

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8722 *Resolución de 13 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Valencia n.º 14 a inscribir una escritura de reconocimiento de dominio.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Sapena Davó, notario de Valencia, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Valencia número 14, doña María Lourdes Martínez del Amo, a inscribir una escritura de reconocimiento de dominio.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 6 de julio de 2017 por el notario de Valencia, don Joaquín Sapena Davó, con el número 796 de protocolo, doña A. A. B., don J. F. D. y don J. R. G. S., otorgaron un reconocimiento de dominio relativo a un solar situado en Valencia, finca registral número 9.097 del Registro de la Propiedad de Valencia número 14. Doña A. A. B. y don J. R. G. S. intervinieron en su propio nombre y derecho, y don J. F. D. actúa como apoderado de doña M. L., doña M. J. y doña M. G. S. Dicha finca, según consta en su inscripción 1.ª (de fecha 15 de junio de 1993), figura inscrita a favor de la citada doña A. A. B., quien compareció en su propio nombre y la adquirió en estado de soltera, por título de compraventa, en virtud de escritura otorgada el día 30 de octubre de 1992 ante el notario de Valencia, don Joaquín Sapena Tomás.

En la citada escritura autorizada el día 6 de julio de 2017 se hace constar lo siguiente:

«(...) B. Titularidad fiduciaria que motiva este otorgamiento:

Aun cuando doña A. A. B. compareció en la citada escritura de compraventa como compradora, en realidad la adquirió [la finca] como titular fiduciaria, siendo el verdadero propietario don J. A. G. E., con D.N.I. y N.I.F. (...), casado en régimen de gananciales con doña N. L. S. G., con D.N.I. y N.I.F. (...); quien satisfizo el total precio de la compraventa y sufragó todos los gastos e impuestos devengados por la citada compraventa y los posteriores inherentes al dominio de la finca hasta la fecha de su fallecimiento, siendo estos asumidos desde ese momento por sus herederos hasta el momento de este otorgamiento.

C. Fallecimiento de los titulares reales de la finca (...)

D. Reconocimiento de dominio que por esta escritura se eleva a público.

Por Doña A. A. B., a solicitud de los únicos cuatro hijos de Don J. A. G. E. y Doña M. L. S. G., otorgantes de la presente -Doña M. L. E., Doña M. J., Don J. R. y Doña M. G. S.-se reconoció en documento privado de fecha 25 de Noviembre de 2005 que la finca descrita en el expositivo A.-era propiedad de ellos cuatro como únicos herederos de su citado padre.

El documento privado ha sido objeto de testimonio notarial librado por el Notario de Denia, Don Secundino-José García-Cueco Mascarós, en fecha 5 de Mayo de 2011, extendido en dos folios timbrados del Estado números (...), reiterando Doña A. A. B. que la firma del documento testimoniado es la suya, testimonio que los comparecientes me entregan y yo, el Notario, protocolizo uniéndolo a esta matriz (...).

II

Presentada el día 19 de octubre de 2017 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Valencia número 14, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Valencia n.º 14.

Previo el examen del presente documento practicado en este Registro de la Propiedad de Valencia número catorce, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y demás aplicables de la Ley hipotecaria, se suspende la inscripción, en base a los siguientes:

Hechos.

Se solicita la inscripción de una escritura autorizada el 6 de julio de 2017 por el notario de Valencia Don Joaquín Sapena Davó, protocolo 796, que fue presentada en este Registro con el número de asiento 688 del Diario 71, la que no se puede practicar por lo siguiente:

Se trata, en cuanto a los efectos de la escritura, de rectificación de escritura anterior para rectificación de Registro aludiendo titularidad fiduciaria que no consta en la previa escritura ni en el Registro y sin que se acredite con prueba documental fehaciente, sino por simple declaración unilateral de una de las partes del negocio inscrito.

La inscripción vigente en el Registro de fecha 15 de junio de 1993 es de compraventa por precio confesado recibido a favor de M. A. A. B., que actúa en su propio nombre y derecho según resulta de escritura autorizada por el notario de Valencia, don Joaquín Sapena Tomás, el 30 de octubre de 1.992 (hace 34 años).

A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

En la escritura objeto de calificación comparece la titular registral junto con los herederos de quien manifiesta ser el verdadero propietario. O sea, sólo una de las partes del negocio bilateral inscrito que se trata de rectificar. No comparece el vendedor. De acuerdo con el artículo 153 del Reglamento Notarial que se dirá, en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, sólo de ellas o de sus representantes pueden proceder.

Y sin que tampoco se acompañen los documentos relativos a las particiones de herencia para su previa inscripción y tracto. Ni la liquidación de los dos impuestos de sucesiones, en su caso.

Faltan testamentos y demás documentos complementarios de los causantes, padres de los hermanos G. P. S. para acreditar la sucesión. Faltan dos liquidaciones del impuesto de sucesiones.

Se acompaña así mismo como única prueba, manifestación unilateral de la compradora en documento privado de fecha 25 de noviembre de 2005, testimoniada por el notario de Denia Don Secundino-José García-Cueco Mascaró de 5 de mayo de 2011, que simplemente da fe de que la fotocopia coincide con su original. Ni del contenido ni de la fecha de la declaración.

Por esta vía se podrán eludir, en algunos casos, toda venta u otras transmisiones con su ventaja fiscal.

Resumen de defectos:

- Falta otorgamiento de la escritura por las dos partes contratantes.
- Faltan los requisitos para la rectificación del Registro.

- Falta previa inscripción de dos herencias y liquidación del impuesto de sucesiones.
- Falta acreditar de modo fehaciente la representación en el momento de la compra inscrita.

Fundamentos de derecho:

- Artículo 2 de la Ley Hipotecaria.
- Artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Principio de legalidad.
- Artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Tracto sucesivo.
- Artículo 33 de la Ley Hipotecaria. -Artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Principio legitimación.
- Artículos 40 de la Ley Hipotecaria y 211 y sig., y 322 y sig. de su Reglamento.
- Artículo 254 de la Ley Hipotecaria.
- Artículos 153 y 251 del Reglamento Notarial.
- Artículos 1051 y siguientes del Código Civil.
- Artículos 1259 y siguientes del Código Civil.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 2 de Septiembre de 2004; 6 de Julio de 2006; 2 de Noviembre de 2012; 5 de Septiembre de 2015; 21 de Abril de 2017; y 21 de Septiembre de 2017.

De conformidad con los hechos y fundamentos de derecho expuestos, se resuelve suspender la inscripción calificándose, de subsanables, los defectos advertidos, sin que se haya solicitado que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley hipotecaria.

Contra la presente calificación negativa (...)

Valencia 19 de octubre de 2017 La registradora Lourdes Martínez del Amo (firma ilegible)».

El día 31 de enero de 2018, la escritura de reconocimiento de dominio, junto a nuevos documentos, fue de nuevo presentada en el Registro de la Propiedad, siendo objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Valencia n.º catorce.

Previo -nuevo- examen del presente documento practicado en este Registro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y demás aplicables de la Ley Hipotecaria y habiéndose aportado esta vez, en unión de los testamentos de don J. G. E. y de doña M. L. S. G., y de la liquidación del Impuesto de Sucesiones, se suspende la inscripción, en base a los mismos hechos y fundamentos de la nota anterior, en la que me ratifico; con la excepción de que se suprime, debido a que han sido aportados los citados testamentos y la liquidación del Impuesto de Sucesiones, el defecto que se relaciona en tercer lugar, si bien para inscribir las herencias falta la previa inscripción a favor de los consortes, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; y además se añade a los fundamentos de derecho una nueva Resolución de fecha 21 de marzo de 2015.

De conformidad con los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la precedente nota -del folio anterior-, salvo de la referida en este nota por la aportación de nuevos documentos se resuelve suspender la inscripción, calificándose de subsanables los defectos advertidos, sin que se haya solicitado que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley hipotecaria.

Contra la presente calificación negativa (...)

Valencia, 21 de febrero de 2018. La registradora (firma ilegible) Lourdes Martínez del Amo».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Joaquín Sapena Davó, notario de Valencia, interpuso recurso el día 21 de marzo de 2018 con las alegaciones siguientes:

«Hechos y alegaciones

A. (...)

C. Defectos recurridos y alegaciones.

Los defectos son los cuatro estimados por la Registradora en su primera nota de calificación y que motivan las siguientes alegaciones:

1.º Considero pertinente, como paso previo, centrar el supuesto de hecho de la escritura que motiva este recurso. De su lectura resulta la naturaleza del negocio objeto de la misma:

a) Se trata de un reconocimiento de dominio que trae causa de la fiducia cum amico que la justifica.

b) El reconocimiento del dominio se otorga por las únicas partes que deben hacerlo: por ellas se reconoce un pacto de fiducia, en el que no interviene en ningún momento el transmitente inicial que no precisa saber el pacto de fiducia del que es totalmente ajeno.

c) De las declaraciones contenidas en la escritura de reconocimiento calificada resulta acreditado que la actuación de la fiduciaria en la escritura de compraventa que ella invoca como título, se hacía en nombre propio, pero en interés ajeno. Posibilidad ésta de actuación de una persona en nombre propio pero en interés ajeno reconocida expresamente en el artículo 1.717 del Código Civil.

Por tanto, la fiduciaria que adquiere en la escritura inicial -invocada como título en la que motiva la presente- no tiene más que una titularidad que goza de la protección del Registro y que opera a favor de los terceros de buena fe que desconocen la existencia del pacto de fiducia y frente a los que la fiduciaria se considera como dueña a tenor del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pero esta titularidad no empece la validez del contrato fiduciario tal y como reconoce la S.T.S. de 5 de julio de 1989 en la que se proclama la validez del negocio jurídico de puesta a nombre de otro y su limitada eficacia real, salvo frente a terceros de buena fe.

2.º La calificación que motiva este recurso no puede tener otro fundamento que una concepción del negocio fiduciario ya superada, -por ser injusta en sus consecuencias y en técnica jurídica insostenible (efecto del negocio radicalmente contrario al perseguido)- por la doctrina unánime española y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el magistral estudio del profesor De Castro.

La fiducia cum amico o «contrato de puesta a nombre de otro» tal y como se entiende en la escritura ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria (STS Sala Primera de 15 de marzo de 2000, 5 de marzo y 16 de julio 2001, 17 de septiembre de 2002, 10 y 13 de febrero y 31 de octubre 2003, 30 de marzo 2004, 23 de junio y 27 de julio 2006 y 7 de mayo de 2007, entre otras).

Más recientemente, las STS Sala Primera de 30 de mayo y 10 de junio de 2016 admiten la existencia del negocio fiduciario bajo la modalidad cum amico. Si bien, en los supuestos concretos de cada una de las dos sentencias se reconoció la ilicitud de la causa fiduciae.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la fiducia cum amico, destacando la resolución de 6 de julio de 2006 en la que de forma expresa se proclama la voluntad de clarificar la doctrina del Centro Directivo en relación con esta figura.

3.º Los defectos primero y segundo que se recurren dicen así: «falta de otorgamiento de la escrituras por las dos partes contratantes» y «faltan los requisitos para la rectificación del Registro». Estos dos defectos se rebaten conjuntamente y deben entenderse, por razón de lo expuesto en los Hechos de la primera nota de calificación, que se refieren a la incomparecencia de los vendedores que lo son en el título invocado por la fiduciaria. Incomparecencia que se considera innecesaria por razón de intervenir en el otorgamiento de la escritura los únicos sujetos que lo son del negocio fiduciario que se otorga: fiduciaria y únicos herederos del fiduciante.

La escritura objeto de este recurso no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por las transmitentes que lo fueron en la escritura invocada por la fiduciaria. Y ello porque el título previo y la relación contractual establecida y en él documentada no se modifica -se trata de simple adecuación de la titularidad formal a la realidad-, y el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron (cfr. artículo 1.257 del Código Civil).

El reconocimiento de dominio en la escritura se otorga por los únicos que deben otorgarla: la fiduciaria y herederos del fiduciante. No es un título carente de causa, pues en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada. Deja de ser titular la fiduciaria por reconocer el dominio a favor de los herederos del fiduciante y todo ello sin necesidad de controversia judicial a lo que está obligando la registradora con la calificación que se recurre, y sin que el Notario autorizante y la Registradora puedan considerar la posible simulación que, por su naturaleza, está reservada al conocimiento de la autoridad judicial en el procedimiento correspondiente.

Es tal la solidez del pacto fiduciario -que en el supuesto de la escritura es reconocido por las partes que deben reconocerlo (fiduciaria y herederos del fiduciante)- que si la fiduciaria llegase a quebrantar la confianza en ella depositada por el fiduciante haciendo suyo el bien, nos encontraríamos ante un delito de apropiación indebida, como ha señalado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012.

Con el reconocimiento de dominio otorgado se sigue la tendencia hoy dominante que es partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no coincidente exactamente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. La fiduciaria está reconociendo que la propiedad pertenece al fiduciante desde la consumación del contrato. Que ella no es más que una poseedora en nombre ajeno (artículo 439 y 463 del Código Civil) lo que le impide adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (artículos 447, 1.941 y 1.952 del Código Civil).

Como recuerda la Resolución de 6 de julio de 2016 [sic], este criterio se confirma por el artículo 80 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 -que recoge la tradición de los derogados artículos 908 y 909.4.º del Código de Comercio de 1885-.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1.946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2.000 y 31 de octubre de 2003).

4.º El tercer defecto es el relativo a la «falta de inscripción de dos herencias y liquidación del impuesto de sucesiones». Tras la primera calificación (de fecha 19 de octubre de 2017) se presentó la copia autorizada de la escritura y la de los testamentos, certificados de defunción y últimas voluntades y las autoliquidaciones del Impuesto de Sucesiones, como la Registradora reconoce en su segunda calificación en la que mantiene que «para inscribir las herencias falta la previa inscripción a favor de los consortes de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.»

Pues bien, es precisamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria el que admite la inscripción de la escritura por mi autorizada, pues en ella se dan todos los requisitos que

permiten la inscripción a favor de los herederos de los fiduciarios: los herederos acreditan formalmente ser los únicos sucesores del fiduciario y de su esposa, así como la aceptación de la herencia de ambos como resulta del apartado I.-del otorgamiento. Ello permite que la Registradora al practicar el asiento de inscripción de la escritura recurrida pueda dar cumplimiento al tracto registral. Fallecido el fiduciario y su esposa no es posible otra solución.

5.º El cuarto y último defecto dice así: «falta acreditar de modo fehaciente la representación en el momento de la compra inscrita».

La representación indirecta no precisa ser acreditada de otra forma que no sea por el reconocimiento del pacto fiduciario en los términos que constan en la escritura. Otra vez debo recordar en este punto la doctrina sentada por la Dirección General en la Resolución de 6 de julio de 2006. En esta Resolución el Centro Directivo, analizando la teoría de la titularidad fiduciaria estima superada la teoría clásica según la cual el fiduciario era verdadero propietario desde el inicio con obligación de transmitir su propiedad al fiduciario mediante un negocio jurídico posterior. A tenor del artículo 1717 del código civil y según la más moderna teoría y jurisprudencia, considera que el fiduciario o representado ha sido propietario desde el momento inicial, aunque haya un titular aparente o fiduciario, y que dicho titular fiduciario o representante es un mero gestor o poseedor por cuenta ajena.

Como dice el Centro Directivo en la citada Resolución «la posibilidad de actuación de una persona en nombre propio pero en interés ajeno queda reconocida expresamente en el artículo 1.717 del Código Civil, precepto central que plantea importantes problemas de interpretación y de aplicación. También se refieren a ella otros preceptos (artículos 431, 439, 463, 1698, 1.725 del Código Civil y 245, 246 y 287 del Código de Comercio).»

6.º Con el reconocimiento de dominio objeto de la escritura que formal en los herederos del fiduciario y todos ellos solicitan se inscriba a nombre de los herederos del fiduciario y su esposa, que deben quedar como únicos titulares registrales en la forma que solicitan.

La escritura permite que la Registradora disponga de la información necesaria para calificar la capacidad de los otorgantes y forma del reconocimiento de dominio, la existencia del pacto de fiducia que origina la adquisición directa por el fiduciario -causa o motivo del reconocimiento de dominio- y la inscripción a favor de los únicos herederos del fiduciario cumpliendo el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Y todo ello por ser la escritura un acto de indudable trascendencia real respecto al dominio inscrito, otorgado por el titular registral, cuya legalidad civil es indudable, y debe tener acceso al Registro.

7.º Los preceptos que, el Notario recurrente, estima deben tenerse presentes en estas alegaciones son los artículos 1.274 a 1.277, 1.257, 1.259, 1.717 del Código Civil; 1, 2, 3, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se fundamente este recurso es la citada. En ellas se atribuye efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado.

Y las resoluciones que deben tenerse presente son de 12 de febrero de 1958, 30 de junio de 1987, 18 de octubre de 1989, 19 de enero de 1994, 15 de abril de 1999, 10 de marzo, 2 de septiembre de 2004 y 6 de julio de 2006.

Por todo ello, no procede la apreciación de los defectos en la escritura por mi autorizada y que motiva este recurso (...).

IV

Mediante escrito, de fecha 28 de marzo de 2018, la registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo, con su preceptivo informe.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1274 a 1277, 1257, 1259 y 1717 del Código Civil; 1, 2, 3, 20, 38, 40 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000, 31 de octubre de 2003, 2 de abril de 2012 y 30 de mayo y 10 de junio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1958, 30 de junio de 1987, 18 de octubre de 1989, 19 de enero de 1994, 15 de abril de 1999, 10 de marzo y 2 de septiembre de 2004, 6 de julio de 2006 y 21 de marzo de 2015.

1. En la escritura calificada, otorgada el día 6 de julio de 2017, la titular registral del pleno dominio de una finca por título de compraventa otorgada el día 30 de octubre de 1992 reconoce que, aun cuando en ésta compareció como compradora, en realidad la adquirió como titular fiduciaria, siendo el verdadero propietario otra persona que no intervino en la citada escritura de compraventa, quien satisfizo el total precio de la compraventa y sufragó todos los gastos e impuestos devengados por la citada compraventa y los posteriores inherentes al dominio de la finca hasta la fecha de su fallecimiento, siendo estos asumidos desde ese momento por sus herederos hasta el momento del otorgamiento de la escritura calificada. En esta escritura de reconocimiento de dominio, otorgada por la citada titular registral y los herederos del «*verus dominus*» -y de su esposa en gananciales, también fallecida-, se añade que aquélla, a solicitud de tales herederos, reconoció en documento privado de fecha 25 de noviembre de 2005 que la finca descrita era propiedad de ellos cuatro como únicos herederos de su citado padre. Este documento privado, cuya firma es reconocida por dicha persona, se incorpora por testimonio notarial a la escritura calificada. Y en el otorgamiento de la escritura reconoce expresamente que la finca descrita pertenece a tales herederos, quienes solicitan que se inscriba su nombre, por partes iguales, una mitad por herencia de su padre y la otra por herencia de su madre.

La registradora suspende la inscripción solicitada por varios motivos: a) se trata de rectificar una anterior para rectificación del Registro, aludiendo a una titularidad fiduciaria que no consta en la previa escritura ni en el Registro, y sin que se acredite con prueba documental fehaciente, sino por simple declaración unilateral de una de las partes del negocio inscrito, sin cumplir los requisitos necesarios para la rectificación del Registro, cuyo contenido goza de la presunción de que lo inscrito en el mismo existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento; b) en la escritura objeto de calificación comparece la titular registral junto con los herederos de quien según manifiesta aquélla es el verdadero propietario, por lo que sólo la otorga una de las partes del negocio bilateral inscrito -compraventa- que se trata de rectificar, sin intervención del vendedor; c) falta la previa inscripción de dos herencias y liquidación del impuesto de sucesiones, y d) falta acreditar de modo fehaciente la representación en el momento de la compra inscrita.

El notario autorizante de la escritura calificada alega en su recurso lo siguiente:

a) El negocio objeto de la misma es un reconocimiento de dominio que trae causa de la fiducia «*cum amico*» que la justifica. Se otorga tal reconocimiento por las únicas partes que deben hacerlo, pues se reconoce un pacto de fiducia en el que no interviene en ningún momento el transmitente inicial que es ajeno a tal pacto. De las declaraciones contenidas en la escritura de reconocimiento resulta que la actuación de la fiduciaria en la escritura de compraventa que ella invoca como título se hacía en nombre propio, pero en interés ajeno; posibilidad ésta de actuación admitida expresamente en el artículo 1717 del Código Civil. Por ello, la fiduciaria que adquiere en la escritura inicial no tiene más que una titularidad que goza de la protección del Registro y que opera en favor de los terceros de buena fe que desconocen la existencia del pacto de fiducia y frente a los que la fiduciaria se considera como dueña conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Pero esta titularidad no empece la validez del contrato fiduciario, tal y como reconoce el Tribunal Supremo, que proclama la validez del negocio jurídico «de puesta a nombre de otro» y su limitada eficacia real, salvo frente a terceros de buena fe. La calificación impugnada se fundamenta en una concepción del negocio fiduciario ya superada por la doctrina unánime y por la jurisprudencia; y esta Dirección General también ha admitido la «fiducia cum amico».

b) Que el reconocimiento de dominio en la escritura se otorga por los únicos que deben otorgarla: la fiduciaria y los herederos del fiduciante; y no es un título carente de causa, pues en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada.

c) Respecto de la «falta de inscripción de dos herencias y liquidación del impuesto de sucesiones», se indica que tras la primera calificación se presentó la copia autorizada de la escritura y la de los testamentos, certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, junto a las autoliquidaciones del Impuesto de Sucesiones, como la registradora reconoce en la segunda calificación en la que mantiene que «para inscribir las herencias falta la previa inscripción a favor de los consortes de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (...)». Frente a ello cabe oponer que es precisamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria el que admite la inscripción de la escritura calificada, pues en ella se dan todos los requisitos que permiten la inscripción a favor de los herederos de los fiduciantes, de modo que la registradora, al practicar el asiento de inscripción de dicha escritura, pueda dar cumplimiento al tracto registral.

d) En relación con la pretendida falta de acreditación fehaciente de la representación en el momento de la compra inscrita, debe tenerse en cuenta que la representación indirecta no precisa ser acreditada de otra forma que no sea por el reconocimiento del pacto fiduciario en los términos que constan en la escritura.

2. Para abordar la cuestión planteada en el presente recurso es ineludible tener en cuenta la doctrina de este Centro Directivo expresada en dos Resoluciones de 6 de julio de 2006 («Boletín Oficial del Estado» de 24 y 25 de agosto de 2006). Interesa transcribir los términos de la última de ellas, análogos a los de la primera:

«(...) La posibilidad de actuación de una persona en nombre propio pero en interés ajeno queda reconocida expresamente en el artículo 1.717 del Código Civil, precepto central que plantea importantes problemas de interpretación y de aplicación. También se refieren a ella otros preceptos (artículos 431, 439, 463, 1698, 1.725 del Código Civil y 245, 246 y 287 del Código de Comercio). El examen de esta cuestión brinda, además, la ocasión de clarificar la doctrina de este Centro Directivo en relación con esta figura. Incidentalmente, antes de entrar en la materia, sin dejar de reconocer la trascendencia que puede tener la doctrina de la simulación, se considera preferible orillar el estudio de esta última ya que, por su naturaleza, queda reservada al conocimiento de la autoridad judicial en el procedimiento correspondiente.

4. La interpretación del artículo 1.717 del Código Civil ha originado una evolución de la doctrina en la que se detectan esencialmente dos posturas diferentes con efectos muy dispares. Sancionada legalmente la eficacia plena de la relación directa entre el representante indirecto y el tercero, aspecto en el que no se plantean dificultades, el problema fundamental surge a la hora de delimitar los efectos entre el representado y el tercero. Dejando ahora de lado el expreso reconocimiento de efectos directos entre tercero y representado que hace el párrafo segundo in fine del artículo 1.717 del Código Civil, para la tesis clásica, la gestión del representante en nombre propio determinaba que la única vinculación por efecto del negocio celebrado con el tercero era exclusivamente la suya propia y que los únicos efectos que derivaban de la relación de representación eran internos u obligacionales. Consecuentemente, se negaba cualquier tipo de vinculación entre el tercero y el «dominus negotii» y era necesario un acto posterior de transmisión del derecho real o personal a favor del último, que debía cumplir los requisitos exigidos en función de su naturaleza, y al que el representante en su propio nombre estaba sólo obligado por la relación representativa. En la práctica, esta

postura equivalía a eliminar el carácter representativo de la actuación del gestor, lo que se confirmaba con la afirmación de que la «contemplatio domini» era requisito esencial de la institución representativa.

Sin embargo, una observación más detenida de la realidad ha permitido, a la doctrina reciente más autorizada, destacar las consecuencias injustas a que conduce este planteamiento. Este punto de vista parte de la atención preferente a la intención real de las partes -recuérdese que la relación que causaliza la representación no tiene que ser exclusivamente de mandato- que se sintetiza en la atribución al gestor de facultades suficientes para la realización de un acto determinado en interés del «dominus». A tal fin, este último habrá dado al gestor las instrucciones precisas para el desempeño de su cometido y, acaso, le habrá provisto de los fondos necesarios, lo que le permitirá exigirle la oportuna rendición de cuentas tras el desempeño de su encargo. Se pone así en evidencia el carácter ajeno que para el gestor tiene el asunto gestionado y, por tanto, la sustancia representativa de su actuación, que no se desvirtúa por el hecho de que se realice en su propio nombre, porque siempre y al final, tendrá por causa el encargo previo, de manera que sin este último el negocio representativo nunca habría tenido lugar. Desde este planteamiento, se critica la tesis clásica no sólo por su alejamiento de la realidad sino también por la injusticia que conlleva el reconocimiento de la propiedad en el gestor y por la incongruencia que supone la calificación como gestor con la condición de adquirente de derecho real. El examen de las consecuencias injustas a que conduce la tesis clásica pone de relieve la impropiedad del planteamiento que implica: al devenir el gestor propietario, no es posible que el «dominus» ejercite frente a él las acciones que le permiten defender su dominio (acción reivindicatoria, tercería de dominio), y habría que mantener, en todo caso, la validez del acto de disposición realizado por el gestor, sin posibilidad de reclamación contra el tercero, ni siquiera cuando se hubiese hecho patente en forma el carácter ajeno de la actuación del gestor y, consiguientemente, del derecho objeto de disposición (por ejemplo, cuando se ha demostrado fehacientemente que actuaba en ejecución del encargo o que existía una previa provisión de fondos para realizar la adquisición). Desde este planteamiento, la tendencia hoy dominante se muestra partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. Dejando a salvo, en todo caso, la vinculación personal que se produce entre gestor y quien contrata con él (artículo 1.257 del Código Civil), y aunque no sea fácil elucidar desde el punto de vista teórico el mecanismo último que justifica que el dominio se transfiera a una persona diferente del contratante, se afirma en este planteamiento que la propiedad pertenece al «dominus» desde la consumación del contrato, que el gestor no es más que un poseedor en nombre ajeno (artículo 439 y 463 del Código Civil) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (artículos 447, 1.941 y 1.952 del Código Civil) y que el «dominus» puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a él. Confirma esta idea el artículo 80 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 -que recoge la tradición de los derogados artículos 908 y 909.4.º del Código de Comercio de 1885-.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1.946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2.000 y 31 de octubre de 2003).

5. Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el «dominus», el siguiente problema que se presenta se concreta en la forma de acreditación de su titularidad que, de momento, puede quedar reservada u oculta. Es evidente que si la titularidad pertenece al representado ab initio, no es preciso un acto de transferencia a su favor,

como entiende la tesis clásica, pues el derecho, según lo dicho, ya le pertenece, por lo que la transmisión, de realizarse, no pasaría de ser un mecanismo de simulación, como tal, nula por falta de causa (artículo 1.275 del Código Civil). Pero, desde luego, la titularidad del representado, siquiera sea de manera provisional, puede permanecer oculta como consecuencia de la propia mecánica de la representación indirecta -aunque esto último no tenga que ocurrir necesariamente, como por ejemplo, en el caso de que la relación representativa estuviese documentada fehacientemente antes de la conclusión del negocio traslativo, lo que permitiría a los terceros conocedores de esa situación entenderse con el representado en su condición de propietario-. Únicamente es preciso un acto que revele hacia el exterior la titularidad. En esa situación, la vía recta que permitirá acreditar la titularidad del «dominus» podrá ser voluntaria, mediante la escritura otorgada por el representante y aquel en la que el primero reconozca erga omnes el derecho del último (cfr. artículo 540 del Código Civil). Esta escritura no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por todas las partes implicadas en la relación, incluso el tercero que contrató con el representante, porque lo cierto es que, en la realidad de las cosas, el título previo y la relación contractual establecida y en él documentada no se modifica -se trata de simple adecuación de la titularidad formal a la realidad-, y el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron (cfr. artículo 1.257 del Código Civil), sin modificación de ninguna especie -a salvo la incidencia de lo dispuesto en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo 1.717, cuestión sobre lo que se volverá más adelante- por lo que, respecto de tal extremo, debe ahora matizarse la doctrina de la Resolución de 2 de septiembre de 2004, que ha de entenderse limitada al caso concreto que la motivó, con las especiales circunstancias concurrentes. O, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, la sentencia declarativa de la relación representativa y del dominio del sujeto representado, una vez que en el proceso se haya justificado debidamente la relación representativa.

Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no parece suficiente la mera declaración de las partes dirigida a reconocer la titularidad del «dominus», sino que esa declaración debe estar suficientemente justificada, a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa. En este punto, ha de atenderse a cada supuesto fáctico. La causalización quedará facilitada cuando se pueda demostrar la previa constitución de la relación representativa mediante la escritura previa en que se atribuyeron al gestor las facultades de representación. Pero incluso cuando no exista esa previa justificación debe admitirse que las partes puedan evidenciar la relación. Es lo que ocurre en relación con la representación directa merced al instituto de la ratificación y, en general, con las declaraciones de voluntad tendentes a suplir la falta de acreditación o suficiencia del consentimiento o de las facultades representativas del actuante. Desde este punto de vista, aunque resulte discutible la aplicación de la ratificación a la representación indirecta -el artículo 1.259 del Código Civil se refiere estrictamente a la actuación en nombre ajeno- lo que no resulta dudoso es la admisibilidad de una declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la representación o, incluso, a completar la eventual falta de poder de representación del actuante (artículos 1.727 y 1.892 y 1.893 del Código Civil), siempre que esa declaración vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación, lo que obliga necesariamente a atender a las circunstancias de cada caso.

En el supuesto de hecho que se plantea en el presente recurso, además de la relación de parentesco que existe entre los compradores y otorgantes de la escritura de reconocimiento, debe tenerse en cuenta la declaración de que el precio y todos los gastos e impuestos de la compraventa se pagaron por la persona favorecida con el reconocimiento de dominio. Respecto de esta última declaración no puede olvidarse su carácter de confesión, con los efectos probatorios típicos que derivan de su inclusión en el documento público y la presunción general del artículo 1.277 del Código Civil, que reserva a los Tribunales de Justicia en última instancia el control de la licitud de la causa

(cfr. Resoluciones de 28 de febrero y 3 de abril de 2003). Estas cautelas, a la vez que sirven para justificar la relación de representación y la consiguiente adquisición «ab initio» por el representado, excluyen la utilización indirecta de la representación como mecanismo tendente a eludir el cumplimiento de los requisitos de la transmisión. Y sin perjuicio de que pueda ser impugnada por aquellos a quienes perjudique de no ajustarse a la realidad.

6. En el debate que suscita la escritura calificada no puede en absoluto ser obviada la incidencia de lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 1.717 del Código Civil, que excepciona la regla general de obligación exclusiva del representante el caso de que se trate de «cosas propias del mandante». La interpretación del ámbito de aplicación y de las consecuencias de la excepción, ante la falta de claridad del precepto, resulta de la máxima dificultad, como así lo acredita la multitud de interpretaciones que la doctrina ha elaborado sobre este extremo. Ahora bien, sin que sea preciso pronunciarse ahora sobre el alcance de la excepción sobre la relación contractual, parece incuestionable que cuando las partes ligadas por la relación de representación reconocen en escritura pública la titularidad del representado sobre los bienes adquiridos en ejercicio de la facultad de representación hasta entonces reservada, la excepción resulta aplicable -incluso se puede llegar a entender que en tal caso se produce un supuesto de representación directa, como puso de relieve la Resolución de 28 de enero de 1987-, lo que confirma la relación directa que entonces se produce entre representado y tercero de conformidad con lo dispuesto en la norma.

7. Las consecuencias anteriores no quedan desvirtuadas por la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la situación de titularidad formal o aparente del representante indirecto -por ejemplo, en caso de realizar un acto dispositivo faltando a la confianza en él depositada-. La escritura que documenta el negocio adquisitivo del representante indirecto reflejará un acto otorgado por una persona en su propio nombre y, por tanto, formalmente, la titularidad le corresponderá a él, lo que obligará a proteger a los terceros de buena fe que confiaron en su titularidad aparente. Se trata de un caso de protección a la apariencia jurídica que no puede considerarse en absoluto excepcional: además de los casos de protección al tráfico mobiliario (artículo 464 del Código Civil, 85 y 86 del Código de Comercio), deben citarse aquellos otros supuestos propios de la representación directa en que el poder se encuentra de hecho revocado o existe abuso en la actuación del apoderado (artículos 1.725, 1.734, 1.738 del Código Civil) o, incluso, desde la perspectiva hipotecaria, los supuestos en que prevalece la protección del tercero -obsérvese que la situación que se produce es coincidente en ambos casos, si se sustituye la titularidad que deriva de la inscripción por la que está reflejada en la escritura pública-. En cualquier caso, este es un riesgo que debe asumir quien autorizó al representante a actuar en su propio nombre.

8. Expuesta la situación desde el punto de vista sustantivo, debe analizarse el punto de vista registral. Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que sólo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. Resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Pero en el supuesto en estudio no es esa la situación que se produce. Según se desprende de los razonamientos anteriores, la escritura de reconocimiento de dominio no recoge una transmisión carente de causa, sino que los otorgantes pretenden concluir y extraer todos los efectos de la relación representativa. La transmisión y su causa se recogen en el título previo, y ahora sólo se pretende hacerlos concordar con la realidad. El reconocimiento de dominio no es, por tanto, un título carente de causa, sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada, haciendo coincidir la titularidad formal con la real -cfr. art. 40.d) de la Ley

Hipotecaria-. En el supuesto, el título de adquisición inicial había accedido al Registro, haciéndose precisa la rectificación, para lo que es suficiente la declaración de las partes ligadas por la relación de representación, en los términos que acaban de ser expuestos, pues la situación del vendedor no queda alterada -a salvo la incidencia del artículo 1.717 del Código Civil en el ámbito contractual, como tal, sin trascendencia registral-. Que lo que accede al Registro en el presente caso es la relación de representación lo confirma el que la inscripción deba practicarse directamente a favor del representado si la relación representativa ha sido acreditada en el momento de solicitarse la inscripción del título traslativo».

3. La doctrina expuesta ha sido claramente corroborada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 10 de junio de 2016, según las cuales en la convención negocial de fiducia «cum amico», incluso cuando exista causa ilícita o torpe, no será aplicable la excepción del artículo 1306 Código Civil y los bienes dados en esa confianza y bajo esa apariencia formal deberán ser restituidos siempre que se encuentren bajo la titularidad del fiduciario y fueren reivindicables. Es más, si el fiduciario los dispusiera, los retuviera o se negara a entregarlos, esta conducta configuraría la tipicidad penal del delito de apropiación indebida, y si la fiducia «cum amico» persigue la salvaguarda de los bienes a costa de frustrar el crédito de los acreedores, encajaría en el tipo penal de la insolvencia punible. Cuestiones penales estas últimas, como no podría ser de otra forma, que quedarían plenamente en su caso bajo la jurisdicción de los tribunales y que no han de ser enjuiciadas en este expediente, quedando también obviamente al margen de la calificación registral.

4. Por cuanto antecede, las razones que apunta el recurrente en su escrito han de ser claramente asumidas en esta resolución, toda vez que:

a) El reconocimiento del dominio ha sido otorgado por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia y en el que no interviene en ningún momento el transmitente inicial, que no precisa saber el pacto de fiducia del que es totalmente ajeno. De las declaraciones contenidas en la escritura de reconocimiento calificada resulta acreditado que la actuación de la fiduciaria en la escritura de compraventa que ella invoca como título se hacía en nombre propio, pero en interés ajeno. Posibilidad ésta de actuación de una persona en nombre propio pero en interés ajeno reconocida expresamente en el artículo 1717 del Código Civil.

b) La escritura objeto de la calificación impugnada no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por los transmitentes que lo fueron en la escritura invocada por la fiduciaria. Y ello porque el título previo y la relación contractual establecida, y en él documentada, no se modifica, pues se trata de simple adecuación de la titularidad formal a la realidad, y el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron (cfr. artículo 1257 del Código Civil). Por lo demás y sentado lo anterior, el reconocimiento de dominio en la escritura se otorga por los únicos que deben otorgarla: la fiduciaria y herederos del fiduciante. Tampoco puede mantenerse que sea un título carente de causa, pues en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada.

c) Por último, es el artículo 20 de la Ley Hipotecaria el que admite la inscripción de la escritura calificada negativamente, pues en ella se dan todos los requisitos que permiten la inscripción a favor de los herederos del fiduciante, que acreditan formalmente ser los únicos sucesores del mismo y de su esposa, así como la aceptación de la herencia de ambos, lo que permite que la registradora al practicar el asiento de inscripción de la escritura calificada pueda dar cumplimiento al tracto registral. Por lo demás, esa representación indirecta subyacente no precisa ser acreditada de otra forma que no sea por el reconocimiento del pacto fiduciario en los términos que constan en la escritura.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de junio de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.