

# Cuestiones sobre constitución fraudulenta del título *ex artículo 205* Ley Hipotecaria y caudales indivisos

*Title by bad faith and unsettled estate.  
Some questions about the article 205  
of Spanish Mortgage Act*

por

ALFREDO FERRANTE\*

Profesor Lector Universidad de Girona  
Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo  
Acreditado a titular de universidad

RESUMEN: El artículo 205 LH legitima la primera inscripción en el Registro de Propiedad de un título público previa acreditación fehaciente de haberlo adquirido. Cuando este título se constituya de mala fe, aspecto que puede producirse por ejemplo en situaciones de herencias indivisas cuyos titulares sean de difícil identificación y contextualmente se venga a constituir una hipoteca sobre el bien, las consecuencias prácticas pueden ser lesivas para el efectivo titular extrarregistral o para la entidad bancaria a pesar de que ambos hayan actuado diligentemente tomando como referencia la fe pública registral como manifestada en el Registro. La posibilidad que tiene el efectivo titular extrarregistral de declarar la nulidad del título dentro de los dos años, los efectos retroactivos de

---

\* Este estudio se enmarca dentro del proyecto «El nuevo derecho inmobiliario registral: hipoteca, mercado hipotecario y Derecho», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Andrés Augusto DOMÍNGUEZ LUELMO. Ref. Der. 2009, 12093.

la sentencia y la disfasia temporal en el Registro de la anotación preventiva de esta demanda, de la hipoteca y de los eventuales procedimientos de embargo y adjudicación por parte del banco, pueden crear complicadas situaciones que este estudio intenta aclarar ofreciendo una posible solución incluso en óptica reformadora de la incompleta y incongruente legislación actual.

*ABSTRACT: The article 205 of Spanish Mortgage Act legitimizes the first entry in the Registro de Propiedad of a public title irrefutable proof of status has been sold. When this title derives from the bad faith, the practical consequences may be harmful for the true owner or for the bank even though both have acted diligently by reference to the registry record. The possibility that the true owner declared invalid registered title ex article 205 Spanish Mortgage Act within two years, the retroactive effect of the judgment and the temporary dysphasia of the anotación preventiva can create complicated situations. This study attempts to clarify this offering a possible solution and also a reforming proposal of the incomplete current legislation.*

**PALABRAS CLAVES:** Adquisición a non domino. Buena fe. Mala fe. Constitución fraudulenta de título. Caudales indivisos. Artículo 34 LH. Artículo 205 LH. Artículo 207 LH. Artículo 298.4 RH. Artículo 362 CC.

**KEY WORDS:** *Acquisition a non domino. Good faith. Bad faith. Mortgage Regulations. Undivided heritage. Article 34 Spanish Mortgage Act. Article 205 Spanish Mortgage Act. Article 207 Spanish Mortgage Act. Article 298.4 Reglamento Hipotecario. Article 362 Spanish Civil Code.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA SOBRE TÍTULO *EX ARTÍCULO 205 LH: ¿DESPISTE BANCARIO O ACEPTACIÓN DEL RIESGO?*—III. REQUISITOS DE LA HIPÓTESIS ANALIZADA. 1. HERENCIA YACENTE DE INDIANOS. 2. MALA FE DEL DEUDOR HIPOTECARIO. A) *Mala fe en la fase de constitución del título.* B) *Mala fe omisiva frente a la entidad bancaria.* C) *Eventual mala fe en caso de construcción de obra nueva.*—IV. PANORAMA CALEIDOSCÓPICO DE LAS INSCRIPCIONES. 1. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA PERO ANTERIOR A LA DEL EMBARGO. A) *Cómputo del plazo a efectos del artículo 207 LH.* B) *Invocación del artículo 34 LH por parte del banco.* 3. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA TANTO POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA COMO A LA DEL EMBARGO.—V. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN REFORMADORA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO

«En los últimos años el desplome de la burbuja inmobiliaria, fomentada por la proliferación del crédito al consumo, ha creado una realidad que ha conllevado una masiva incorporación en el patrimonio bancario de propiedades inmobiliarias. Lo que es cierto es que, frente a los impagos de deudor hipotecario, los bancos se han activado masivamente en el embargo de los patrimonios inmobiliarios hasta el punto de generarse inmobiliarias controladas por las entidades ejecutantes que por su exponencial inflación han dado lugar, casi, a verdaderos *outlet* inmobiliarios, donde incluso se permite una «verdadera» negociación sobre el precio de adquisición, antes impensable<sup>1</sup>.

En el caso de ejecución hipotecaria el legislador se ha activado en la protección del deudor hipotecario de buena fe (Vgr. el RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos<sup>2</sup>). Sin embargo, a veces, se tendrían que tutelar determinadas circunstancias frente a otros sujetos a los que la actividad del deudor hipotecario de mala fe puede causar algún tipo de perjuicio.

Esto puede darse cuando la persona del deudor hipotecario y la persona del propietario efectivo del bien hipotecado no coinciden. Dentro del abanico de estas situaciones hay una *border-line* que a mi entender podrían crear eventuales problemas e incluso aniquilar los derechos de un entidad bancaria que actuase un embargo en determinadas situaciones.

El caso concreto que analizaré es el de la constitución fraudulenta del título de propiedad en correlación con los derechos y efectos que pueden (o no pueden) derivar ex artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y del artículo 298 del Reglamento correspondiente en relación con la contextual constitución de una hipoteca sobre el bien que da lugar a procedimiento ejecutivo por impago del deudor hipotecario<sup>3</sup> y que conduce a la adjudicación por subasta de dicho bien al banco<sup>4</sup>.

## II. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA SOBRE TÍTULO EX ARTÍCULO 205 LH: ¿DESPISTE BANCARIO O ACEPTACIÓN DEL RIESGO?

Es claro el valor declarativo y no constitutivo<sup>5</sup> de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, aunque en determinados casos la inscripción en el Registro incentiva y consolida, en determinadas condiciones, la adquisición de la propiedad sin verdadero título (cfr. art. 34 LH<sup>6</sup>) o con título no firme (cfr. art. 205 LH). La inscripción otorga una eficacia *erga omnes* que se apoya en dos pilares: los principios de legalidad y de exactitud registral (cfr. art. 38 LH)<sup>7</sup>. Ahora bien estos pilares tienen que ser firmes; de lo contrario la estructura que sustenta el título —y los relativos derechos— quebraría.

Para evitar la eventual dicotomía entre inscripción en el Registro y la realidad jurídica, el segundo pilar citado crea una presunción de identidad. Tal presunción, puesto que es tal, puede ser destruida mediante prueba en contrario. En el caso de discordancia entre la realidad registral y la extraregistral la jurisprudencia adopta una postura clara al afirmar que debe darse prevalencia a la segunda. Esto deriva de que la ausencia de una base física real no puede ser protegida, ni aplicarse el principio de exactitud a las circunstancias y datos fácticos inexistentes<sup>8</sup>. Si esto es así en términos generales, en el caso de la inscripción de títulos públicos *ex* artículo 205 LH debe adoptarse una mayor cautela porque a la general presunción de exactitud del título se acompaña la toma de constancia de que esa presunción no es firme *ab inicio* no produciendo efectos de forma automática frente a terceros sino que se aplaza temporalmente dada la peculiar modalidad de constitución del título. Por esta razón el artículo 207 LH dispone que las inscripciones de un título de propiedad a tenor del artículo 205 LH no surten efectos respecto a terceros hasta que no hayan transcurrido dos años. En este sentido la jurisprudencia confirma y deja claro que también en este caso la presunción puede vencerse y que lo que consta a tenor de los artículos 205 y 207 LH puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario<sup>9</sup>.

A la hora de hablar de terceros desde el punto de vista de la trasmisión de un título inscrito a tenor del artículo 205 LH, pueden darse dos posibilidades: por un lado el tercero de buena fe *ex* artículo 34 LH, y por otro el que no reúne los requisitos de dicho precepto. Desde el primer punto de vista, del tercero de buena fe, debe hacerse esta consideración. En el clausulado de casi todo tipo de contrato se prevé la obligación de entregar el bien libre de cargas o gravámenes. Si la suspensión bienal del artículo 207 LH se considerara tal, esto podría dar lugar a que por ejemplo el optante se niegue, en este periodo de dos años, a perfeccionar la compraventa objeto de esta opción por razón de considerar esta situación como una carga o gravamen. Al haber dudas sobre este aspecto, estas deben considerarse despejadas dado que el artículo 207 LH fija un «lapso de tiempo esterilizado jurídicamente»<sup>10</sup> y por lo tanto no es una carga o gravamen sino una limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 LH durante los dos años<sup>11</sup>.

Sin embargo, objeto prioritario de este estudio es considerar con más profundidad la segunda tipología de tercero a la cual he hecho referencia y ver cómo y en qué términos puede tutelarse a aquel tercero a) cuyo derecho nazca a sabiendas de que el título sobre el cual se fundamente se constituyó a tenor del artículo 205 LH y b) lo inscriba antes del plazo de dos años. Concretamente quiero dar relevancia al caso en que una entidad bancaria decida conceder un préstamo hipotecario que tiene como garantía un bien inscrito a tenor del artículo 205 antes de que hayan pasado los dos años. Ante el eventual impago del deudor hipotecario, el banco podría ejercer su derecho a ejecutar el bien hasta adjudicárselo.

A la hora de realizar tal operación el banco está asumiendo un riesgo empresarial puesto que acepta hipotecar un bien cuyo título no es firme sino que

despliega sus efectos solo posteriormente, después de dos años, a no ser que el efectivo propietario impugne la inscripción. Esta es una libre operación financiera que, en aras de la autonomía de las partes, banco y deudor hipotecario (y titular del bien como por asiento registral *ex artículo 205 LH*) pueden decidir celebrar. En la mayoría de los casos no habrá situaciones «patológicas» relativas al título público del cual derive la propiedad amparada por el artículo 205 LH y por lo tanto el banco no tendrá problemas a la hora de ejecutar el bien del que, posteriormente a los dos años, se viene a considerar propietario «firme» *ex artículo 207 LH*. Este riesgo asumible por la entidad bancaria se restringe al caso en que el deudor hipotecario —y formal titular en el asiento *ex artículo 205 LH*— no resulte serlo porque, en estos dos años, el verdadero propietario extraregistral venza la presunción de exactitud del registro. En este caso, dándose actuación a lo dispuesto por el artículo 207 LH, el tercero no podría tener ningún derecho dado que operaría la limitación que dispone la norma: el banco tendría una garantía hipotecaria sobre un bien que no pertenece al deudor y por lo tanto debería asumirse el riesgo empresarial que ha derivado de la concesión de la hipoteca sobre un bien ajeno al otro contratante.

En la circunstancia patológica en la que el hipotecante deudor haya operado de mala fe, a sabiendas que el bien hipotecado no le pertenecía contratando igualmente la hipoteca y haya constituido fraudulentamente el título *ex artículo 205 LH* las cosas se hacen incluso más complicadas. Este concreto caso es el que es objeto de análisis de este estudio.

Para poder valorar correctamente la asunción de un riesgo empresarial debe —o debería conocerse— todo el panorama relativo a la contratación que se va a realizar. En el caso *de quo*, parecería que el importante carácter informador, *erga omnes*, del Registro de la Propiedad ofrece este panorama, pero no es así, dado que la realidad concreta demuestra que pueden darse circunstancias ya existentes en el momento de la contratación que sin embargo no constan todavía en el Registro. En la particular situación limitadora del artículo 207 LH esto juega un rol fundamental a lo largo de todos los dos años de referencia. Concretamente el problema se plantea porque la inscripción obligatoria (por ser constitutiva) de la hipoteca bancaria puede llegar a convivir con otra eventual y diferente: la posibilitada por el artículo 298.4 del Reglamento Hipotecario que prevé la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la demanda<sup>12</sup> que impugna el título constituido *ex artículo 205 LH*. En el caso que quiere analizarse tanto la hipoteca como la anotación preventiva se hacen constar registralmente dentro del plazo de los dos años. De lo contrario, si la anotación preventiva fuera practicada después de este periodo, la entidad bancaria no se vería afectada.

Este periodo de dos años da la posibilidad de que exista una disfasis temporal entre la inscripción de la hipoteca y la anotación preventiva de la demanda a tenor del artículo 298 RH pudiendo ser la segunda anterior o posterior a la primera. Si fuera anterior la entidad bancaria conocería *ab initio*, y antes de decidir

si conceder la hipoteca, todo el panorama de riesgos dado que la consulta del Registro le permitiría llegar a conocer que el título *ex* artículo 205 LH sobre el bien objeto de la hipoteca resulta conflictivo dado que hay un proceso pendiente.

Los problemas surgen cuando la anotación preventiva se practica con posterioridad (pero dentro de los dos años) a la inscripción de la hipoteca. En este caso, aunque la entidad bancaria haya consultado el Registro —si el deudor hipotecario es de mala fe y se calla— nunca puede llegar a conocimiento de la eventual situación conflictiva. Siendo «tercero», el banco no recibirá comunicación o notificación alguna del procedimiento de impugnación del título amparado por el artículo 205 LH y de su anotación en el Registro con posterioridad a la hipoteca. La eventualidad de esta posible circunstancia ¿crea una carga sobre el banco de consultar el Registro con regularidad a lo largo de todos los dos años? La entidad bancaria, posible adquiriente del bien hipotecado goza a priori de una doble protección: la presunción de exactitud *ex* artículo 38 LH y la presunción de buena fe. La falta de buena fe del tercero no puede extraerse nunca del mero hecho de haber aceptado la constitución de hipoteca sobre un bien inscrito al amparo del artículo 205 LH, sin embargo debe verse si la entidad bancaria debe asumir los riesgos de una operación sujeta a estas particulares condiciones. Por esto debe valorarse si esto puede incluirse o no en el riesgo empresarial de la parte y comporta la correspondiente consulta constante del Registro hasta que hayan pasado los dos años, o la entidad bancaria puede ampararse en su buena fe y en el hecho de que la anotación preventiva *ex* artículo 238.4 RH no se le ha notificado.

### III. REQUISITOS DE LA HIPÓTESIS ANALIZADA

Seguidamente paso a analizar algunas particularidades que pueden darse en el caso analizado.

#### 1. HERENCIA YACENTE DE INDIANOS

La constitución fraudulenta del título público al amparo del artículo 205 LH es proclive, a mi entender, en los casos de caudal relicto de una herencia cuyas cuotas pertenecen a un abanico de personas difícilmente identificable, por su ingente número o deslocalización endémica. Esto no es un verdadero requisito pero es una de las hipótesis más propensas para que se cumpla. Por ello puede relacionarse con algunos fenómenos sociales comunes en regiones que han vivido con mucha intensidad el fenómeno de la emigración a lo largo del siglo pasado y donde existen, tras el paso de las generaciones y la diáspora de los herederos, masas hereditarias sin repartir, como puede darse en las de las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias y Cantabria. Es cosa fácil, por ello, que las

generaciones existentes intenten hacerse con los patrimonios familiares de los que fueron «Indianos»<sup>13</sup> en fraude de los otros herederos, muchas veces alejados o, en todo caso, en paradero desconocido o con pocas relaciones con la que fue la tierra de sus antepasados. El prototipo es el patrimonio del emigrante que se fue a la «Nueva España» que ha regresado rico o que ha mandado su ingente patrimonio a los familiares que se quedaron en España. Con dichas remesas dinerarias, esencialmente todos bienes atesorables, se compran inmensas hectáreas y se construyen las que son conocidas como Casas de Indianos<sup>14</sup> contribuyendo a la repatriación de capitales<sup>15</sup>. Tipología de este fenómeno es una familia numerosa, con emigrantes que incluso se desplazan a más de una nación de América Latina, con la familia originaria que deja una conspicua herencia. Esta herencia, la mayoría de las veces, queda todavía por repartir debido a los múltiples descendientes ubicados en varias partes del territorio, de los cuales quizás se ha perdido el rastro puesto que las comunicaciones al inicio del siglo<sup>16</sup> no eran tan fáciles como lo son en los tiempos actuales. Este fenómeno puede haber contribuido, y todavía contribuye, a la constitución de títulos falsos en perjuicio de la herencia yacente y a favor de una parte de los herederos, sobretodo de los bisnietos y ulteriores descendientes (*v. gr.* rebisnietos) frente al caudal indiviso de los tatarabuelos y en perjuicios de los demás herederos. Utilizaré como ejemplo a lo largo de este estudio un caso concreto<sup>17</sup>, útil para tomar como referencia y generalizar. Adolfo y María mueren respectivamente en los años 1931 y 1957 dejando una herencia indivisa a los nueve hijos, de los cuales uno se ha marchado a Cuba, del cual no se sabe si tiene descendientes, y otro a Argentina, con dos hijos allá residentes, reflejando el arquetipo de familia asturiana emigrada<sup>18</sup>. La herencia se encuentra todavía sin repartir con un testamento de María que deja la herencia en partes iguales con exclusión del tercio de mejora, a favor de las hijas Aquilina y Amparo, sobre la finca Y. Aquilina es la última de los descendientes de los causantes en fallecer, quedan nietos, bisnietos y tataranietos, algunos en Argentina y otros pocos, dado que cinco de los hijos del matrimonio han muerto sin progenie, en España. La conspicua herencia, fruto de las fortunas en el otro lado del Atlántico, consta de numerosos bienes y también de una apetecible finca X. Frente a esta dispersión de las personas y tomando conciencia de la importancia del valor de la masa hereditaria, Efrén —el bisnieto— con su hijo —y rebisnieto— Pablo deciden crear fraudulentamente un título de propiedad sobre una parte de esta herencia y en particular sobre la finca X, edificable y colocada en una buena zona desde el punto de vista urbanístico<sup>19</sup>.

## 2. MALA FE DEL DEUDOR HIPOTECARIO

En el contexto que quiero analizar la mala fe del deudor hipotecario es imprescindible. Esta puede dirigirse hacia dos ámbitos diferentes: por un lado frente

al verdadero propietario (por ejemplo, los titulares de las cuotas de la herencia yacente) y, por otro lado, frente a la entidad bancaria, ya que podría considerarse de mala fe quien calle frente a dicho sujeto a la hora de celebrar la hipoteca en caso de pendencia de un proceso sobre el bien a tenor del artículo 205 LH. Finalmente, referiéndome a la finca, la mala fe podría hasta llegar a producir los efectos del artículo 362 CC. Se analizan por separado estos dos aspectos.

#### A) *Mala fe en la fase de constitución del título*

La mala fe en fase de constitución del título es requisito imprescindible en el caso *de quo*: de lo contrario el deudor hipotecario se podría beneficiar de los efectos del artículo 34 LH.

Efectivamente en caso de herencias yacentes donde los sujetos son titulares de cuotas abstractas y todavía indivisas, la creación fraudulenta del título público constitutivo puede resultar facilitada mediante la astuta aplicación de la concordancia entre el artículo 81.a) RH y el artículo 205 LH.

El artículo 81.a) RH permite practicar la inscripción a favor del legatario en virtud de una simple manifestación del legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y el legatario se encuentre facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada. Ahora bien, en caso de herencia yacente de familia numerosa de emigrantes como la que he tomado como referencia, se comprenda como puede ser fácil inscribir y crear el futuro título mediante una simple declaración del legatario afirmando que un sujeto al cual pertenece la cuota de la masa hereditaria indivisa le legó las fincas que efectivamente «le correspondan por testamento por herencia», caso que se podría dar cuando una tía sin descendencia —y heredera de un caudal indiviso— recuerda en sus últimas voluntades con particular cariño el resobrino que la ha atentadamente cuidado (quizás con dobles y torticeras intenciones) en sus últimos años de vida<sup>20</sup>. De esta forma el resobrino de uno (en el ejemplo Aquilina) de los hijos, sin descendencia, de los testadores originarios puede —aportando el testamento del difunto— demostrar efectivamente que el legatario está facultado para posesionarse de la cosa<sup>21</sup> al demostrar que el pariente fallecido no tenía descendientes. Esta «maniobra» resulta aún más efectiva si el sujeto es preavido y ha dejado pasar los dos años «de seguridad» establecidos por el artículo 28 LH, aspecto no improbable en la tipología de herencias yacentes a la que he hecho referencia, con mayor razón si los otros hijos del causante han fallecido todos, o casi todos. La declaración de aceptación de este legado permite crear una buena base para constituir un futuro título a tenor del artículo 205 LH cuando, en dicha situación el legatario venda a un tercero.

En este caso a pesar de que el bisnieto de los originarios causantes (y resobrino del difunto—Aquilina) haya creado fraudulentamente el legado, podría

darse la hipótesis de que el tercero que adquiera a título oneroso la finca sea efectivamente de buena fe y se beneficie del artículo 34 LH, con las limitaciones temporales del artículo 207 LH. No sería así en caso de mala fe del adquiriente, es este el caso que aquí interesa analizar.

El caso de herencias yacentes con un caudal cuantioso cuyos descendientes de primeras y segundas generaciones han, casi todos, fallecido, donde las cuotas del caudal indiviso pertenecen por transmisión hereditaria a las sucesivas generaciones (incluso alejadas por el océano) fomenta una peculiar situación dado que donde «nadie sabe exactamente lo que tiene», no se conoce (o no se quiere conocer) quiénes son exactamente los demás herederos. Esta situación puede fomentar la constitución fraudulenta del título de propiedad en perjuicio a los demás titulares de las cuotas de herencias indivisas como podría darse cuando el legatario venda a su hijo (tataranieto de los originarios causantes de la herencia indivisa) con una finalidad torticera y a sabiendas de este último. Aquí resultaría indiferente «fosilizarse» en atacar la nulidad o anulabilidad de la compraventa que se realice por «confesión de pago recibido» o por pago irrisorio ya que la nulidad de la compraventa radica a priori en la nulidad de la aceptación del legado. En este caso, el conocimiento por parte del comprador (tataranieto de los originarios causantes de la herencia indivisa e hijo del legatario) de la creación ficticia del legado lo excluiría de la tutela del artículo 34 LH.

En este supuesto cualquier sujeto<sup>22</sup> que tenga una cuota de la masa hereditaria indivisa podría impugnar *ex artículo 348 CC y artículo 298.4 RH* y en el plazo de dos años de la inscripción efectuada al amparo del artículo 205 LH para pedir la declarativa de dominio<sup>23</sup> a favor de la masa hereditaria (verdadero propietario extrarregistral de la finca), la acción reivindicatoria y pedir todo esto de forma subordinada a la declaración de la nulidad de la inscripción registral *ex artículo 205 LH* al ser la protección registral basada en un contrato artificial y a la correspondiente cancelación del asiento respectivo<sup>24</sup>.

Ahora bien partiendo de la consideración que al pie o margen de la escritura matriz del acto de última voluntad, el notario debe anotar la expedición de la copia y los datos de su solicitante (cfr. art. 244.1 Reglamento del Notariado)<sup>25</sup> será más fácil probar la mala fe de los sujetos demostrando a) que el legatario —habiendo solicitado copia de su condición de legatario— conocía sobradamente el contenido de ese testamento no pudiendo invocar desconocimiento alguno en relación con la situación de que los bienes de quien legó son parte de una herencia no repartida de los padres de quien ha hecho el legado. De lo anterior y en consideración de la estrecha relación familiar entre los celebrantes el contrato de compraventa (por ejemplo celebrada entre padre e hijo) puede presumirse que ambos sabían la situación del bien litigioso llegando a simular la aceptación de un legado que no es tal y sucesivamente, una venta con el único fin de hacerse con la propiedad de una finca, en fraude del derecho de la masa hereditaria indivisa.

Para demostrar la «mala fe» del legatario que haya constituido fraudulentamente el legado a sabiendas del futuro comprador de poco serviría a tutelar el verdadero propietario extrarregistral —en virtud del artículo 210 del Reglamento Notarial— el control notarial de los documentos relativos a la titularidad de la finca por el transmitente ya que no puede entrar en cuestiones de fondo y debe tomar acto solamente de las declaraciones de las partes y de la efectiva existencia de los documentos aportados (eventualmente manipulado por las partes). Lo dicho también porque esta disposición ha sido anulada como consecuencia de la nulidad parcial del RD 34/2007, de 19 de enero mediante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. 6.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2008<sup>26</sup>.

*B) Mala fe omisiva frente a la entidad bancaria*

Bajo este punto de vista, la mala fe frente a la entidad bancaria podría dar lugar exclusivamente a la posible acción de daños y perjuicios del banco, que podría incluso utilizar la vía penal. Esta situación tendría lugar en una fase posterior, es decir, cuando el bien embargado que era objeto de garantía hipotecaria se atribuyera al verdadero propietario. La entidad bancaria podría pedir una reclamación de daños y perjuicios en virtud del comportamiento fraudulento del sujeto, pero debemos preguntarnos si verdaderamente puede considerarse mala fe, aquella actuación del deudor hipotecario que omite comunicar al banco la presencia de un proceso en el que se le reivindica el bien. Si se analizan las normas aplicables, debería quizás llegarse incluso a la solución contraria. Debe constatarse, que no existe una obligación informativa del sujeto también porque este podría —después del proceso litigioso sobre el bien— resultar el titular verdadero del bien (se constata que el supuesto de impugnación del título no está necesariamente vinculado con la hipótesis de su mala fe). Se trata de un proceso que está todavía *sub iudice* y la eventual comunicación al banco podría perjudicarlo con la denegación del préstamo hipotecario a pesar de que posteriormente, al término del proceso, se desestimara la acción de declaración y se comprobara que es el efectivo propietario de la finca.

El silencio del solicitante del préstamo hipotecario podría amoldarse a la buena fe dado que no solamente no consta jurídicamente ninguna obligación de declaración por su parte sino que el ordenamiento establece determinadas obligaciones de publicidad y notificación *ad hoc* a cargo del registrador. Por ello es importante constatar que I) el artículo 205 RH prevé la publicación de edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique la finca con la finalidad de dar mayor conocimiento y II) en el procedimiento de impugnación del título del artículo 205 LH, la parte demandante puede pedir la anotación preventiva de embargo que se publicará en el registro adquiriendo eficacia *erga omnes*, por ello el banco consultando el registro puede tener conocimiento de esto.

Por todo ello, este conjunto de normas podría excluir la mala fe por falta de comunicación del proceso por parte del deudor hipotecario; un conjunto de normas que sin embargo es totalmente ineficiente para que el banco efectivamente llegue a conocer del procedimiento dado que en determinados casos, debido a la disfasia temporal de las inscripciones en los dos años, pueden darse casos que aunque consulte los registros y los edictos, dicho comportamiento no sería suficiente dado que prácticamente debería producirse —para su total efectividad— una continua, periódica e incessante consulta del tablón de anuncios y del Registro a lo largo de estos dos años, trasformando una actuación de buena fe del banco casi en una carga (*vid.*, sub IV).

*C) Eventual mala fe en caso de construcción de obra nueva*

La situación hasta ahora analizada —en que el bien objeto de la titularidad al amparo del artículo 205 LH llega también a ser objeto de la garantía hipotecaria— puede incluso complicarse más. Lo sería por ejemplo en el caso de que el bien garantía de la hipoteca produzca frutos, como puede darse si el préstamo hipotecario se ha concedido para pagar la obra nueva que se construye sobre la finca objeto de titularidad al amparo del artículo 205 LH. En este caso el riesgo de la operación de la entidad bancaria es superior dado que la mala fe del deudor hipotecario, que construye a sabiendas que lo hace en la propiedad ajena, activaría los efectos del artículo 362 CC<sup>27</sup> y el verdadero propietario de la finca no solamente podría reivindicar la finca sino sus frutos beneficiándose de la accesión. En este caso el banco, al margen de una posterior acción de responsabilidad civil y/o penal ejercitable contra el deudor hipotecario, no podría beneficiarse de ninguna protección durante el juicio que le permitan evitar perder su garantía hipotecaria.

Para que los efectos del artículo 362 CC se activen serviría por ejemplo la evidente connivencia entre los familiares (en el caso puesto como ejemplo padre e hijo) y el conocimiento previo de las disposiciones testamentarias. Si en la compraventa de la finca edificable se ha estipulado un precio irrisorio<sup>28</sup> ello mostraría aun más que el verdadero objetivo es apoderarse de la finca con el objeto de que aumente su valor mediante la obra nueva en fraude del derecho de los demás causahabientes. Todas las actuaciones de las partes contribuirían a demostrar la mala fe puesto que se sabe por parte del deudor hipotecario que la finca pertenece a la masa hereditaria. La única forma para excluir —*ex* artículo 364 CC— los efectos del artículo 362 CC sería demostrar la mala fe también de quien insta el proceso de reivindicación, los que podrían haber tardado en instar el procedimiento de reivindicación de la finca para que se llegara a culminar la construcción de la obra, por ello es conveniente que los causahabientes comuniquen fehacientemente, por ejemplo por burofax, que el verdadero titular

de la finca es la masa hereditaria. De este modo se pondría en conocimiento del comprador —incluso si antes lo ignorase— la situación conflictiva, asumiéndo este último los riesgos si continuara la construcción. Esta comunicación de los causahabientes debería incluso incluir la advertencia de dejar de construir y preavisar que, en caso de que la finca sea de propiedad de la masa hereditaria, la obligación de pagar la indemnización a tenor del artículo 361 CC, deberá extenderse únicamente hasta lo que actualmente está construido.

Finalmente una última consideración, en caso de que el efectivo propietario extrarregistral (en el ejemplo aportado, cualquier titular de una cuota de la masa hereditaria) reclame la accesión de lo construido —puesto que es conveniente que la reclamación independiente se beneficie de los efectos del artículo 362 CC o que se ejercite el derecho de opción del artículo 361 CC en caso de construcción en buena fe— debe cumular dicha acción al momento de la acción declarativa y reivindicatoria dado que —si se acertara que se construyó en buena fe— la jurisprudencia ha considerado que el derecho de opción del propietario del suelo, a tenor del artículo 361 CC, entre hacerse suya la obra previa pago de la indemnización u obligar al que construyó a pagar el precio del terreno, no puede reivindicarse hasta que no se haya ejercitado<sup>29</sup>. Por lo tanto a la hora de redactar la acción declarativa y reivindicatoria los causahabientes deberán contextualmente, en su interés, ejercitar el derecho de opción y pedir la accesión dado que «no hay accesión automática en beneficio del dueño del terreno a quien simplemente se le concede un derecho potestativo consistente en optar por hacer suya la obra»<sup>30</sup>.

#### IV. PANORAMA CALEIDOSCÓPICO DE LAS INSCRIPCIONES

El problema principal objeto de este estudio deriva del solapamiento de dos relaciones jurídicas estrechamente dependientes pero no relacionadas jurídicamente por las oportunas disposiciones normativas.

Deben distinguirse algunas situaciones:

Primero: la entidad bancaria concede un préstamo hipotecario a Pablo garantizado con la finca en la cual Pablo va a construir una vivienda. Al momento de la constitución de la hipoteca, Pablo figura como propietario por un título de compra, previa adjudicación por legado, inscrito por el trámite del 205 LH. Frente al impago del préstamo hipotecario, el banco insta un procedimiento de ejecución hipotecaria en función de garantía real constituida. Celebrada la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el banco, no existiendo ninguna puja, se adjudica la finca objeto de licitación.

Hasta aquí parece todo normal, siempre que no haya situaciones patológicas ligadas a la inscripción al amparo del artículo 205 LH, porque si es así, las reglas del juego cambian.

Segundo. Comunidad hereditaria indivisa y fraude. Como ya se ha visto el bien efectivamente pertenece a una masa hereditaria indivisa donde se ha constituido de forma fraudulenta el título al amparo del artículo 205 LH mediante un contrato de compraventa. Por lo tanto existe un juicio paralelo en el cual algunos titulares de las cuotas de la masa hereditaria reivindican la finca a favor de esta última, la nulidad de la compraventa efectuada y la contextual accesión del bien inmueble por mala fe a tenor del artículo 362 CC. He adelantado antes que quiero analizar solo la presencia de la mala fe del comprador, excluyendo su posible beneficio del artículo 34 LH.

Dado que, a tenor del artículo 1068 CC, la partición confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan adjudicado, en caso de caudal relicto indiviso se posee solamente una cuota abstracta que limita las facultades dispositivas. En este sentido la jurisprudencia es clara en afirmar que «cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás<sup>31</sup>. Por ello, ningún coheredero puede disponer de ningún bien concreto hasta la partición derivando la nulidad por falta del poder de disposición<sup>32</sup>.

De esto deriva la nulidad de la aceptación del legado llevada a cabo por el resobrino y consecuentemente de la venta que posteriormente en base a tal título de propiedad se hizo, así como su inscripción al amparo del artículo 205 LH. El contrato de venta es ineficaz dado que el legatario no tiene la plena disposición de la finca y tampoco puede operar el artículo 34 LH dado que se ha asumido la mala fe de las partes al conocer que el título no era válido para trasmitir y no se ajustaba a la realidad puesto que no se puede enajenar un bien concreto de una masa indivisa. De la nulidad de la compraventa —efectuada por un vendedor en nombre propio atribuyéndose una propiedad plena que no le corresponde— deriva la invalidez de cualquier acto que pudiera haberse ejercitado. Por todo ello, la pretensión de cancelación de la inscripción registral practicada al amparo del artículo 205 LH se fundamenta en la nulidad de la escritura de aceptación del legado y compraventa de la finca objeto del litigio por haber dispuesto de un bien hereditario sin haber mediado la autorización y consentimiento unánime de los demás integrantes de la masa hereditaria. Dicho legado es nulo por no haberse realizado todavía el reparto ni tenido el consentimiento de los causahabientes.

Por todo ello, de la creación fraudulenta de un título a partir de una disposición a título gratuito nula (el legado) deriva una nulidad en cascada de cualquier acto que se ha ejercitado en aprovechamiento de la posterior inscripción efectuada a tenor del artículo 205 LH y por lo tanto de la hipoteca del banco y de la correspondiente ejecución hipotecaria ya que los efectos de la nulidad son retroactivos a tenor del artículo 1303 CC. Esto crea un panorama devas-

tador para el banco que —como se verá en los siguientes epígrafes— resulta en determinados casos prácticamente «autorizado» por el ordenamiento por falta de una regulación específica que tenga en consideración todo el abanico de posibilidades.

Tercero. En virtud de todo lo dicho hasta ahora estamos en presencia de dos situaciones jurídicas que ligan una misma persona con otras dos. La primera es una relación contractual que liga a Pablo, como deudor hipotecario, con el Banco; la segunda, liga a Pablo con los titulares de una herencia indivisa del tatarabuelo. A pesar de que se trate de dos relaciones (en principio) independientes son evidentes sus conexiones. Un ejemplo de su clara dependencia es que el buen fin para la parte actora de cualquier parte de los dos procedimientos (efectivo titular extraregistral, o entidad bancaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria) va en contra del interés del otro actor dado que ambos tienen la finalidad de adquirir el dominio del bien. Además ambas «parejas» de partes de las dos relaciones jurídicas saben que estamos en presencia de un título inscrito al amparo del artículo 205 LH.

Esta disposición permite la inscripción de títulos públicos otorgados por personas que acrediten haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviera inscrito el mismo derecho a favor de otra y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca que tienen por finalidad que aquellos que se consideren interesados puedan instar a la acción del artículo 298 RH. Ambas partes conocen esta situación y saben que puede darse la posible inscripción de determinados aspectos en el Registro. Concretamente con posterioridad a la inscripción del título al amparo del artículo 205 LH, el Banco inscribirá la hipoteca y otros derechos derivados hasta la inscripción del embargo de la finca y su adjudicación. Desde la perspectiva de los titulares de la masa indivisa, en cambio, puede solicitarse en el Registro la anotación preventiva de la demanda *ex* artículo 298.4 RH. A todo esto se añade la publicación de los edictos. De toda esta situación se crea un desenlace final calidoscópico puesto que la sumisión de esta situación al plazo de dos años, a tenor del artículo 207 LH, puede crear unas situaciones límite que desprotegen las partes a pesar de que estas puedan haber consultado el Registro al momento de instar sus pasos, creyéndose tutelados cuando en verdad no lo son. Concretamente puede darse un abanico con los tres casos que analizaré seguidamente. A efectos prácticos es importante ver la «fluctuación» de la anotación preventiva de la demanda *ex* artículo 298.4 RH, la inscripción de la hipoteca y la inscripción del procedimiento ejecutivo. Obviamente el punto de partida de este análisis debe enfocarse en los casos teniendo en cuenta que todos se hayan inscrito dentro de los dos años a tenor del artículo 207 LH y artículo 298 RH<sup>33</sup>. Seguidamente analizaré los principales casos que se resumen en esta tabla.

Registro de Propiedad	Caso A	Caso B	Caso C
1	Inscripción art. 205 LH	Inscripción art. 205 LH	Inscripción art. 205 LH
2	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH	Inscripción constitución hipoteca	Inscripción constitución hipoteca
3	Inscripción constitución hipoteca	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH	Embargo
4	Embargo	Embargo	Adjudicación judicial
5	Adjudicación judicial	Adjudicación judicial	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH

↑  
Dentro de los dos años *ex* art. 207 LH y art. 298 RH  
↓

1. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

Esta situación es la que conlleva menos problemas. Este es el escenario: la hipoteca no se ha constituido todavía ni inscrito en el Registro<sup>34</sup>. El efectivo titular extrarregional (en el ejemplo los titulares de las cuotas hereditarias) presentará demanda tanto frente al titular de la inscripción regstral de la edificación contra el cual se ejercita la acción reivindicatoria (en nuestro caso Pablo) como frente al pariente vendedor (y padre del primero) que ha generado la inscripción impugnada (en el caso Efrén). Aquí no se producen los problemas de un eventual litisconsorcio pasivo necesario con el banco dado que no se ha pedido todavía préstamo hipotecario.

A la hora de constituirse la hipoteca, el banco puede encontrarse este panorama. Por un lado tendrá —seguramente— conocimiento de la constitución del título al amparo del artículo 205 LH y de la relativa publicación de los edictos; por otro —eventualmente— podrá encontrarse con la inscripción de la anotación preventiva (art. 298.4 RH). La anotación preventiva es solamente una eventualidad que puede plantearse dado que esta es una facultad que se concede a quienquiera que cree poseer un derecho sobre el bien; una facultad que una vez ejercitada, debe ser preceptiva y no discrecional por parte del

juez<sup>35</sup>, salvo la posibilidad de otorgarla *inaudita altera parte* o mediante una vista previa (cfr. arts. 733.2 y 734 LEC). Ahora bien la mora procesal (cfr. art. 728.1 LEC) en este caso sería legitimada de la necesidad de dar cuanto antes publicidad de la existencia de la reclamación de la propiedad del bien para evitar cualquier posible perjuicio para el solicitante mismo e incluso para eventuales terceros dado que a lo largo del proceso podrían producirse hechos, como la enajenación a terceros del bien objeto de la inscripción impugnada o su eventual hipoteca y embargo. En este caso la anotación preventiva de demanda (cfr. art. 727.5 LEC, art. 42.1 LH y arts. 139 RH y sigs.) mediante la eficacia *erga omnes* del Registro, permitiría tutelar de esta situación quien la inscribe.

En la hipótesis que se acaba de describir, la entidad bancaria que decide constituir una hipoteca sobre la finca e incluso iniciar un procedimiento de ejecución inmobiliaria asumirá los riesgos que proceden de su elección y quedará claramente desprotegida frente a la adjudicación de la finca al efectivo propietario extraregistral de la finca. En este caso ningún tipo de defensa puede aportar el banco, dado que la inscripción del título a tenor del artículo 205 LH ya ha puesto en pre-alerta al banco de una situación sometida a determinados aspectos; la presencia de la anotación preventiva despejaría cualquier duda sobre las concretas posibilidades de que se esté embargando un bien de otra persona. En esta situación no podría prohibirse o denegarse la inscripción de la hipoteca. De lo contrario —dado el valor constitutivo de la inscripción de la hipoteca— debería llegarse a la conclusión que la entidad bancaria tampoco puede constituir ningún tipo de hipoteca hasta que no hayan pasado los dos años a tenor del artículo 207 LH, sobre un bien inscrito al amparo del artículo 205 LH. La negación de la constitución de la hipoteca no podría aceptarse y sí debería permitirse a condición de que el banco se aceptara los riesgos que tal operación puede conllevar; a condición de que este mecanismo sea regulado con una normativa que tuviera en consideración todo el abanico de posibilidades que pueden aparecer. Además, en el caso analizado, los artículos 205, 207 LH y el artículo 298 RH no producen problemas, simplemente estamos en una situación en la que el banco es consciente y está debidamente «informado» registralmente de los riesgos de que pudiera correr en conceder una hipoteca sobre un bien que pudiera no resultar perteneciente al deudor hipotecario.

Ahora bien aquí es útil y oportuno introducir también una disposición que por su ubicación ha pasado prácticamente<sup>36</sup> desapercibida tanto para los tribunales como para los registradores. El legislador se ha dado cuenta que una hipoteca en la situación en la cual nos encontramos podría ser conflictiva y no evita, al regular el mercado hipotecario, una norma por la cual «la inscripción de la finca hipotecada deberá estar vigente y sin contradicción alguna, y no sujet a limitaciones por razón de inmatriculación o por tratarse de inscripciones practicadas al amparo del artículo 298 del Reglamento Hipotecario»<sup>37</sup>. Ahora

bien dicha norma, a pesar de su loable esfuerzo —tal como está redactada— juega un papel del todo influyente para solucionar la naturaleza del problema planteado en este estudio.

La disposición parecería impedir la inscripción de la finca hipotecada sometida al procedimiento del artículo 298 RH. Inmediatamente debe destacarse la impropiedad del lenguaje operado por el legislador dado que en ningún caso puede hablarse de «inscripción de finca hipotecada»: si se quisiera impedir la inscripción de un determinado aspecto, se debería impedir o la inscripción de la «finca inscrita al amparo del artículo 205 LH» (y que es posible objeto de futura hipoteca) o la «inscripción de la hipoteca» (sobre dicha finca), pero de ningún modo podría hablarse de «inscripción de finca hipotecada» dado que o se inscribe la finca (su titularidad) o su hipoteca. Por lo tanto, aunque es claro que deberíamos decantarnos por el sentido que el legislador quiere hacer referencia a la inscripción de la hipoteca concedida sobre una finca inscrita al amparo del artículo 205 LH, es patente la impropiedad de lenguaje operado, ni siquiera mejorada en la redacción del 2009, frente a la de 1982<sup>38</sup>.

La inefectividad de esta disposición deriva del hecho de que, por un lado, no identifica con claridad a quien se dirige y, por otro, no consigue recibir los requisitos de una norma jurídica al no contener consecuencia jurídica. Por ello, la norma queda impersonificada al no dirigirse expresamente al registrador o a la entidad bancaria. Si con esta norma se hubiera querido crear una específica obligación del registrador el texto escogido para su ubicación es totalmente inoportuno, si se hubiera dirigido a las entidades bancarias, esto no tendría sentido dado que los bancos deberían asumir los riesgos propios de cada operación financiera en aras de la autonomía contractual de las partes.

Sobre todo la norma queda incompleta al no regular ni la sanción por la eventual inscripción ni los efectos en caso de que se efectuara. Así que estamos en presencia de una norma que aunque «regulada» resulta inefectiva. Por esto, debemos encontrar soluciones cuando esta norma de hecho no se respete, no se tome en consideración, tanto por los bancos como por el registrador, como intentaré hacer detenidamente en los siguientes dos epígrafes que delinean las hipótesis más conflictivas.

Aquí —en caso de efectiva inscripción de la hipoteca y contextual «violación» del artículo 4.2 RD 716/2009— solamente queda por decir que si la norma estableciera una violación genérica de inscripción: el banco que concediera la hipoteca y la inscribiera, estaría realizando una operación no permitida por el legislador y quedaría totalmente desprotegido, aunque no se sabe de cuáles efectos dado que la norma es coja. Si la norma, en cambio, quisiese establecer una precisa obligación del registrador se daría la paradójica situación que ambas partes —tanto el banco como el efectivo propietario, pudieran reclamar eventualmente una responsabilidad frente a su decisión de inscribirla dado que de esta inscripción se ha generado el pleito. De todos modos aunque existirá

esta posibilidad, quedaría por resolver el efectivo problema de a quién atribuir concretamente el bien, sobre todo en las dos complicadas situaciones que se plantean abajo.

## 2. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA PERO ANTERIOR A LA DEL EMBARGO

En este panorama, el banco a la hora de decidir si constituir la hipoteca, sabe que el título está condicionado al plazo temporal de los dos años, pero consultando el Registro al momento de inscribir la hipoteca comprueba que no existe ningún procedimiento. Ahora bien, en estos dos años sin embargo el titular verdadero del bien puede activarse y dependiendo de la situación puede ser que el banco nunca tenga conocimiento.

Desde el punto de vista del efectivo titular extrarregistral, él se encuentra —consultando el Registro— que existe una hipoteca sobre el bien, hipoteca que no ha celebrado y que no lo vincula jurídicamente. Los derechos que el banco puede tener son exclusivamente sobre el titular del asiento registral (en el caso propuesto Pablo) titular «condicionado» dado que lo es al amparo del artículo 205 LH. Además al estado de presentación de la demanda judicial por parte del titular efectivo, la hipoteca es exclusivamente un derecho real de garantía que no necesariamente debe dar lugar al procedimiento ejecutivo. Dicha hipoteca no deja de ser un derecho real de garantía que no otorga ningún derecho a favor del banco hipotecante sobre el efectivo titular extrarregistral. Por ello podría existir la posibilidad de que el procedimiento relativo a la reivindicación de finca se inicie frente a los familiares que han respectivamente vendido y comprado la finca pero no podría hacerse también contra el banco. Aquí existe una doble posibilidad pudiéndose efectivamente valorar que no existe litisconsorcio pasivo necesario con el banco o es necesaria su llamada en causa.

En la hipótesis de que el banco no venga llamado en causa como litisconsorte pasivo necesario puede darse que —frente al impago del deudor hipotecario— empiece un procedimiento de ejecución hipotecaria, sin haberse tenido en consideración la existencia de un proceso que está averiguando el efectivo propietario de la finca. De esta situación la entidad bancaria se daría cuenta exclusivamente cuando fuera a inscribir la anotación de embargo. El banco podría venir privado del bien que ha garantizado su crédito frente a una impotencia patente a pesar de que hay buena fe, consultado el Registro y los edictos oportunos. Efectivamente en el momento de la constitución de la hipoteca y de su inscripción (se recuerde la mala fe del deudor hipotecario) la banca nunca ha tenido conocimiento de esta situación y ha procedido —de forma automática— a embargar el bien frente al impago. Quizás el saber que el título queda sujeto a una situación pendiente de dos años, le hubiera impuesto la obligación de

seguir comprobando el Registro cotidiana o periódicamente para ver si efectivamente alguien quiere revindicar el bien. Sin embargo el principio de buena fe no puede extenderse tan lejos. Por lo tanto para evitar que el banco quede totalmente desprotegido frente a esta situación debería concluirse la necesaria presencia de un litisconsorcio necesario en el procedimiento de reivindicación de la finca, llamando en causa también al banco puesto que al momento de empezar el pleito, los demandantes tienen (o deben tener conocimiento por la eficacia *erga omnes* del registro) de la existencia de una hipoteca y el banco tiene intereses legítimos en juego. Dado que el acreedor hipotecario se ve así directamente afectado por la declaración de la nulidad de la inscripción al declararse igualmente la nulidad de la garantía real que representa la hipoteca debe concluirse la necesaria presencia del litisconsorcio pasivo necesario<sup>39</sup>. Ahora bien, si la necesidad de este litisconsorcio fuera establecida no en primera instancia sino en fase de apelación<sup>40</sup> provocaría ulteriores problemas. Aquí existe ya una sentencia —aunque evidentemente revisable— de la cual, pero a pesar de que se acoja la excepción litisconsorcial, se deberán respetar —teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales ya realizados— todas las pruebas ya practicadas para evitar su repetición; en este sentido el banco podrá proporcionar escritos y pruebas limitadas. Aquí el banco sí llega a tener conocimiento de la situación pero quizás cuando es demasiado tarde para tutelar su posición, cual es por ejemplo el haber adquirido el bien por subasta. Además debe observarse que en el caso de que no se releve en primera instancia, la llamada en causa del banco sería totalmente aleatoria y condicionada a la voluntad de las partes del proceso— y concretamente a la excepción litisconsorcial eventualmente propuesta por los demandados.

En el escenario que se está analizando el banco tiene conocimiento de que la inscripción efectuada a favor de deudor hipotecario (Pablo) está sujeta a los límites del artículo 207 LH. Suponiendo que a la hora de constituir la hipoteca, el banco no tenía conocimiento del proceso de reivindicación de la finca, podría hacer valer sus derechos mediante dos puntos de vista a) demostrar que hayan pasado dos años de la anotación preventiva b) ha adquirido el bien *ex* artículo 34 LH, fundamentándolo mediante el combinando de los artículos 34, 205, y 207 LH.

#### *A) Cómputo del plazo a efectos del artículo 207 LH*

La entidad hipotecante no puede beneficiar de la protección que al tercero de buena fe proporciona el artículo 34 LH, porque el adquirente de un inmueble, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta que hayan transcurridos dos años<sup>41</sup>. Por ello debería valorarse como computa el plazo de los dos años, por un lado, identificando su *dies a quo* y, por otro, estableciendo

cuando este plazo puede dejarse por terminado. Si se demostrara que los dos años han pasado la demanda de reivindicación será inefectiva. La jurisprudencia parece no tener duda que el *dies a quo* se inicia «desde la inscripción primaria», es decir desde la inmatriculación de la finca a efectos del artículo 205 LH<sup>42</sup>. Debe constatarse la anulación por el Tribunal Supremo<sup>43</sup> del primer y segundo epígrafe de la redacción, conforme al RD 1867/98, del artículo 298.4 RH por la cual se preveía que la publicación de los edictos, de la duración de un mes, no era propedéutica ni contextual a la inscripción del bien. Según dicha redacción el *dies a quo* quedaba aplazado hasta la efectiva constancia registral de la publicación del edicto<sup>44</sup>.

Identificado el momento desde el que se cuenta este plazo, debemos despejar también la duda sobre el momento en el cual finaliza. En caso de ninguna reclamación del bien, la identificación es fácil dado que será el normal expirar del plazo temporal. Más complicado es en caso de presencia de una reivindicación del bien. Dada la peculiaridad del caso podrían tomarse como referencia, la fecha de presentación en el juzgado de la demanda de reivindicación, la fecha de inscripción de la anotación preventiva o la notificación al banco de la existencia del proceso. Dado que —en el caso que se está analizando— la anotación preventiva se ha inscrito en el plazo de los dos años pero posteriormente a la hipoteca del banco, la entidad bancaria tendrá interés en sostener que el plazo temporal de referencia debe ser el de la notificación del litisconsorcio pasivo necesario, es decir el término más lejano del *dies a quo* (en el caso, naturalmente, de que se le hubiera notificado después de dos años, cosa muy probable en caso de excepción litisconsorcial en apelación de la sentencia de primera instancia). Sin embargo lo que jurídicamente releva es la notificación que se efectúa frente al efectivo titular amparado por el artículo 205 LH y nada más por ello contará la fecha de presentación de la demanda de reivindicación en el juzgado frente al titular que el Registro de la Propiedad identifica como tal.

#### *B) Invocación del artículo 34 LH por parte del banco*

El banco podría defenderse asumiendo que es un tercero hipotecario amparado por la fe pública registral por la combinación de los artículos 34, 205 y 207 LH, llegando a ser inatacable el derecho inscrito en su día como el de la adjudicación de la finca en virtud de la garantía hipotecaria. Sin embargo, por un lado, se debe recordar que la protección del tercer adquiriente *ex artículo 34 LH* queda en suspenso al expirar los dos años<sup>45</sup> y, por otro, que un argumento que se basa sobre la buena fe —aunque esta podría efectivamente darse— no puede encontrar aplicación aquí. La actual normativa a pesar de que podría parecer proteger incluso una buena fe del banco —quizás legitimada de la situación de los asientos registrales— debe dar prioridad necesariamente a otra

situación —siempre en buena fe: la del efectivo titular extraregistral. Es en este caso que el desfase entre el momento de las inscripciones o anotaciones y sus efectos crea su mayor incertidumbre jurídica dado que la inscripción de la anotación preventiva de la demanda —anterior al procedimiento de ejecución inmobiliario— trasforma la portada del artículo 207 LH.

En el estado actual de la legislación, efectivamente no se trata aquí de analizar la buena fe (y de los efectos *ex art.* 34 LH) del banco al no enterarse o no haberse notificado la anotación preventiva, sino de ofrecer tutela al anotador. Si fuera así, por el contrario, el banco nunca se vería afectado por la disposición del artículo 205 LH, porque bastaría hipotecar una finca para eludir siempre el derecho del verdadero titular. Por lo tanto el argumento que se funda sobre una adquisición *ex artículo 34 LH* del banco no podría admitirse dado que el banco al constituir e inscribir la hipoteca y embargarla posteriormente por un lado inscribe un título no definitivo y por otro hace un procedimiento ejecutivo en base a un título que —independientemente que lo sepa o no— es *sub iudice*.

Desde la perspectiva del efectivo titular extraregistral se presenta una panorámica en la que la veracidad del registro está expresamente sometida al plazo de impugnación; no se viene a discutir la buena fe dentro de los dos años del tercero que como en el caso del banco puede haber constituido la hipoteca e incluso financiado la obra nueva con buena fe (al no saber la presencia de la litigiosidad sobre la finca), lo que legalmente cuenta a todos los efectos es la mala fe de la constitución del título al amparo del artículo 205 LH. Si se demuestra esto incluso la propiedad de lo edificado revierte sobre el verdadero dominio *ex artículo 292 CC*. Por mucho que el banco tenga buena fe, la combinación de los artículos 205, 207 LH y 298.4 RH debe hacer su curso dado que —dentro del plazo de los dos años— quien quiera realizar actos sobre el bien sabe que está sujeto a la impugnación del título. El estado actual del panorama legislativo no puede proteger al banco frente al efectivo titular, sino solamente frente al deudor hipotecario mediante una acción de daños y perjuicios, o penalmente, pero perderá de facto tanto su préstamo hipotecario impagado como el bien objeto de la garantía inmobiliaria. Por mucho que el banco no haya actuado de mala fe, lo ha hecho con las limitaciones del 207 LH, asumiéndo un riesgo económico contractual procedente de esta específica situación. Además si la anotación preventiva de embargo se realiza posteriormente a la anotación preventiva de la demanda efectuada por efectivo titular extraregistral, el banco, —independientemente que sea o no parte del procedimiento litigioso mediante litisconsorcio pasivo necesario— sabe que está instando un procedimiento de ejecución inmobiliaria en base a una sentencia no firme.

El principio de fe pública registral permite las adquisiciones *a non domino* de bienes inmuebles siempre que concurra la creencia de que el transmitente es el dueño de la finca y se desconozcan los vicios invalidatorios de esta titulidad<sup>46</sup>. En este sentido el banco carecería de un requisito incluso negativo del

artículo 34 LH por el cual «un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe»<sup>47</sup> dado que en este supuesto el banco es conocedor que dicho bien podía efectivamente no ser del propietario. Sostener un diferente planteamiento y admitirse la buena fe *ex* artículo 34 LH por parte del banco implicaría la paradójica consecuencia de que bastaría hipotecar dentro del plazo de dos años un bien inscrito en el cauce del artículo 205 LH para vaciar de contenido lo dispuesto en dicho artículo. Sería como autorizar las entidades hipotecantes a efectuar un claro fraude de ley, una diferente interpretación destrozaría la función teleológica del artículo 205 LH.

La actual normativa y la posibilidad de poderse perfilar diferentes inscripciones o anotaciones en el registro a lo largo de los dos años *ex* artículo 207 LH a la cual no corresponde un oportuno régimen de notificación a todos los interesados, puede llevar a situaciones no conformes a justicia dado que —al consultar el Registro de la Propiedad, a pesar de que el sujeto (banco o efectivo titular extraregistral) creen que existe un determinado panorama, la realidad es otra. El problema resulta aun más evidente dado que no importaría que el banco, operando con la oportuna precaución, espere a instar (y a inscribir) el procedimiento de embargo pasados dos años desde la fecha de la inscripción del título amparado por el artículo 205 LH, dado que se le podrían notificar efectos procedentes de la demanda judicial de reivindicación de la finca incluso en un periodo posterior y bien más largo, sobre todo si fuera la apelación la que considerara la necesaria presencia de un litisconsorcio pasivo necesario. Suponiendo en cambio, que el demandado no planteara una excepción<sup>48</sup> de litisconsorcio en apelación, y la situación de primera instancia fuera firme, incluso las defensas del banco serán aún más débiles —no pudiendo participar a la fase judicial— debiendo solamente soportar el efecto en cascada de la nulidad del título *ex* artículo 205 LH.

Los posibles efectos retroactivos, debidos a la nulidad del título, procediendo de una anotación temporalmente posterior a la hipoteca en el Registro crean una disfasia no oportunadamente regulada en el ordenamiento.

Finalmente cabe una última consideración. En el caso analizado, al momento de la demanda de reivindicación, el procedimiento de embargo y de adjudicación no han sido todavía inscritos constando registralmente solamente la constitución de la hipoteca, es decir un derecho real de garantía. Ahora bien ¿cómo debería interpretarse un *petitum* de la demanda del efectivo titular extraregistral que pida la nulidad de la compraventa, de la inscripción del título al amparo del artículo 205 LH y de «cualquier acto posterior que se haya realizado e inscrito en aprovechamiento de la citada inscripción»? El efecto de la eventual sentencia debiera quizás recubrir todos los actos que se hayan realizado hasta la interposición de la demanda. Justamente por eso existe la posibilidad de la contextual anotación preventiva requerida por el demandante para avisar de la existencia del pleito. Ahora bien, en el momento de la existencia de dicho pleito, el juez a

*quo* muy probablemente no conocerá de la existencia del eventual procedimiento de ejecución inmobiliaria que se ha instado posteriormente a la demanda y que se está realizando paralelamente por el banco.

Ningún problema por lo que respecta a la nulidad en cascada que pueda derivar sobre dicha adjudicación. Mayores perplejidades, sin embargo sobre si dicha nulidad —dado que se relaciona con una inscripción posterior a la presentación de la demanda— pueda dictar mediante la misma sentencia. Afirmo esto porque la eventual citación en juicio del banco mediante litisconsorcio pasivo necesario por parte de la apelación que admitiera la excepción litisconsorcial remitiría a un nuevo juicio en primera instancia pero no permitiría cambiar el *petitum* al demandante. De mayor peso, incluso, es el argumento por el cual debe asumirse que en este caso el banco ha llegado a ser dueño del bien en base a un procedimiento de ejecución hipotecaria totalmente autónomo e independiente. Por lo tanto, dado que «el litigio ha de resolverse en base a la situación existente al momento de la demanda»<sup>49</sup> es obvio que la sentencia declarará la «nulidad de las inscripciones y asientos posteriores» hasta la interposición de la demanda. Dado que aquí el embargo y la adjudicación se han realizado posteriormente, aunque en virtud de una hipoteca afectada, mediante un procedimiento ejecutivo independiente y autónomo son admisibles dudas de que se necesitaría otro procedimiento autónomo por el cual se ataque el procedimiento de ejecución y la adjudicación y declare expresamente su nulidad. Esto porque a pesar de que derive una nulidad en cascada, el procedimiento se ha realizado en otro proceso, con otro juez y en un tiempo anterior al nuevo procedimiento. Esta legítima duda podría comportar que el registrador no inscriba a favor del efectivo titular extrarregistral dado que la sentencia que ha obtenido no se refiere a las inscripciones posteriores a su demanda judicial y procedentes de un procedimiento judicial independiente. El registrador, interpretando que el *petitum* originario del demandante se refería a la nulidad de las inscripciones «posteriores» a la inscripción de constitución del título *ex artículo 205 LH* pero hasta el momento de la presentación de la demanda, podrá denegar la inscripción a favor del titular efectivo dado que la sentencia dictada debe referirse solamente a cualquier acto posterior que al momento de la presentación de la demanda «se haya realizado» en aprovechamiento de la citada inscripción»<sup>50</sup> no dando necesaria correlación a las nulidades posteriores, sobre todo si la adjudicación del bien por subasta ya ha producido las cancelación de las garantías hipotecarias y del embargo.

### 3. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA TANTO POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA COMO A LA DEL EMBARGO

En este caso el banco tendría una mayor posibilidad argumentativa frente al caso tratado en el epígrafe anterior. Si en el epígrafe anterior el banco al

momento de instar el procedimiento de ejecución mobiliaria tiene conocimiento por el Registro de la anotación preventiva de la demanda, en este caso no. Un caso análogo se dará en el supuesto analizado en el epígrafe anterior cuando el proceso de reivindicación inicie después de la constitución de la hipoteca y antes del embargo pero no se haya pedido (o concedido porque no se haya formulado con la debida claridad) la anotación preventiva de la demanda dado que esta es facultativa. En el caso anterior el banco sabe que va a instaurar un embargo en pendencia de un proceso relativo al título que existe efectivamente. En este caso sabe que está instaurando un procedimiento que podría ser todavía impugnado dentro esos dos años<sup>51</sup>.

Siempre pueden aplicarse los razonamientos anteriores en relación a la efectiva función teleológica de los artículos 205 y 207 LH dado que el banco al constituir la hipoteca sabe que puede invocar los procedimientos posteriores sobre la base de un título que no despliega sus totales efectos hasta que no hayan transcurrido los dos años.

Sin embargo en este caso, si se quisiera admitir la eventualidad de plantear una posible adquisición *ex artículo 34 LH*, la entidad bancaria estaría en una posición de mayor ventaja dado que el procedimiento de reivindicación de la finca por parte del efectivo titular extraregistrado todavía no habría empezado. Sin embargo incluso aquí se evidencian la preocupante falta de coordinación de la normativa puesto que, en este caso, técnicamente a pesar de resultar el bien ya perteneciente a la entidad bancaria el efectivo titular puede siempre legal y legítimamente instar el recurso *ex artículo 298 RH* (siempre que no hayan pasado los dos años). Estas incongruencias y problemas se planean en este caso ya que a pesar de que él sepa que en este momento el bien es de un tercero, el ordenamiento, por un lado, lo sigue tutelando, legitimándolo a recurrir *ex artículo 298 RH* y, por otro no lo hace dado que serían mayores las posibilidades de que el banco llegue a ser tutelado *ex artículo 34 LH*. Todo esto resulta inadmisible.

## V. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN REFORMADORA

El artículo 207 LH establece que después dos años desde las inscripciones al amparo del artículo 205 LH, los efectos frente a terceros surtirán efectos. La posibilidad de la anotación preventiva a tenor del artículo 298.4 y los contextuales efectos de nulidad que puede generar sobre el título amparado por el artículo 205 LH crean *de facto* otro y más completo panorama, sobre todo en el caso en que el bien quede sujeto a hipoteca.

Por ello, en el estado actual es inoperante la presencia de una disposición (art. 4.2 RD 719/2009, de 24 de abril) que parece impedir la constitución de la hipoteca en estas circunstancias dado que no regula ni los efectos ni las consecuencias de su eventual violación. El banco o el efectivo titular registral

podrían resultar desprotegidos, a tenor de la legislación actual, aunque hayan operado de buena fe consultando el Registro y utilicen un comportamiento precavido.

Poco importaría que la entidad bancaria esperase dos años antes de embargar el bien, dado que el sistema registral y la normativa actualmente vigente no le asegurarían nada. Aquí a pesar de que el plazo temporal haya efectivamente pasado y que por lo tanto la entidad podría creerse amparada en la creencia de que ha pasado el plazo del artículo 207 LH, los resultados podrían ser totalmente diferentes. A pesar de que el banco compute correctamente el pasar de los dos años desde la fecha de inscripción del título público, los éxitos de una reclamación judicial del bien presentada dentro de este plazo podrían tardar mucho más y los efectos retroactivos de la nulidad de la constitución del título *ex artículo 205 LH*, dejarían al banco desprotegido.

En este caso cabe una ulterior consideración. Esta situación le sería totalmente inidentificable al banco si no se pidió la anotación preventiva dado que en este caso la entidad bancaria en ningún momento ha podido conocer registralmente de la existencia del pleito.

## VI. CONCLUSIONES

Por todo ello considero oportuno que se estimen las siguientes consideraciones.

I. Considero necesaria una reforma y reformulación de la normativa que considere necesariamente los aspectos y problemática hasta ahora evidenciados. Esta reforma debería delinear adecuadamente un exacto sistema de notificaciones a los sujetos interesados, anulando la disfasia temporal de los efectos que puede producir esta peculiar situación.

II. Debe darse la libertad a una entidad bancaria de poder hipotecar una finca registral inscrita al amparo del artículo 205 LH; de lo contrario se iría en contra de la autonomía contractual de las partes y de una libre circulación del tráfico económico-jurídico. Será el banco quien valorará los riesgos de emprender una situación cuyos efectos pueden resultar firmes después del plazo de dos años establecidos por el artículo 207 LH. Otra cosa que el ordenamiento deberá regular son los supuestos analizados para evitar problemas e identificar exactamente los «jugadores» y los efectos. Es impensable que en el estado actual el verdadero propietario extrarregional del bien o el banco puedan correr el riesgo de resultar perjudicados a pesar de que intenten actuar con diligencia y consulten debidamente el Registro de la Propiedad. Aún más es impensable que los verdaderos responsables de esta situación —los sujetos que de mala fe han constituido el título y han realizado una compraventa simulada— «se vayan sin pagar». Efectivamente es verdad que podrá ejercitarse una acción

penal o de responsabilidad civil contra ellos, pero la cruda realidad es que el sistema legitima que el banco —aunque se active diligentemente a lo largo de la constitución de la hipoteca y en las fases posteriores— pueda llegar no solo a perder el dinero con el cual se ha construido por ejemplo la vivienda sobre la finca hipotecada, sino su garantía hipotecaria.

III. Sería loable prever en los casos analizados la obligación por parte del registrador de notificar la anotación preventiva de la demanda a la entidad bancaria todas las veces que conste, o venga a constar la inscripción de una hipoteca. Incluso sería loable que la anotación preventiva no fuera facultativa sino obligatoria dado que podría efectivamente dar a conocimiento que efectivamente no solamente el título *ex artículo 205 LH* en línea teórica podría ser impugnado, sino lo ha sido de verdad. Además sería necesaria la expresa previsión que en caso de impugnación *ex artículo 298 RH* en relación a los artículos 205 y 207 LH, y contextual anterior presencia de hipoteca, exista necesariamente un litisconsorcio pasivo necesario que permita al banco conocer dicha situación judicial. Por todo ello, por una parte la notificación por parte del registrador de la anotación preventiva a la entidad bancaria, tutelaría a esta última de la violación del litisconsorcio pasivo por parte del titular extraregistro y le permitiría activarse para instar sus derechos. Por otra parte el litisconsorcio pasivo necesario permitiría coordinar adecuadamente el proceso que deriva de la demanda de reivindicación del bien y el eventual proceso de ejecución inmobiliaria que quiere instar el banco o su reclamación de daños y perjuicios frente al deudor hipotecario.

IV. Finalmente sería oportuno predisponer la obligatoriedad de la anotación de la demanda; eso prevendría problemas y conflictos incluso entre el efectivo titular y frente a un tercer sujeto que haya adquirido el bien por subasta o que lo haya posteriormente comprado al banco dentro del plazo de los dos años. Un sistema así delineado evitaría todas las problemáticas analizadas, o por lo menos las pararía hasta que no se deline una correcta solución por parte del tribunal evitando que sujetos legitimados a determinados derechos salgan perdiendo aunque hayan actuado con la debida diligencia o precaución. De lo contrario esta situación podría incluso ampliarse peligrosamente, como en los casos en que el título amparado no sea nulo de pleno derecho, sino anulable, aspecto que aquí no se puede tratar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANES ÁLVAREZ, R. (1993). *La emigración de Asturianos a América*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- BOJSTAD, A., y MENCOS VALDÉS, E. (2004). *Indianos. La Grande Aventura*, Antonio Machado Libros, Madrid.

- CABALLERO ESCRIBANO, C. (1991). La anotación preventiva de la demanda, *AC*, núm. 3, 641-653.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2011). *Superficies solo cedit* un principio (natural) en crisis (económica), *RCDI*, núm. 728, 3063-3104.
- (2012). El automatismo en la accesión inmobiliaria, *RCDI*, núm. 729, 43-109.
- CRUZ MORALES SARO, M. (1987). *Arquitectura de indianos en Asturias*, Consejería de Educación y Deporte, Principado de Asturias.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. (1950). Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, *RCDI*, núm. 269, 625-643.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1964). Las anotaciones preventivas, *Revista Derecho Notarial*, núm. 44, 7-28.
- FERNÁNDEZ BRANA, M., y LAVONA CAMPO, M. (2008). *Viaje en el tiempo: un recorrido por las casas de indianos en Asturias (libro de fotografías sobre la arquitectura de las casonas de indianos en Asturias)*, Editorial Nuevedoce, Gijón.
- FERNÁNDEZ ROMERO, A. M.<sup>a</sup> (1989). *La huella de los indianos en la documentación notarial*, Consejo de Comunidades Asturianas.
- GARRIDO PALMA, V. M. (1969). ¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie, *RDN*, 89-164.
- GÓMEZ GÓMEZ, M. (1949). Inscripción declarativa o constitutiva, *RCDI*, núm. 259, 787-793.
- GONZÁLEZ, G. (1927). El principio de legalidad, *RCDI*, núm. 32, 597-609.
- MALUQUER DE MONTES, J. (1992). *Nación e inmigración: los españoles en Cuba (SS XIX y XX)*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (2000). Reflexiones acerca del principio de legalidad, *RCDI*, núm. 657, 481-511.
- RAMOS MÉNDEZ, F. (1980). *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I., y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, tomo I y tomo II, vols. 1 y 2, tomo IV, 9.<sup>a</sup> Ed., Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (2011). *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.<sup>a</sup> ed. actualizada y corregida, Bosch.
- SÁNCHEZ CEBRIÁN, J. (2009). Suspensión temporal de la fe pública registral: cómputo del artículo 207 LH, *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo, D 189.
- SERRANO ALONSO, E. (1981). La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC, *RDP*, 129-190.
- TORRALBA, SORIANO, V. (2006). La anotación preventiva de demanda: Problemas planteados por su modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, coordinado por Juan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari, Vol. 2, pp. 2365-2382.
- YÁÑEZ GALLARDO, C. (1994). *La emigración española a América (siglos XIX y XX). Dimensión y características cuantitativas*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- VV.AA, suplemento «ejecución» de la Revista *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012 contribuciones de M.<sup>a</sup> R. BELINCHÓN ROMO, M.<sup>a</sup> P. GARCÍA ABURUZA y M. C. JUAN GÓMEZ.

## VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN 28 de marzo de 2005 (*RJ* 2005, 3481)
- RDGNR 11 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 1880)
- RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517)
- RDGRN 16 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 1665)
- STS 7 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2168)
- STS 15 de febrero de 1947 (*RJ* 1947, 150)
- STS 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 3)
- STS 11 de abril de 1953 (*RJ* 1953, 1262)
- STS 19 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956, 4116)
- STS 2 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 3782)
- STS 28 de enero de 1964 (*RJ* 1964, 392)
- STS 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 852)
- STS 27 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4759)
- STS 5 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3682)
- STS 24 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 117)
- STS 26 de abril de 1986 (*RJ* 1986, 2004)
- STS 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715)
- STS 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5689)
- STS 14 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2046)
- STS 29 de septiembre de 1989 *vid.* (*RJ* 1989, 6385)
- STS 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6921)
- STS 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196)
- STS 29 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8090)
- STS 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275)
- STS 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457)
- STS núm. 828/1993, de 2 de septiembre (*RJ* 1993, 6635)
- STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642)
- STS 30 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9124)
- STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356)
- STS 27 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446)
- STS núm. 64/1999, de 5 de febrero (*RJ* 1999, 749)
- STS núm. 896/1999, de 26 de octubre (*RJ* 1999, 8163)
- STS núm. 111/2000, de 15 de febrero (*RJ* 2000, 805)
- STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806)
- STS núm. 446/2000, de 18 de abril (*RJ* 2000, 2975)
- STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311)
- STS núm. 532/2002, de 21 de mayo (*RJ* 2002, 4455)
- STS núm. 563/2002, de 7 de junio (*RJ* 2002, 7929)
- STS 4 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9630)

- STS núm. 67/2003, de 7 de febrero (*RJ* 2003, 858)
- STS 2 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 3000)
- STS 18 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 5647)
- STS núm. 1143/2004 de 7 de diciembre (*RJ* 2004, 7872)
- STS núm. 90/2005 de 18 de febrero (*RJ* 2005, 1683)
- STS núm. 43/2006, de 27 de enero (*RJ* 2006, 422)
- STS núm. 747/2007, de 3 de julio (*RJ* 2007, 4676)
- STS núm. 1073/2008, de 13 de noviembre, (*RJ* 2008, 5916)
- STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.<sup>a</sup>) 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.<sup>a</sup>) 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3491)
- SAP Murcia, 2.<sup>a</sup>, núm. 162/2000, de 23 de mayo (*JUR* 2000, 180870) evidencia
- SAP Vizcaya, 4.<sup>a</sup>, núm. 291/2001, de 14 de marzo (*JUR* 2001, 284171)
- SAP Lleida, 2.<sup>a</sup>, núm. 446/2001, de 15 de octubre (*JUR* 2001, 330667)
- SAP Valencia, 7.<sup>a</sup>, núm. 199/2006, de 29 de marzo (*JUR* 2006, 228872)
- SAP Islas Baleares, 5.<sup>a</sup>, núm. 482/2004, de 30 de noviembre (*JUR* 2005, 68183)
- SAP Pontevedra, 3.<sup>a</sup>, núm. 298/2007, de 6 de julio (*JUR* 2007, 318596)
- SAP Granada, 3.<sup>a</sup>, núm. 249/2008, de 30 de mayo (*JUR* 2012, 136231)
- SAP León, 1.<sup>a</sup>, núm. 418/2009, de 29 de junio (*AC* 2009, 2196)
- SAP Cáceres, 1.<sup>a</sup>, núm. 481/2009, de 4 de noviembre (*AC* 2010, 594)
- SAP Asturias, 1.<sup>a</sup>, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387)
- SAP Ciudad Real, 2.<sup>a</sup>, núm. 50/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 156230)
- Auto Audiencia Provincial de Valencia, 7.<sup>a</sup>, núm. 135/2007, de 5 de junio (*JUR* 2007, 259595)
- Auto Audiencia Provincial Granada, 5.<sup>a</sup>, núm. 166/2008, de 11 de abril (*JUR* 2008, 332246)
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito)
- JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366).
- JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita).

## NOTAS

<sup>1</sup> Llamativo es el *slogan* de la Caixa y de sus servicios inmobiliarios Servihabitat «Ahora, el precio de la vivienda que quieras, lo propones tú». Se comenta incluso por sí misma la otra

campaña de la misma entidad «recomendar un amigo tiene premio», por la cual si llevas un amigo que compra un piso «te regalamos un ipad», en <http://www.servihabitat.com/mgm/es/>, fecha de consultación 10 de septiembre de 2012. En términos generales para una panorámica incluso premonitora del fenómeno se remite por todos a FERNÁNDEZ DURÁN, Ramón, *El tsunami urbanizador español y mundial sobre sus causas y repercusiones devastadoras, y la necesidad de prepararse para el previsible estallido de la burbuja inmobiliaria*, Virus Editorial, Barcelona, 2006.

<sup>2</sup> BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012 y sucesivas modificaciones.

<sup>3</sup> En general *vid.*, vgr. RODRIGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.<sup>a</sup> Ed. Actualizada y corregida, Bosch, 2011, pp. 367 y sigs., salvas las modificaciones en relación al artículo 298 RH también ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 9.<sup>a</sup> Ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 247 y sigs.

<sup>4</sup> Como ejemplo se aporta que el Grupo Bankia acumuló a su cartera 53.123 inmuebles por los impagos: artículo de *El País*, 25 de septiembre de 2012, p. 21.

<sup>5</sup> Por todos *vid.*, GÓMEZ GÓMEZ, M., *Inscripción declarativa o constitutiva, RCDI*, núm. 259, 1949, 787 y sigs., DE LA RICA Y ARENAL, R., *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, RCDI*, núm. 269, 1950, 625 y sigs.

<sup>6</sup> Por todos esquemáticamente *vid.*, ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *op. cit.*, Tomo II, vol. 2, pp. 7 y sigs.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ, G., *El principio de legalidad, RCDI*, núm. 32, 1927, 597 y sigs.; OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., *Reflexiones acerca del principio de legalidad, RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 481 y sigs., Visión panorámica reciente *vid.*, RODRÍGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.<sup>a</sup> ed. actualizada y corregida, Bosch, 2011, pp. 95 y sigs., ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *op. cit.*, tomo I, pp. 613 y sigs., y tomo II, vol. 1, pp. 73 y sigs.

<sup>8</sup> *Ex plurima vid.*, STS de 26 de abril de 1986 (*RJ* 1986, 2004), STS núm. 64/1999, de 5 de febrero (*RJ* 1999, 749), STS núm. 67/2003, de 7 de febrero (*RJ* 2003, 858).

<sup>9</sup> STS de 27 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4759), STS núm. 111/2000, de 15 de febrero (*RJ* 2000, 805).

<sup>10</sup> STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

<sup>11</sup> STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160) que fija la doctrina jurisprudencial de la STS núm. 446/2000, de 18 de abril (*RJ* 2000, 2975).

<sup>12</sup> Para una panorámica general *vid.*, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Las anotaciones preventivas, Revista Derecho Notarial*, núm. 44, 1964, 7-28; RAMÓS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona 1980; CABALLERO ESCRIBANO, C., «La anotación preventiva de la demanda», *AC*, núm. 3, 1991, 641-653, TORRALBA, SORIANO, V., *La anotación preventiva de demanda: Problemas planteados por su modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, coordinado por J. M. Abril Campoy, M. E. Amat Llari, Vol. 2, 2006, pp. 2365-2382.

<sup>13</sup> El diccionario de la Real Academia Española (cfr. XXII Ed.) identifica «indiano» como la persona «que vuelve rica de América».

<sup>14</sup> Incluso para apreciar los maravillosos fenómenos arquitectónicos, con particular referencia a Asturias vgr. *vid.*, CRUZ MORALES SARO, M., *Arquitectura de indios en Asturias*, Consejería de educación y Deporte, Principado de Asturias, 1987; BOJSTAD, A., MENCOS VALDÉS, E., *Indios. La Grande Aventura*, Antonio Machado Libros, Madrid, 2004; FERNÁNDEZ BRANA, M., LAVONA CAMPO, M., *Viaje en el tiempo: un recorrido por las casas de indios en Asturias (libro de fotografías sobre la arquitectura de las casonas de indios en Asturias)*, Editorial Nuevedoce, Gijón, 2008.

<sup>15</sup> Por lo que respecta a Asturias en concreto *vid.*, ANES ÁLVAREZ, R., *La emigración de Asturianos a América*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1993, pp. 91 y sigs. Por un estudio profundizado del fenómeno anterior a la gran emigración asturiana y que incluye el periodo 1750-1850, *vid.*, en FERNÁNDEZ ROMERO,

A. M.<sup>a</sup>, *La huella de los indianos en la documentación notarial*, Consejo de Comunidades Asturianas, 1989.

<sup>16</sup> Un importante estudio monográfico sobre la emigración asturiana, analizando los datos del Instituto Geográfico y Estadístico, muestra que, entre el periodo 1884 a 1985, es justo a inicio de siglo —entre los años 1905 y 1913— cuando el porcentaje de emigración asturiana a América toca su cumbre (como ejemplo: 1884, 1869 emigrados, 1912 15.808 emigrados, 1985 69 emigrados): cfr. ANES ÁLVAREZ, R., *op. cit.*, p. 32.

<sup>17</sup> *Vid.*, SAP Asturias, 1<sup>a</sup>, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387) que confirma, JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366). Las sentencias en su contenido confirman la JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita) que el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito) —estimando el recurso del demandado— haya formulado al Juzgado de primera instancia considerando que se debía llamar en juicio por parte del demandante también el banco puesto que por los intereses en juego se trata de un litisconsorcio pasivo necesario.

<sup>18</sup> En caso de emigrantes asturianos los destinos esencialmente son Uruguay, México, Argentina y Cuba. Estas últimas dos, Cuba y Argentina, son netamente los preferidos sumando entre ellos, para el periodo de 1886 a 1930, casi siempre más del 90% de los emigrantes *vid.*, ANES ÁLVAREZ, R., *op. cit.*, p. 119. Sobre los emigrantes españoles me remito a *vid.*, MALUQUER DE MONTES, J., *Nación e inmigración: los españoles en Cuba (SS. XIX y XX)*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1992. Por ejemplo piénsese que en Cuba en el año 1907 el porcentaje de inmigrantes españoles en la población empleada era del 19,7%: *op. ult. cit.*, p. 166. Para una visión más general y detallada también *Vid.*, YÁÑEZ GALLARDO, C., *La emigración española a América (siglos XIX y XX). Dimensión y características cuantitativas*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1994.

<sup>19</sup> Piénsese aún más justo hace unos pocos años, en la época del «boom» inmobiliario, en el que las fincas o los inmuebles asumen valores desproporcionados.

<sup>20</sup> La construcción fraudulenta del título no solamente puede constituirse mediante la forma del legado de herencia. Se podría constituir incluso alegando que el legado se ha concedido por acuerdo unánime por la totalidad de los titulares de las cuotas hereditarias. La enajenación de la cosa común exige el consentimiento de todos los titulares, por lo tanto, no se puede transmitir el dominio de la cosa común sin haber acreditado la existencia del pacto entre todos los coherederos [cfr. arts. 348, 397, 399 CC en relación con los artículos 1051 y 1068 CC, *Vid.*, vgr. STS de 27 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446) que extiende a la comunidad hereditaria el artículo 397 CC]. Así que por unanimidad *nemine discrepante* puede también repartirse la herencia prescindiendo incluso de las disposiciones testamentarias, creando una situación jurídica de plena validez y eficacia [cfr. STS de 7 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2168), STS de 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 3), STS de 28 de enero de 1964 (*RJ* 1964, 392), STS de 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 852), STS de 29 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8090), STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642)]. Se permite que todos los coherederos encuentren un acuerdo para enajenar con plena validez y eficacia un acto de disposición o de otra índole sobre los bienes que les pertenecen desde que sobrevino el fallecimiento de su causante [cfr. STS de 15 de febrero de 1947 (*RJ* 1947, 150), STS de 19 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956, 4116)], sin embargo en este caso a pesar de que pueda fácilmente obviar a evitar las peligrosas pruebas testificales de personas ya difuntas, la creación de este documento fraudulento peligrosamente iría en contra a aspectos inclusos penales en la falsificación de la documentación. Se deniega la inscripción al amparo del artículo 205 LH en caso de título adquirido por herencia en RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517); se admite en RDGRN de 28 de marzo 2005 (*RJ* 2005, 3481).

<sup>21</sup> Efectivamente solo con afirmar que se legan «las fincas que a la testadora le correspondan por herencia de sus padres» permite crear este requisito aunque la cuota hereditaria deberá todavía establecerse en concreto dado que la herencia todavía está indivisa.

<sup>22</sup> Efectivamente cualquiera de los perjudicados puede instar la ineficacia del contrato en beneficio de los comuneros: *Vid.*, STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806), STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356).

<sup>23</sup> Sobre procedencia de la declarativa y la legitimación registral en relación con el artículo 205 LH, *vid.*, STS de 14 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2046), STS de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1989, 2046).

<sup>24</sup> Se permitiría en este caso una acumulación de acciones a tenor de los artículos 71 y 72 LEC puesto que existe una única finalidad común, la restituir a la masa hereditaria un bien ilegítimamente sustraído.

<sup>25</sup> *Vid.*, también artículo 17.1 de la Ley del Notariado y artículos 233, 238 y 246 del Reglamento.

<sup>26</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.<sup>a</sup>) de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3491). Concretamente el Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España impugnó esta pretendida reglamentación dado que: a) «un reglamento notarial no puede regular materias registrales» b) «se contradice el artículo 205 LH al duplicar el requisitos de los edictos, cuando la inmatriculación y publicación de edictos es competencia exclusiva del Registrado». c) Además el artículo 210 RN «es contrario al artículo 298 RH, que prevé el acta de notoriedad complementaria como simultánea o posterior al título público y no solo posterior a él».

<sup>27</sup> Sobre el principio *superficies solo cedit* *Vid.*, *vgr.* GARRIDO PALMA, V. M., *¿Superficies solo cedit?* El principio de accesión y el principio de superficie *RDN*, 1969, 89 y sigs.; y más recientemente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Superficies solo cedit* un principio (natural) en crisis (económica) *RCDI*, núm. 728, 2011, 3063 y sigs.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., El automatismo en la accesión inmobiliaria *RCDI*, núm. 729, 2012, 43 y sigs.

<sup>28</sup> Esto se da en el caso concreto que he traído como ejemplo. Los compradores escrituran por 3000 euros frente a los 77.022 como indica el informe de valoración de conocimiento y valor de mercado. [SAP Asturias, 1.<sup>a</sup>, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387), JPI núm. 1 Piloña 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366), JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita)].

<sup>29</sup> STS de 2 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 3782), STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715), STS de 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275), STS núm. 896/1999, de 26 de octubre (*RJ* 1999, 8163).

<sup>30</sup> STS de 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275) apoyada por SAP Ciudad Real, 2.<sup>a</sup>, núm. 50/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 156230); Auto Audiencia Provincial Granada, 5.<sup>a</sup>, núm. 166/2008, de 11 de abril (*JUR* 2008, 332246); SAP Islas Baleares, 5.<sup>a</sup>, núm. 482/2004, de 30 de noviembre (*JUR* 2005, 68183), SAP Vizcaya, 4.<sup>a</sup>, núm. 291/2001, de 14 de marzo (*JUR* 2001, 284171). Definen expresamente como potestativo el derecho del propietario a tenor del artículo 361 CC también STS de 24 enero de 1986 (1986, 117), STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715). En relación con el artículo 361 CC y la mala fe del dueño del suelo es útil reniviar a SERRANO ALONSO, E., La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC *RDP*, 1981, pp. 129 y sigs.

<sup>31</sup> *Ex plurima* SSTS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, STS de 11 de abril de 1953 (*RJ* 1953, 1262); STS de 30 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9124), STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806) y sentencias que citan.

<sup>32</sup> *Ex plurima* STS de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6921), STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642), STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356).

<sup>33</sup> Aportando un caso en que la presentación de la demanda se realiza fuera del plazo se cita STS núm. 1073/2008, de 13 de noviembre, (*RJ* 2008, 5916) que resuelve la SAP León, 1.<sup>a</sup>, núm. 418/2009, de 29 de junio (AC 2009, 2196). El caso es muy interesante a pesar de que en este no se solicita la anotación preventiva de la demanda. En este supuesto la hipoteca se inscribió dentro de los dos años y el tribunal estima que se consolida la posición del tercer hipotecario al no haberse dirigido la demanda contra él dentro del plazo de dos años. Pero, se repite el supuesto de hecho es totalmente diferente a los que aquí se analizan. Sobre un supuesto que se decreta la nulidad del procedimiento fraudulento de inmatriculación por la

vía del artículo 205 LH, pero no interviene contextualmente la hipoteca *Vid.*, SAP Granada, 3.<sup>a</sup>, núm. 249/2008, de 30 de mayo (*JUR* 2012, 136231).

<sup>34</sup> Muy bajas son las posibilidades, en este caso que la hipoteca sí se haya constituido en el periodo anterior a la presentación de la demanda del efectivo titular extra registral y la inscripción efectiva en el registro de la anotación de la demanda esto por un lado porque la entidad bancaria suele inscribir la hipoteca en el plazo más corto y por otro porque la medida cautelar debe hacerse junto a la presentación de la demanda y no en una fase posterior del proceso (cfr. artículo 721 y sigs., en particular arts. 723.1 y 730.1 LEC).

<sup>35</sup> Esto se deduce del hecho de que el último epígrafe del artículo 298.4 RH a la hora de hablar de este aspecto diferencia entre «podrán» (en referencia a los posibles titulares del derecho sobre la finca) y «deberá» (en relación a la concesión de la anotación por parte del juez). Ahora bien la anotación preventiva se podría denegar por realizar una petición formulada sin claridad: Auto Audiencia Provincial de Valencia, 7.<sup>a</sup>, núm. 135/2007, de 5 de junio (*JUR* 2007, 259595).

<sup>36</sup> Digo prácticamente, dado que es difícil medir su efectiva aplicación. Al ser una disposición «negativa» si el registrador se negara a inscribir dicha hipoteca y el sujeto perjudicado no recurriera, la aplicación de la norma se verificaría pero sin poderse dejar rastro en ninguna resolución o sentencia.

<sup>37</sup> Artículo 4.2 RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Esta disposición esencialmente retoma el artículo 25.2 Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

<sup>38</sup> El legislador en la reforma del 2009 se preocupa en cambio de operar otro tipo de mejoras estilísticas del todo inútiles como la sustitución de «La inscripción de la finca hipotecada habrá de estar vigente», con el término «deberá estar vigente».

<sup>39</sup> La jurisprudencia es unánime en establecer que «la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles» *Vid.*, STS núm. 43/2006, de 27 de enero (*RJ* 2006, 422), STS de 2 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 3000), STS de 18 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 5647), STS de 4 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9630).

<sup>40</sup> Es esta la solución adoptada por el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito).

<sup>41</sup> STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

<sup>42</sup> STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160), STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311), STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

<sup>43</sup> STS, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083).

<sup>44</sup> Posteriormente a la reforma operada sobre el artículo 298 RH, se eliminaba el plazo de los tres meses dentro del cual necesariamente debía constarse a pena de cancelación dicha publicación. La versión del artículo 298 RH, anterior al RD 1867/98, de 4 de septiembre, preveía que «si no se preparara el edicto en el Registro dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción se cancelará de oficio por nota marginal» [sobre un caso de cancelación en relación a esta normativa *vgr.* SAP Cáceres, 1.<sup>a</sup>, núm. 481/2009, de 4 de noviembre (AC 2010, 594)]. La redacción del artículo 298.4 RH a tenor del RD 1867/1998 otorgaba

indudablemente una mayor seguridad del tráfico jurídico tutelando más el efectivo propietario registral dado que aplazaba el *dies a quo* hasta que no conste efectivamente en el registro la publicación de los edictos. Por ello la finalidad de la publicación de los edictos no es solamente la de «notificar a todos los que pudieran estar interesados» el conocimiento de la inscripción *ex artículo 205 LH*, sino de aplazar el *dies a quo* de la inscripción primaria a la efectiva constancia registral de la publicación de los edictos.

Computan el plazo desde la publicación de los edictos *vgr.* JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366), SAP Lleida, 2.<sup>a</sup>, núm. 446/2001, de 15 de octubre (*JUR* 2001, 330667). Con referencia al plazo *ex artículo 207 LH* en relación a la adquisición *ex artículo 34 LH*: *Vid.*, SÁNCHEZ CEBRÍAN, J., Suspensión temporal de la fe pública registral: cómputo del artículo 207 LH, *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, D 189.

<sup>45</sup> STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

<sup>46</sup> En este sentido la SAP Murcia, 2.<sup>a</sup>, núm. 162/2000, de 23 de mayo (*JUR* 2000, 180870) evidencia que a un aspecto positivo que es la «creencia de que la persona de quien recibió la finca de que se trate era dueña de ella y se podía trasmisitir el dominio», debe añadirse un aspecto negativo «el desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente».

<sup>47</sup> STS de 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5689), STS núm. 1143/2004 de 7 de diciembre (*RJ* 2004, 7872), STS núm. 90/2005, de 18 de febrero (*RJ* 2005, 1683) confirmado por SAP Valencia, 7.<sup>a</sup>, núm. 199/2006, de 29 de marzo (*JUR* 2006, 228872), SAP Pontevedra, 3.<sup>a</sup>, núm. 298/2007, de 6 de julio (*JUR* 2007, 318596) que estiman que no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. Sobre la falta de buena fe *vid.*, *vgr.* STS de 5 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3682). Ahora bien esta situación poco se concilia con la orientación de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la cual «las simples sospechas acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción» a efectos del art 205 LH como afirman *vgr.* la RDGRN de 11 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 1880), la RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517) y la RDGRN de 16 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 1665).

<sup>48</sup> STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

<sup>49</sup> Por el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* el juez no solo debe estimar incoado un proceso sustantivo y decidirlo en los términos planteados, sino se obliga también a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso tanto al inicio como a su resolución por el Juez, STS de 29 de septiembre de 1989 *vid.* (*RJ* 1989, 6385), en el mismo sentido *vgr.* STS núm. 532/2002, de 21 de mayo (*RJ* 2002, 4455), STS núm. 563/2002 de 7 de junio (*RJ* 2002, 7929). Ahora bien aunque pueden tomarse en consideración hechos posteriores cuando despliegan una eficacia complementaria o interpretativa para la integración del objeto del proceso [STS núm. 747/2007, de 3 de julio (*RJ* 2007, 4676)] no pueden alterarse los hechos fundamentales [STS núm. 828/1993, de 2 de septiembre (*RJ* 1993, 6635)]. Por todo ello el eventual procedimiento de ejecución hipotecaria no presente al momento de la presentación de la demanda dejaría plantear dudas.

<sup>50</sup> Este eventual problema pude darse en los dos casos analizados hasta ahora, en cambio no se daría en el caso que se analiza en el siguiente epígrafe dado que todas las demás inscripciones constan como posteriores al momento de la anotación de la demanda de reivindicación.

<sup>51</sup> Recuérdese que se están analizando casos en que la anotación preventiva, hipoteca y embargo se inscriben dentro de los dos años, es decir donde encuentra aplicación la posibilidad del recurso a tenor del artículo 298 RH.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado para su publicación el 20-2-2014)