicial, pese a que las pretensiones ejercitadas tenían una clara vocación real, más allá de lo obligacional.

SEPTIMO .- La anotación preventiva en cuestión, según el tenor de la demanda, se incardina dentro de aquéllas en que se ejercitan acciones personales, siempre que tengan alguna trascendencia real sobre el inmueble registrado. Esto es, pese a la defectuosa redacción del *art. 42.1 de la Ley Hipotecaria* , como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 " *los efectos de las anotaciones preventivas de demanda, conforme al art. 42 de la L.H . están acordadas no sólo en beneficio de los titulares sobre un derecho real sino también de quienes lo sean de acciones personales con trascendencia real ...* ". En el caso, la ineficacia de la anotación debatida, puesta de relieve en la decisión firme del Registrador que no permitió - obviamente, con razones que en lo sustancial se comparten- la inscripción de la escritura de adjudicación otorgada a favor del actor en el pleito del que dimanaba la anotación, en pago de la finca, que fue objeto de la anotación, dada su inutilidad para producir estos efectos, tiene su vicio, de origen, en la inicial admisión de la anotación de marras, carente con toda evidencia, de la mínima apariencia externa que la legitimara ni siquiera " *prima facie* ", en atención a que, no obstante, un amplio criterio interpretativo de los supuestos previstos en el *art. 42 de la Ley Hipotecaria* (no se olvide el carácter de " *numerus clausus* ", según su típica conformación legal de las anotaciones preventivas), mal podía inferirse el acomodo del asiento a una "trascendencia real", cuando simplemente se consigna en aquélla que la

demanda versa sobre "reclamación de cantidad" .

Por tanto, el Registrador tenía que haber pedido una subsanación completa (la que pidió no modificaba la inanidad del mandamiento) o denegar " *a priori* " la inscripción, o posteriormente, si no se subsanaban sus defectos, pues la nulidad de la anotación pretendida resultaba palmaria a tenor de lo dispuesto en el *art. 75 de la Ley Hipotecaria* (la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o del derecho anotado, de la persona a quien afecta la anotación o la fecha de ésta). Y no se diga, que los poderes del registrador son limitados en el juicio de calificación de los documentos expedidos por la autoridad judicial, pues siendo esto cierto, también lo es que las <<formalidades extrínsecas del mandamiento, no acreditaban por falta de datos explícitos la consistencia mínima que " *expresis verbis* " relacionan la "reclamación de cantidad" con la "trascendencia real" exigible>>

OCTAVO .- El mismo Registrador intentó muy posteriormente, y cuando ya los hechos presentaban un cariz irreversible (nos referimos en el caso de nueva o rectificada anotación, a la pérdida del principio de prioridad), obtener del Juzgado la aceptación de la nulidad de la anotación. En efecto, el Registrador recurrido reconoció de forma expresa, en su escrito remitido al Juzgado de Primera Instancia de fecha 20 de enero de 1997, folio 78 y siguientes, que la anotación de la demanda en ese procedimiento y que aparecía en la finca registral nº NUM000 con la letra NUM001 , fue ordenada y anotada indebidamente, conforme al *art. 42.1 de la Ley Hipotecaria* , por lo que según constaba en dicho escrito, se " *está produciendo una publicidad engañosa ya que la finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar las resultas de un juicio, a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada, y la demanda de reclamación de cantidad sólo pretende el reconocimiento de la deuda que, de no pagarse voluntariamente, deberá serlo mediante una fase ejecutiva en la que procederá la anotación del embargo, que es lo que determina la prioridad del crédito ...* ". Como recoge la sentencia recurrida <<denegar la anotación preventiva que se solicitaba en tales términos también resulta incuestionable a partir de la redacción del *art. 100 del Reglamento Hipotecario* , ya que dicho precepto dispone que "la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro", por lo que teniendo el Registrador que verificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, incumplió en el presente supuesto esta obligación al no haber denegado la anotación preventiva que se interesaba por derivar de un procedimiento de reclamación de cantidad y que, por ello, no podía incluirse en el supuesto contemplado en el *art. 42.1 de la Ley Hipotecaria* , y ello aunque el error partiera de un mandamiento judicial, que el solicitante pudo apreciar también.>> Ni la parte interesada, ni el Juzgado accedieron a lo pedido, lo que resulta comprensible pues ello hubiera supuesto acceder de entrada a la pérdida de cualquier oportunidad sobre la prioridad registral, o bien, a un acto de aceptación de la errónea calificación.

NOVENO .- El desarrollo de los hechos posteriores y el deslizamiento hacia el presumible resultado final son los determinantes de la presente exigencia de responsabilidad: en ningún caso la escritura pública de adjudicación en pago por la deuda reclamada pudo ser objeto de inscripción, puesto que ya se había practicado otra inscripción de dominio, no afectada por la anotación preventiva de demanda nula " *in re ipsa* ". Esto es, en el Registro había surgido un tercero a quien no incumbía una anotación de demanda carente de trascendencia real. Los recursos gubernativos frente a la denegación de la inscripción, primero, ante el Tribunal Superior; y luego, ante la Dirección General de Registros y del Notariado, ambos con argumentos no coincidentes en la fundamentación, pero sí en el resultado confirmatorio de la denegación acordada por el Registro cierran el conjunto de incidencias habidas en el caso.

DECIMO .- La "trascendencia real" del asunto principal resulta acreditada mediante el otorgamiento judicial en ejecución de sentencia devenida firme de la escritura que adjudicaba en pago de una deuda al actor la titularidad de la finca litigiosa, siéndole de aplicación lo dispuesto en el *párrafo segundo del art. 198 del Reglamento Hipotecario* ; todo ello, sin perjuicio, del debate, si a ello hubiera habido lugar, sobre la preferencia de créditos determinada por el embargo y sus consecuencias.

UNDECIMO .- Las antecedentes consideraciones no excusan, antes bien, explican la responsabilidad civil de Registrador, en tanto que causante eficiente del error cometido con la anotación preventiva indicada, conforme al *art. 296.2º de la Ley Hipotecaria* . El error en cuestión, se imputa al Registrador, pues aunque tuviera su origen en la insuficiencia del mandamiento o en su ineptitud para producir la anotación, no obstante, dió lugar a ella pese a tratarse de un defecto que notoriamente debió fundar la denegación o la suspensión de la anotación, según lo prevenido por el *art. 297 de la Ley Hipotecaria* y tiene sin duda, acción el actor para instar la reclamación contra el Registrador de los daños y perjuicios ocasionados (*art. 296* , en relación con el *art. 300*). La determinación de su importe exige calcular, prudencialmente, el alcance económico de la pérdida de oportunidades que supuso para el actor la anotación mal practicada y, por ello,

su inutilidad para provocar en su día la inscripción de la escritura de adjudicación de la finca, que se hubiera obtenido de haber existido una anotación preventiva válida. En este sentido, ha de ponderarse a efecto de moderar aquélla (*art. 1.103 del C.Civil*) la concurrencia de otros errores, previos y posteriores a la calificación registral, influyentes en el resultado producido: así, el error habido en el mandamiento judicial que fue insuficiente para acreditar la "trascendencia real" de la demanda y la negligencia del actor que no reclamó sobre la insuficiencia del mandamiento, ni instó rectificación alguna, al cobijo de los arts. 328 y 329 del Reglamento Hipotecario. Se entiende, por ello, que la cantidad en que cifra el daño el actor ha de experimentar una disminución del 50%, como consecuencia de estos comportamientos. La expresada cantidad, tomando en consideración que la deuda garantizada por el inmueble ascendía a 28.888.582 pts., se reduce a 14.294.426 ptas, incrementada en el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda del juicio de menor cuantía en que se reclamaba.

DUODECIMO .- Estos son los términos en que se estima el recurso de casación, según los preceptos invocados en cuanto se recogen en los fundamentos jurídicos y conforme con la interpretación jurisprudencial de las sentencias invocadas. Y estos son también los términos en que, a mi juicio, debió resolverse la instancia.

En casación, por tanto, el fallo debía haber sido:

FALLAMOS:

1º.- Se estima el recurso de casación interpuesto por "ASFALTOS CHOVA, S.A." contra Don Carlos Manuel .

2º.- Al resolver la instancia, se condena al Sr. Registrador al pago en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos, de la cantidad de 14.294.426 pesetas, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda del juicio de menor cuantía en que se reclamó la deuda.

3º.- No se imponen las costas, ni del recurso, ni de ninguna de las instancias.

José Almagro Nosete.