

Roj: **STS 8187/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:8187**Id Cendoj: **28079110012009100823**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/12/2009**Nº de Recurso: **1986/2005**Nº de Resolución: **769/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número **1986/2005**, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal Fundación Hogar Doctor Vicente, aquí representada por el procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 755/2003 por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de junio de 2005, dimanante del procedimiento ordinario número 534/2002 del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la Fundación Casa Hogar Concepción Calderón, Dr. Vicente y Simón Zurita, representada por la procuradora D^a Paz Santamaría Zapata y D. Marino , representado por el procurador D. Gonzalo Santos de Dios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . - El Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid dictó sentencia de 18 de junio de 2003 en el procedimiento ordinario n.º 534/2002, cuyo fallo dice:

«Fallo: Desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez actuando en nombre y representación de Fundación Hogar Doctor Vicente contra Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita y D. Marino absuelvo a estos últimos de la pretensión que contra los mismos se formulaba mediante la demanda».

SEGUNDO . - La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. En primer lugar, es necesario fijar de manera clara la pretensión que la actora plasma en su demanda. Mediante la misma la parte actora quiere que se condene a los codemandados con carácter solidario a satisfacerle la cantidad de 3 209 404, 64 € más los intereses que hubiese recibido Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita desde el incumplimiento de la condición que pretende existente en el contrato de donación, más los intereses de demora de dicha suma. Como se puede adivinar la contienda se suscita a propósito de una donación habida entre Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita -como donataria - y Fundación Hogar Doctor Vicente -como donante-. La pretensión de la actora alcanza el importe de la venta del inmueble descrito registralmente como [...] la donación del inmueble de la Calle de San Agustín se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir totalmente la donataria Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, de Humanes de Mohernando (Guadalajara): a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble donado mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco , salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo... . No se discute tampoco la certeza de que el inmueble donado fue finalmente enajenado a favor de la entidad Alquileres y Rehabilitaciones de Viviendas, S. A. por el importe -reclamado mediante la demanda- de 534 000 000 pesetas. La acción que ejercita la parte actora se extiende además hacia la responsabilidad de D. Marino , al entender que, por no inscribir éste en el Registro de la Propiedad que regentaba la limitación a las facultades de disposición que tenía, respecto de dicho inmueble, la entidad Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita,



como consecuencia de lo pactado en la escritura de donación, debe asumir por imprudencia profesional, las consecuencias dañosas para la demandante, derivadas de sus actos. Configuradas así las cosas hay que tener en cuenta, a fin de resolver la controversia, que en primer lugar deberemos examinar si Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita incumplió con lo pactado al enajenar el inmueble que le había sido donado por Fundación Hogar Doctor Vicente y, solo para el supuesto en que concluyamos que a este extremo debe darse una respuesta positiva, deberemos examinar la responsabilidad que en ello tiene el Registrador de la Propiedad D. Marino ya que, según convendrán las partes, para el caso en que no se concluya con que existió incumplimiento de la limitación de disposición por parte de Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita al enajenar el inmueble que le había sido donado, huelga toda consideración sobre si procedía o no la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha limitación puesto que con independencia del incumplimiento del hipotético deber, no se habría producido perjuicio alguno a la parte demandante al haber consentido expresamente la enajenación del inmueble.

»Segundo. A fin de enjuiciar la primera cuestión que hemos anunciado, las partes argumentan sobre lo inviable de la conservación del inmueble donado, de si las cargas eran más grandes que los beneficios obtenidos con la donación, que el inmueble donado no cumplía con las expectativas creadas y no podía ser soportado su coste por la Fundación Hogar Doctor Vicente. Si bien todas estas consideraciones pueden tener cierta importancia en la adopción de la decisión de enajenar el inmueble, desde la perspectiva del presente pleito solo tienen una importancia relativa ya que lo trascendental es si se incumplió o no por Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita la limitación de disponer impuesta como consecuencia de la donación del referido inmueble. Para decidir tal cuestión tiene enorme trascendencia tanto el examen del pacto plasmado en la escritura pública de donación, como el examen del *iter* de la enajenación. Por ello vamos a reiterar el contenido del pacto de limitación de la facultad de disposición impuesta a Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita. Como hemos tenido ocasión de ver, la letra a) de la estipulación segunda de la escritura de donación otorgada ante el Notario del Ilre. Colegio de Madrid D. Ángel Sanz Iglesias el día 29 de abril de 1998 dispone: "...la donación del inmueble de la Calle de San Agustín se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir totalmente la donataria Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, de Humanes de Mohernando (Guadalajara): a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble donado mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco , salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo...". Tal redacción conlleva la conclusión de que no nos encontramos ante una prohibición de disponer, sino únicamente ante una limitación de la facultad de disponer de Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, limitación que se encuentra supeditada a que la transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por parte de D. Pedro Francisco , representante de la donataria Fundación Hogar Doctor Vicente. La cuestión es discernir que significa la expresión "aceptación previa y expresa de la transmisión". Sobre el análisis de lo que supone previa aceptación no existe ningún dilema, significa que, previamente a la transmisión del inmueble donado, D. Pedro Francisco haya dado su consentimiento. Pero no vale cualquier tipo de consentimiento. Según la estipulación que hemos reproducido literalmente, la aceptación previa debe ser expresa. Y, aceptación expresa indica que la aceptación debe ser admitida de una manera incontrovertida por el representante de la donataria. La aceptación tácita, que supondría en este caso, la posibilidad de la falta de oposición a una enajenación realizada por Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita y por tanto la posibilidad de una enajenación efectuada sin aceptación inicial pero permitida con posterioridad, se contrapone al consentimiento previo y expreso que se plasma en la escritura de la donación. Este consentimiento expreso no exige sin embargo una formalidad específica ni una forma de exteriorización formal. Basta con que conste que afloró una voluntad consciente y dirigida a la enajenación del referido inmueble por parte de D. Pedro Francisco . Dicho lo anterior debemos constatar que no se ha negado por la parte actora que la enajenación del inmueble donado fue realizado mediante un procedimiento articulado por la propia donataria en forma de subasta con pliego de condiciones, admisión de posturas y adjudicación al mejor postor. Dentro de este ámbito de preparación del procedimiento de subasta afirma el testigo D. Íñigo que D. Pedro Francisco intervino activamente ya que fue el contacto que, para tal fin, le indicó el Obispo de Sigüenza -patrono de Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita-. Que la intervención de D. Pedro Francisco en la preparación de la compraventa fue importante lo indica la propia demanda en cuyo hecho séptimo afirma que D. Pedro Francisco a la par que negaba la autorización de la compraventa, permitía que se iniciaran negociaciones. Pero lo que es más determinante a fin de examinar si tal aceptación previa y expresa de la enajenación del inmueble donado existió o no por parte de D. Pedro Francisco es que el mismo fue destinatario y recibió posturas en la subasta organizada para tal enajenación. Del documento núm. 13 de la contestación a la demanda de Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita se desprende con total claridad que una de las ofertas para la adquisición de dicho inmueble fue dirigida a D. Pedro Francisco , en concreto, la oferta de la entidad denominada Restaura por un importe inferior al del mejor postor, en total 420 000 000 pesetas. Tal circunstancia, plenamente concordada con el testimonio de D. Íñigo refleja que D. Pedro Francisco se involucró en el procedimiento de enajenación



del inmueble donado a través de subasta. Lo que no cabe sostener de una manera válida es que una vez formuladas las posturas no le fuera adjudicada la finca al mejor postor - según el pliego de condiciones- porque, además se requería un requisito más allá de una mejor postura, que sería el consentimiento expreso de D. Pedro Francisco . Porque de no presuponerse dicho consentimiento ¿qué sentido tenía organizar e intervenir de manera activa -como se ha visto- en un procedimiento única y exclusivamente destinado a enajenar la finca al mejor postor? No puede válidamente sostenerse esta tesis en el ámbito del Derecho ya que al Derecho le repugnan las soluciones que constituyen un absurdo, y absurdo sería la organización de un procedimiento prometiendo a quien ofrezca una mejor oferta la transmisión de un bien para, cuando se han cumplido todos los requisitos, no proceder a tal transmisión bajo pretexto que un tercero debe consentir previa y expresamente la venta.

»Tercero. Al no haber concluido en el anterior fundamento con que se ha producido responsabilidad de Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita por la enajenación del inmueble sito en la calle San Agustín de esta ciudad, es innecesario el examen de si D. Marino , como Registrador de la Propiedad, erró al no proceder a la inscripción de la citada limitación de disponer ya que en uno u otro caso, como hemos concluido que la enajenación se efectuó de forma consentida por D. Pedro Francisco y según lo exigido en la escritura de donación, no cabe deducir responsabilidad profesional de clase alguna por parte de dicho codemandado ya que, en la hipótesis peor para el mismo, no se habría causado daño de clase alguna por la enajenación del inmueble al existir el consentimiento escriturariamente requerido de D. Pedro Francisco .

»Cuarto. De acuerdo con el principio objetivo de vencimiento que recoge el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas causadas en la primera instancia, procede imponerlas a la parte demandante al no haber prosperado ni parcialmente su pretensión».

TERCERO . - La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 3 de junio de 2005 en el rollo de apelación n.º 755/2003 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Fundación Benéfica Particular Hogar Doctor Vicente debemos confirmar y confirmamos íntegramente la Sentencia pronunciada a 18 de junio de 2003 por la Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.º 21 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el número 534/02 a instancias de Fundación Hogar Doctor Vicente contra Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, con imposición al apelante de las costas de la presente alzada».

CUARTO . - La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en todo aquello que no sea contradicho por los siguientes:

»Primero: Los presentes autos traen causa de la demanda interpuesta por la Fundación Hogar Doctor Vicente, que en la presente alzada ocupa la posición procesal de parte apelante, contra la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita y contra D. Marino , que actúan como parte apelada, en la que deduce la pretensión de que se condene solidariamente a ambos demandados a abonarle la suma de 3 209 404,64 €, con sus intereses.

»Segundo: Reproduce la apelante, en la presente fase procesal, los argumentos fácticos y jurídicos que expuso en la Instancia, como fundamento de su pretensión, a saber:

»1) La Fundación Hogar Doctor Vicente, donó a la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita la casa en Madrid, en la calle San Agustín n.º 13, con vuelta a la de Cervantes n.º 18, ante el notario de Madrid Sr. Sanz Iglesias;

»2) la donación del referido inmueble se efectuó con varias condiciones que impuso la apelante y que se obligaba a cumplir la donataria. Así de forma expresa, en la Estipulación Segunda de la Escritura Pública de donación se señala literalmente: "Segunda: la donación del inmueble de la calle San Agustín se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir textualmente la donataria Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, de Humanes de Mohernando (Guadalajara) a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble referido mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco , salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo."

»3) El Sr. Pedro Francisco era Administrador Mancomunado, junto con otra persona, del inmueble donado de la calle San Agustín, a fin de que sean dichos administradores los que de forma gratuita y desinteresada velen, vigilen y administren el mismo (estipulación tercera de la escritura de donación).



»4) No obstante la limitación señalada, que no fue inscrita por el Sr. Registrador codemandado, la finca en cuestión se ha enajenado, otorgándose oportuna escritura de compraventa del inmueble de la calle San Agustín, citado, ante el notario de Guadalajara Sr. González Perabá, a favor de Alquileres y Rehabilitaciones de Viviendas S.A. (Alrevisa) por 534 000 000 de pesetas.

»Tercero: Entrando en el fondo del asunto, en lo que a la codemandada Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita se refiere, la cuestión litigiosa se circunscribe a determinar si la venta del citado inmueble por la apelada se ha realizado respetando la limitación impuesta en la escritura de donación de 29 de abril de 1998 (obrante a los folios 50 y siguientes de los autos) y en concreto la estipulación segunda transcrita en el Fundamento Jurídico precedente.

»Pues bien del estudio de los autos se sigue que la donataria apelada no incumplió la condición impuesta en la citada estipulación toda vez que el Sr. Pedro Francisco , según se establece incluso en el escrito de demanda, aunque afirma que en principio negaba rotundamente su autorización, es lo cierto que permitió que se iniciaran las gestiones de venta (demanda obrante al folio 10 de los autos, en concreto folio 17) por lo que nos encontramos con una autorización para que la misma tenga lugar, y no sólo ello sino que además participó activamente en el *iter* de la enajenación toda vez que ha quedado acreditado que "amablemente facilitaba los datos del inmueble" para su enajenación (documento n.º 13 de la contestación, folio 665 de los autos) a una empresa denominada Restaura que pujó por dicho inmueble, de lo cual cabe extraer que el Sr. Pedro Francisco había dado su consentimiento previo y expreso, aunque no en escritura pública lo cual no resulta requisito exigido en la escritura de donación, a la citada enajenación, pues no cabe calificar de otra manera que de consentimiento la conducta que siguió, como se ha dicho, permitiendo que se iniciaran las gestiones de venta e involucrándose él mismo en la subasta en que dicho inmueble se enajenó, por lo que procede confirmar la resolución apelada, al entender la Sala que la conducta del Sr. Pedro Francisco fue una conducta permisiva de la actuación de la donataria, y que el comportamiento del Sr. Pedro Francisco fue coherente con la decisión de vender el inmueble donado, autorizando las gestiones de venta y participando activamente en las mismas, como queda dicho y se insiste en ello.

»Cuarto: En cuanto al codemandado Sr. Marino , la apelante, en su escrito de interposición del recurso (en concreto folio 791 de los autos) aclara cuál es la *causa petendi* de su reclamación al afirmar textualmente "al Sr. Registrador no se le demanda, como dice la Sentencia recurrida, porque no haya inscrito lo que era su obligación, sino por el hecho de confundir a mi representada precisamente dando la apariencia legal de que había procedido a la inscripción total, cuando la realidad es que inscribió parcialmente el documento de calificación y no darle la posibilidad de recurrir tal calificación, lo que a nuestro entender hace que la situación de mi representado se viera alterada sustancialmente respecto a sus actos ya que no es lo mismo actuar en la creencia de que tienes la prohibición de venta inscrita a tener constancia de que no se ha procedido a inscribir dicha prohibición".

»Mas la pretensión indemnizatoria basada en dicho razonamiento no puede ser acogida por la Sala, ya que la propia naturaleza del Registro, que es público, lo imposibilita. Cuando tiene lugar una inscripción registral las personas interesadas, y todos en general, pueden/podemos acudir para examinar dicha anotación, asiento, inscripción, por lo tanto si el Sr. Pedro Francisco hubiera acudido al Registro hubiera tomado conocimiento de que la limitación de enajenar no se había inscrito y podido actuar en consecuencia. No haberlo hecho así, examinando el asiento, es algo que no puede en modo alguno imputarse nada más que al Sr. Pedro Francisco , que tal y como afirma, estaba en la falsa creencia de que el documento público de donación estaba íntegramente inscrito y adoptó una actitud con respecto a la donataria coherente con la venta del inmueble que se explica por dicha ignorancia sólo a él imputable.

»Quinto: Por aplicación de lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de la presente instancia se imponen a la parte recurrente».

QUINTO . - En el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Fundación Hogar Doctor Vicente se formulan, los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. No ha sido admitido.

Motivo segundo. «Infracción de los artículos 18, 19, 26, 296, 300, 301, 311 y 312 de la Ley Hipotecaria , normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

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

La sentencia recurrida se olvida totalmente de la aplicación de los artículos reseñados en relación con la obligación del Registrador de la Propiedad de inscribir la condición de no vender sin el consentimiento expreso y previo impuesto por la donante en la escritura de donación. Y como razonamiento se limita la Sala a quo a decir que la pretensión indemnizatoria basada en el perjuicio causado por la no-inscripción no puede



ser acogida ya que la propia naturaleza del Registro que es público lo imposibilita. Cuando las personas interesadas pueden acudir a dicho Registro para comprobar si se había inscrito esa limitación de enajenar.

Esta es la afirmación más absurda que puede hacerse en una sentencia.

Según el artículo 19 LH cuando el registrador notare alguna falta en el título lo manifestara a los que pretendan la inscripción para que subsanen la falta. Y el registrador deja de inscribir la condición legalmente pactada, inscribe el resto de la escritura, sin poner ni el más mínimo reparo y sin hacer ninguna alusión al defecto que impedía la inscripción de la prohibición de enajenar como puede se comprueba en la nota certificada.

Según el artículo 26 LH las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el registro y el artículo 296 LH dispone que los registradores responderán civilmente de todos los perjuicios que ocasionen por no inscribir los títulos que se presenten en el registro.

La sentencia recurrida entiende que la firma del registrador en una escritura pública o en una certificación expedida por el mismo con base en los libros de su Registro o cualquier información que necesiten los interesados han de ir a examinar directamente los archivos registrales sin hacer caso a lo que el registrador certifique de dichos archivos. El representante de la demandante no tenía que ir a comprobar si la prohibición de enajenar se había o no se había inscrito pues a la vista de la nota certificada por el propio registrador en la escritura pública no había ningún reparo y, por lo tanto, había sido inscrita toda ella.

Los interesados tienen derecho, efectivamente, de examinar los datos del Registro de la Propiedad siempre que lo consideren oportuno. Y eso es lo que habría hecho el representante de la donante si al inscribir la escritura de donación el registrador hubiere puesto algún reparo a la misma pues el artículo 18 LH dispone que los egistradores calificarán bajo su responsabilidad la validez de los actos dispositivos de las escrituras publicas. Por lo tanto, para el representante de la donante la inscripción se había hecho del contenido íntegro de la escritura de donación.

El artículo 26 LH ordena que las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad. La escritura de donación contiene esa condición de no poderse vender sin el consentimiento expreso de la donante y se solicitó expresamente que fuera inscrita en el Registro. Esa falta de inscripción hace que resulte aplicable el artículo 300 LH «el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir desde luego, del mismo registrador el importe de lo que hubiere perdido». Y la sentencia recurrida infringe este artículo al no reconocer el derecho de la recurrente.

De todo ello, se deduce la infracción que comete la Sala de las disposiciones legales reseñadas ya que si el registrador no anotó la condición ni hizo mención alguna de porque había dejado de anotarla; si esa anotación es obligación ineludible del Registrador, no haberse inscrito ha causado grandes perjuicios a la donante es evidente que debió dictarse una sentencia de acuerdo con esos artículos referidos. Y por ello la sentencia recurrida infringe asimismo el artículo 301 LH pues debió condenar, solidariamente, a ambos demandados al pago de los perjuicios causados a la recurrente.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo presentado este escrito, con sus copias y documentos acompañados, en tiempo y forma, se digne admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso de casación preparado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en el juicio ordinario num. 534/2002 , del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, interpuesto por mi principal Fundación Hogar Doctor Vicente, contra D. Marino y la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, y en su día, previos los tramites reglamentarios, se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, estimando las pretensiones de esta parte, con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso».

SEXTO . - Por ATS de 15 de julio de 2008 se admite el recurso de casación respecto de la infracción alegada en el motivo segundo pero no respecto a las infracciones alegadas en el motivo primero.

SÉPTIMO . - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de la Fundación Casa Hogar Concepción Calderón, Dr. Vicente y Simón Zurita, se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al único motivo admitido del recurso de casación.

La recurrente pretende una sustitución automática y no razonada de su personal criterio, lo que no cabe en casación.

Este motivo además de constituir una cuestión nueva y alterar interesadamente la resultancia probatoria del proceso plantea una cuestión ajena a la Fundación recurrida.

La Fundación recurrida nada tiene que ver con las supuestas infracciones denunciadas. Las infracciones atañen, obviamente, al registrador, codemandado.



En términos meramente dialécticos, la supuesta infracción del artículo 301 LH es la única que de modo hipotético podría afectar a la Fundación recurrida -vía responsabilidad solidaria- si la hubiese, pues de la sentencia combatida no se deriva error, malicia o negligencia del registrador.

Según la recurrente «la sentencia recurrida infringe asimismo el artículo 301 LH , ya que de acuerdo con tal artículo debió condenar solidariamente a ambos demandados al pago de los perjuicios causados a mi representada».

La sentencia recurrida infringe el artículo 301 LH simplemente porque lo dice la recurrente «debió condenar»: contundente argumento, obviamente destinado al fracaso aunque solo fuera por la falta de exposición de los fundamentos de la infracción denunciada como las exigencias casacionales imponen (artículo 481 LEC).

Además, la sentencia impugnada no infringe dicho artículo porque no se ha producido ningún incumplimiento por la Fundación recurrida ni perjuicio alguno a la recurrente que consintió expresamente la enajenación del inmueble. La sentencia combatida lógicamente no sigue adelante y, en consecuencia, no se plantea la solidaridad de los codemandados ni responsabilidad alguna a la que no ha lugar.

Carece de base el motivo que constituye una alegación formulada en atención a la eventual estimación del recurso partiendo interesadamente de la existencia de perjuicios y de responsabilidad. Consecuentemente, dado que de modo inatacable se ha establecido por la sentencia combatida que no hay ni responsabilidad, ni menos perjuicios, el motivo ha de ser inexorablemente rechazado por la Sala.

Cita la STS de 11 de febrero de 1993 , sobre responsabilidad solidaria en caso de responsabilidad extracontractual.

La sentencia impugnada no contradice esta doctrina expuesta pues al entender que no es procedente la indemnización reclamada, lógicamente, no plantea la cuestión de la solidaridad entre los codemandados.

Lo fundamental es que la sentencia combatida resuelve que la Fundación recurrida no incumplió la limitación de disponer impuesta como consecuencia de la donación del inmueble. De este modo, la sentencia recurrida no desconoce el artículo 301 LH (único que a efectos dialécticos podría afectar a esta parte), simplemente no lo aplica pues no procede. Por tanto, el motivo debe ser desestimado.

No solo por lo expuesto sino también porque plantea una cuestión nueva y hace supuesto de la cuestión cuestiones ambas vedadas en casación.

Planteamiento de cuestión nueva vedada en casación.

La recurrente introduce una cuestión que supone un cambio en sus alegaciones sostenidas a lo largo del procedimiento. Manifiesta en su recurso de casación que el registrador de la Propiedad (por error, malicia, negligencia o, en todo caso, por causa desconocida) no inscribió la prohibición de disponer contenida en la escritura de donación sobre la base de normas que, a su parecer, obligarían a la inscripción de dicha cláusula.

Sin embargo, la alegación mantenida en el proceso por la recurrente ha sido otra. En el recurso de apelación alegó una supuesta responsabilidad del registrador de la Propiedad (trasladable también a la Fundación recurrida, a juicio del recurrente, vía responsabilidad solidaria) por la confusión que produjo la ausencia de comunicación o notificación de que la referida inscripción, finalmente, no se llevó a cabo, como se recoge en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida.

Además, la recurrente no puede calificar la afirmación de la sentencia relativa a la publicidad registral como «la afirmación más absurda que puede hacerse en una sentencia» pues lo que la combatida desestimaba - con ese razonamiento- era la pretensión de confusión y no su novedosa pretensión casacional basada en la no-inscripción.

Las cuestiones nuevas (y contradictorias) no alegadas en instancia como la que introduce la recurrente están vedadas en casación pues según reiterada doctrina jurisprudencial alteran el objeto de la controversia y atentan contra los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa de la contraparte. Cita las SSTS núm. 651/2008, de 2 julio y núm. 252/2007, de 27 febrero, el ATS de 31 de octubre de 2006, y las SSTS núm. 989/2007, de 3 octubre y 15 de febrero de 2002 con apoyo, entre otras, en las de 28 de abril de 1990, 26 de enero y 20 de octubre de 1998, 22 de marzo, 23 de mayo y 22 de octubre de 2002, 21 de abril y 18 de diciembre de 2003, 19 de febrero, 21 de abril, 28 de mayo y 3 de junio de 2004, 25 de febrero, 31 de marzo y 15 de abril de 2005 .

Además, la recurrente hace supuesto de la cuestión, lo que no cabe en casación.

El motivo está destinado al fracaso pues además de lo expuesto no respeta el material fáctico contenido en la propia sentencia combatida y construye un escenario interesado a sus efectos. Es especialmente llamativo



que la enumeración de antecedentes y el desarrollo del motivo se expongan como si el proceso o su resultancia probatoria no hubieran tenido lugar.

La inadmisión del primer motivo de casación conlleva la firmeza e inatacabilidad de la sentencia en el sentido de que el Sr. Pedro Francisco había dado su consentimiento previo y expreso a la compraventa y, por tanto, la Fundación recurrida no incumplió la condición.

En conclusión, la enajenación fue consentida expresamente por D. Pedro Francisco, según lo exigido en la escritura de donación. Por tanto, no cabe deducir ni incumplimiento, ni responsabilidad de ningún tipo de la Fundación recurrida, pues no se ha causado ningún daño por la enajenación del inmueble al existir dicho consentimiento con carácter inequívoco. Tampoco cabe plantearse responsabilidad alguna del registrador de la Propiedad ni mucho menos solidaria de la Fundación recurrida, pues no procede en ningún caso.

Por consiguiente, el motivo ha de decaer pues construye una supuesta infracción jurídica partiendo de un dato fáctico acomodado a su interés (incumplimiento del registrador derivado de la no-inscripción e imputable a la Fundación recurrida solidariamente), frente a lo declarado por la sentencia combatida. Por tanto, el motivo parte de donde quiere llegar y pretende sustituir el imparcial criterio de la Sala sentenciadora por el suyo, parcial e interesado. Todo ello atenta contra los más elementales principios del régimen casacional a los que esa Sala ha tenido últimamente ocasión de referirse en múltiples ocasiones, tras la reforma operada en dicho régimen por la LEC 2000, al decidir sobre la admisión de los recursos, (AATS de 19 septiembre 2006 y 30 de mayo de 2006 y la SSTs de 11 de junio de 2004 y 29 de mayo de 2007).

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en mérito del mismo, y por cumplido el trámite a que se refiere, tenga a esta parte por opuesta al recurso interpuesto de contrario y, en su día, previa la tramitación oportuna, desestime íntegramente dicho recurso, con imposición de costas a la recurrente y con cuantos pronunciamientos sean procedentes en derecho».

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

Sostiene la Fundación recurrente que D. Marino debió inscribir la condición de no vender sin el consentimiento expreso y previo impuesto por el donante.

Tal cuestión no ha sido examinada en este procedimiento como el mismo recurrente reconoce cuando resalta -por absurdo- que el único razonamiento de la sentencia recurrida se atiene a la publicidad del Registro. Tanto en primera como en segunda instancia se achacaba al recurrido la no-notificación en trámite alguno del procedimiento registral de esa no inscripción y a contestar tales argumentaciones se dedican las dos sentencias desestimatorias dictadas, de manera que no es absurdo como la Fundación alega que la sentencia de la Audiencia recoja en su pronunciamiento el carácter público del Registro y no contenga análisis o mención alguna de los preceptos que ahora se dicen infringidos por su inaplicación.

Es evidente que si lo alegado versaba sobre la falta de publicidad o no de la no-inscripción en el Registro no son los artículos 18 y ss. LH los que resuelven la cuestión, pues, como el motivo pretende, tales preceptos serán de aplicación cuando la cuestión hiciera crítica de la calificación negativa del registrador. Nunca la Fundación recurrente se ha alzado contra dicha calificación sino contra su no-notificación a la interesada que como ella misma reconoció en apelación, la hizo actuar en la creencia de que tenía la prohibición de venta inscrita.

Efectuada esta primera excepción a la admisibilidad o estimación del motivo, reseña a continuación las argumentaciones que acreditan tanto la correcta publicidad del Registro como la justeza a Derecho de la calificación denegatoria de la inscripción de esa condición.

Alude a lo que ocurrió en una de las ocasiones en que la escritura es presentada al Registro (la que corresponde al 21 de septiembre de 1998), momento en el que el registrador despachó desfavorablemente tal título con la correspondiente nota que se transcribe.

La nota que al amparo del artículo 429 fue emitida por el registrador y entregada el 19 de octubre de 1998 al presentante, está aportada al procedimiento, debidamente ratificada por el registrador y no puesta en entredicho en este recurso de casación.

Tras la expedición de esa nota es fácil presumir la conformidad del presentante, en nombre del interesado, a la inscripción parcial del documento, es decir, sin esa concreta estipulación como autoriza el reiterado 429 y se deduce no solo de la practica registral diaria sino por el incontestable dato de que el interesado se aquietó con la calificación definitiva en la forma en que fue hecha por el registrador meses más tarde (tras una tercera presentación de la escritura cuyo asiento anterior había caducado); y al respecto, advierte que la nota de calificación definitiva (se unió a la escritura) y, además, constaba en la propia inscripción de cuyo contenido íntegro se dio conocimiento al interesado a través de la expedición de la nota informativa que a partir de la Ley



7/98 debe acompañar a cualquier despacho registral en la que -obviamente- no figura recogida la prohibición de disponer.

En efecto, solo si concurre ese trance verbal en el que se muestra conformidad con la denegación de la inscripción del concreto pacto puede entenderse que ni se exigiera al registrador la explicitación escrita de su criterio ni se recurriera su calificación a través del pertinente recurso gubernativo.

Es práctica habitual (diaria) en los Registros que ante notas de calificación desfavorable a la inscripción de determinados pactos, los presentantes manifestaban su conformidad con ese criterio y lejos de tratarse de una desviación legal o una relajación de las formas que exige la fe pública, tal práctica estaba autorizada por la Ley y se remite a su escrito de contestación a la demanda que contiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ratifica lo dicho.

Pues bien, si el registrador calificó desfavorablemente el pacto el 19 de octubre de 1998 (expresando allí los motivos) y después la escritura fue retirada y vuelta a presentar debe presumirse que el presentante manifestó su renuncia a esa inscripción solicitando la del resto.

A la fuerza de esa presunción además, se añade el dato de que no se alzara el interesado contra la nota de calificación definitiva, pues de estar en disconformidad con el criterio desfavorable ya manifestado por el registrador debía (y desde luego podía) haber pedido expresión de los motivos o razones en virtud de los cuales no tenía acceso al Registro esa cláusula para recurrir la decisión calificadora.

El régimen jurídico de la institución (que se determina conjugando el artículo 1255 CC, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación con los artículos 26 y 27), centra la naturaleza jurídica de la misma sobre la base de dos consideraciones:

- a) La distinción entre aquellas prohibiciones de disponer que tienen su origen en la Ley o en actos administrativos o judiciales y aquellas otras que provienen de la autonomía de la voluntad.
- b) Y la imposibilidad de dotar a esas últimas de la protección registral sin perjuicio de su aseguramiento por vía de la garantía real que asegure su cumplimiento.

Eso es exactamente lo que determina el artículo 9 RH que aplicó el Registrador de manera que no constando garantía real de esa prohibición de disponer, su acceso «per se» al registro queda vedado; al tratarse de una donación (negocio jurídico lucrativo), la falta de límite temporal de la prohibición impuesta así como la ausencia de causa que la justifique y fundamente y la práctica confusión entre donante y donataria (tanto por la transmisión de todos los bienes de una a otra como por la incardinación de la primera en el patronato y nombre de la segunda), aconsejaban aun más una restrictiva interpretación de la prohibición a efectos de su acceso al Registro, por lo que el registrador concluyó que el contenido patrimonial del pacto tiene una inequívoca naturaleza contractual, es de carácter meramente obligacional, es decir, subsumible en el artículo 27 LH y, por tanto, no inscribible, salvo por la vía del artículo 9 RH a través de la garantía real que hubiera podido ser constituida para asegurar su cumplimiento.

Alega la Fundación recurrente la infracción por inaplicación de los artículos que rigen la responsabilidad civil de los registradores, pero la conformidad a Derecho de la calificación registral que se reputa negligente y dañosa descarta cualquier imputación de responsabilidad, pero lo contrario, es decir, la equivocación del criterio calificador a la luz de su revisión jurisdiccional no arroja automáticamente el resultado resarcitorio que se pretende.

La acción aquiliana requiere la constatación de un reproche subjetivo derivado de una actuación negligente que ha de probarse por quien la alega sin que pueda derivarse la existencia de un daño a modo de responsabilidad objetiva. No basta tampoco ni resulta suficiente una interpretación discutible de un precepto legal o reglamentario, sino que se requiere carezca de todo apoyo en norma legal alguna, revelándose ignorancia o negligencia que no pueda excusarse atendiendo para ello a unos conocimientos jurídicos que se presumen en todo registrador de la Propiedad según la índole de la cuestión resuelta en relación con problemas planteados sobre la fijación, inteligencia y aplicación de las normas, debiendo finalmente comportar un perjuicio real y efectivo.

Pues bien, nada de eso se da en el presente caso: de una parte, constan en el proceso las argumentaciones por las cuales el registrador no inscribió la condición y, de otro, no se ha probado una verdadera relación de eficiencia, entre la actuación registral y los perjuicios denunciados por la actora cuando entre una y otros se sitúa una actividad claramente determinante, ajena al recurrido y consistente en actos de enajenación efectuados por quien no tenía facultades dominicales para ello; el actuar ilícito de quien otorga una escritura ocultando un título notarial y sirviéndose de una certificación registral en la que, por las razones apuntadas, no consta tabulada una obligación meramente personal. Si así lo hace, sabiendo que está faltando a



una obligación libremente asumida, la posición del registrador no es más que la de mero instrumento, descartándose la concurrencia de malicia o negligencia y a la vez situándose en el último grado de la cadena de causas si es que efectivamente, hay capacidad de apreciar algún tipo de relación o nexo.

Además, no hay posibilidad alguna en virtud de la cual se pueda determinar que la actora ha sufrido algún daño derivado de la desatención de la prohibición de disponer y, menos aún, que los mismos se pretendan tasar por equivalencia al precio de enajenación del inmueble. Si, por el contrario, dicho precio es igual al valor real de la finca y el mismo sigue estando a disposición de la Casa Hogar, afecto a sus fines fundacionales, ningún detrimento patrimonial ha sufrido, ni por supuesto, ningún daño ha quebrantado el capital de la actora.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito con las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlo y tener por formalizado el trámite de oposición al recurso de casación interpuesto en su día por Fundación Hogar Doctor Vicente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de fecha 3 de junio de 2005, para que en su día, previos los oportunos trámites dicte sentencia por la que se desestimen todos los motivos del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

NOVENO . - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 10 de noviembre de 2009, en que tuvo lugar.

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

CC, Código Civil.

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

LH, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

RC, recurso de casación.

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 Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *Resumen de antecedentes.*

1. La Fundación Hogar Doctor Vicente donó un inmueble a la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita.

2. En la estipulación segunda de la escritura pública de donación se establecía lo siguiente: «Segunda: la donación del inmueble [...] se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir textualmente la donataria [...] a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble referido mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco, salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo.»

3. Según la estipulación tercera de la escritura el Sr. Pedro Francisco era administrador mancomunado, junto con otra persona, del inmueble donado, a fin de que fueran dichos administradores los que de forma gratuita y desinteresada, velasen, vigilasen, y administrasen el mismo.

4. No obstante la limitación señalada, que no fue inscrita por el registrador codemandado, la finca en cuestión se enajenó a un tercero mediante escritura pública por 534 000 000 de pesetas.

5. La Fundación Hogar Doctor Vicente interpuso demanda contra Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita y D. Marino, pidiendo que se les condenara solidariamente al abono de 3 209 404,64 €, precio en que fue vendido el inmueble, más los intereses y costas.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, en síntesis, en que (a) la donataria no incumplió la condición impuesta en la estipulación controvertida, toda vez que el Sr. Pedro Francisco permitió que se iniciaran las gestiones de venta y participó activamente en el curso de la enajenación, de lo cual cabe extraer que había dado su consentimiento previo y expreso, aunque no en escritura pública, lo cual no resulta requisito exigido en la escritura de donación; (b) el registrador es demandado por haber dado la apariencia de inscribir en su totalidad el título, cuando no inscribió la limitación de enajenar, confundiendo a la actora, pero si el Sr. Pedro Francisco hubiera acudido al Registro hubiera tomado conocimiento de que la limitación de enajenar no se había inscrito y podido actuar en consecuencia.

SEGUNDO . - *Enunciación del motivo segundo.*



El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los artículos 18, 19, 26, 296, 300, 301, 311 y 312 de la Ley Hipotecaria , normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) la sentencia recurrida olvida la obligación del registrador de la Propiedad de inscribir la condición de no vender sin el consentimiento expreso y previo impuesto por la donante en la escritura de donación al admitir la inscripción del resto de la escritura sin poner reparos fundándose en la obligación de los interesados de consultar directamente los archivos del Registro; (b) la no-inscripción ha causado grandes perjuicios a la donante y la sentencia debió condenar, solidariamente, a ambos demandados al pago de los perjuicios causados a la recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO . - *La responsabilidad de los registradores de la Propiedad* .

El artículo 296 LH establece la responsabilidad civil de los registradores de la Propiedad de los daños y perjuicios que ocasionen por la falta de inscripción de los títulos, por error o inexactitud cometido en los asientos, por falta de cancelación o cancelación indebida y por error u omisión en las certificaciones. El artículo 300 I LH dispone con carácter general que «[e]l que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido.»

La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del artículo 1902 CC examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS, entre otras, de 18 de mayo de 2006, RC n.º 3099/1999, STS 15 mar. 2006, RC n.º 2797/1999).

CUARTO . - *Falta de nexo de causalidad*.

En el caso examinado se imputa al registrador de la Propiedad no haber reflejado en el asiento registral mediante el que se inscribió una donación con una limitación de disponer respecto del inmueble donado que figuraba en el clausulado. Del relato de hechos efectuado por la sentencia recurrida se infiere que la persona a cuya autorización se vinculaba la facultad de enajenar el inmueble intervino activamente en la enajenación del mismo que tuvo lugar mediante un procedimiento articulado en forma de subasta y adjudicación al mejor postor, ya que actuó como enlace de la entidad donataria para su preparación, permitió que se iniciaran las negociaciones para la compraventa, actuó como destinatario de posturas en la subasta organizada y se involucró en el procedimiento de enajenación, de donde cabe presuponer que prestó su consentimiento a la enajenación efectuada a quien efectuase la mejor oferta. En suma, la entidad donataria cumplió la limitación impuesta en el título cuya inscripción se omitió en el asiento registral.

En consecuencia, no se aprecia la existencia del nexo de causalidad entre el daño que puede haber sufrido el demandante y la omisión en el asiento registral de la cláusula en que se contenía la limitación de disponer del bien donado, pues la persona designada para ello prestó el consentimiento para su enajenación en la forma en que fue llevada a cabo, tal como resulta de los hechos fijados por la sentencia recurrida en ejercicio de su facultad exclusiva de valoración de la prueba, los cuales no pueden ser revisados en casación, sino únicamente por medio del recurso extraordinario por infracción procesal.

La falta de nexo de causalidad como presupuesto necesario para la apreciación de responsabilidad civil del registrador de la Propiedad determina que no pueda considerarse contrario a Derecho el fallo recurrido. No es necesario examinar la cuestión relativa a la procedencia o no de inscribir la cláusula controvertida, sobre la que ha versado gran parte de la controversia procesal.

Ante la inexistencia de nexo causal resulta, asimismo, irrelevante la argumentación de la sentencia recurrida, formulada con carácter auxiliar, en el sentido de que la consulta del Registro hubiera permitido al perjudicado por la omisión en el asiento registral de la cláusula contenida en el título tomar conocimiento de dicha omisión y evitar el daño. Por ello resulta innecesario examinar las cuestiones relativas a la posible ausencia de imputación objetiva de las consecuencias causadas por la omisión del registrador frente a quien puede conocerlas y pedir subsanación por haber intervenido en el título o solicitado la inscripción (STS 26 de febrero de 2009, RC n.º 152/2004).

QUINTO . - *Desestimación del recurso*.



La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 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 desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Fundación Hogar Doctor Vicente contra la sentencia de 3 de junio de 2005 dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 7 55/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Fundación Benéfica Particular Hogar Doctor Vicente debemos confirmar y confirmamos íntegramente la Sentencia pronunciada a 18 de junio de 2003 por la Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.º 21 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el número 534/02 a instancias de Fundación Hogar Doctor Vicente contra Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, con imposición al apelante de las costas de la presente alzada».

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 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 Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.