

## 1.6. Responsabilidad civil

### *RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL POR NEGLIGENCIA EN SUBASTA: EL REQUISITO DE LA COMUNICACIÓN AL PROPIETARIO CONSIGNANTE, BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL E INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE EQUIVALENCIA DE RESULTADOS*

por

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT

*Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

y

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento  
de Derecho Civil de la UNED*

**SUMARIO:** I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS, SU RÉGIMEN JURÍDICO Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS.—II. LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CULPA CIVIL: 1. LA NATURALEZA PÚBLICA DEL FUNCIONARIO FEDANTE Y SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE ORIGEN LEGAL: LA STS DE 3 DE JULIO DE 1965, SIENDO PONENTE BONET RAMÓN, LA OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO Y LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LA NOTARÍA COMO COMPLEJO UNITARIO DE ACTIVIDAD: LA STS DE 6 DE JUNIO DE 2002. 3. STS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007, SIENDO PONENTE XIOL RÍOS Y LA CONCURRENCIA DE CULPAS Y FUNCIONES DEL NOTARIO COMO CONTRATO DE GESTIÓN: LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO PROFESIONAL CUALIFICADO EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y HABILITADO POR EL ESTADO PARA LA REALIZACIÓN PRIVADA DE FUNCIONES PÚBLICAS DE GARANTÍA, INVESTITO DE LAS NOTAS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN SU ACTUACIÓN DE FEDATARIO. 4. STS DE 6 DE ABRIL DE 2009: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO COMO RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN Y EL DAÑO.—III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO Y LA UNIDAD DE CULPA CIVIL: NEGLIGENCIA PROFESIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE UNA SUBASTA NOTARIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MARZO DE 2012, SIENDO PONENTE XIOL RÍOS.—IV. LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA EN SUBASTA NOTARIAL: LA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA COMO REQUISITOS DE LEGALIDAD: 1. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 1872 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA. 2. EL DERECHO DE REALIZACIÓN DEL VALOR DEL ACREEDOR PIGNORATICO: FACULTAD DIMANANTE DEL DERECHO REAL LIMITADO. 3. ELEMENTOS INTEGRADORES DEL CONTRATO DE PRENDA Y DE SUS FACULTADES: LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000. 4. LA SUBASTA PÚBLICA Y LA PRECEPTIVA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA: REQUISITOS DE LEGALIDAD INDISPONIBLES Y CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL. 5. NOTIFICACIÓN AL DEUDOR Y, EN SU CASO, AL DUEÑO DE LA PRENDA: REQUERIMIENTO NOTARIAL DE PAGO COMO MERA NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA NOTARIAL. 6. SUBASTA NOTARIAL Y APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE SUBASTA DE BIENES MUEBLES PARA LA REALIZACIÓN DE OBJETOS PIGNORADOS. 7. CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 8. LA STS DE 9 DE MARZO DE 2012 Y LA AUSENCIA DE CAUTELAS

PARA LA SUBASTA: NULIDAD DE SUBASTA POR INEXISTENCIA DEL DERECHO A RETENER Y A ENAJENAR LOS CONTENEDORES.—V. LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS O FALTA DE EFECTO ÚTIL DEL RECURSO: LA BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL: REFLEXIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS, SU RÉGIMEN JURÍDICO Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

Con la publicación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (1), veía la luz la primera norma codificadora de lo que fueran los antiguos escribanos. Si bien acogía parte de los principios históricos presentes en esta institución (2), al tiempo renovaba profundamente el sistema y organización notariales.

De forma concluyente y definitiva, la función notarial pasa a ser pública y extrajudicial por lo que, de conformidad a lo prescrito por el primero de sus artículos, «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios» (3).

En cuanto al desarrollo reglamentario de la Ley (4) y tras cinco redacciones derogadas, nace el actual y todavía vigente Reglamento Notarial (5) afectado, a su vez, por múltiples y sucesivas reformas (6) e, incluso, por los efectos apa-

---

(1) Gaceta de Madrid del jueves día 29 de mayo de 1862, núm. 149, año CCL.

(2) Tercera Partida, título 19, *De los escribanos*, Ley 1: Escribano tanto quiere decir como hombre que es sabedor de escribir, y hay dos maneras de ello: los unos, que escriben los privilegios y las cartas y las actas de la casa de las ventas y de las compras, y los pleitos y las posturas que los hombres ponen entre sí en las ciudades y en las villas. Y el provecho que nace de ellos es muy grande cuando hacen su oficio lealmente, pues se quitan los impedimentos y se acaban las cosas que son menester en el reino por ellos; y queda memoria de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan y en las cartas que hacen.

(3) Vid., sobre las antiguas clases de Escribanías, ESCRICHE Y GALINDO, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1847, pág. 27 y sigs. En cuanto a la literatura jurídica contemporánea, vid., las monografías siguientes: BONO Y HUERTA, *Historia del Derecho Notarial español*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1982, y por lo que se refiere al sistema de responsabilidad civil, PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial»; MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, págs. 823 a 884, y VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del Notariado*, Pamplona, 2008.

(4) Vid., Disposición General. Artículo 47, donde se apoderaba al Gobierno para dicha función ejecutiva.

(5) Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

(6) Por ejemplo, el artículo quinto sobre el acceso a la condición de Notario, ha sufrido las siguientes modificaciones: Se añade la letra g) por el artículo 1.3 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; se modifica por el artículo único del Real Decreto 862/2003, de 4 de julio; por el artículo 2 del Real Decreto 1728/1991, de 29 de noviembre; modificado por el artículo único del Real Decreto 950/1987, de 24 de julio; por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio; por el artículo 2 del Real Decreto 1126/1982, de 28 de mayo, y modificado el párrafo tercero por el artículo 1 del Decreto 173/1965, de 8 de febrero.

reajados de la anulación de varios de sus preceptos ordenada por el Tribunal Supremo (7).

El Reglamento subraya las especificidades de esta profesión pública, y el artículo segundo ratifica aún más sus rasgos característicos, por cuanto declara que: «los Notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

A renglón seguido, el artículo segundo añade sobre sus funciones que: «como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar» (8). De ahí que como después podremos contrastar, el Notario soporte un sistema de responsabilidad agravado a la vista de las cualidades que adornan la función notarial, resultando de aplicación esta diligencia reforzada, incluso, cuando asuma encomiendas relacionadas a la función notarial de la que es depositario.

En resumidas cuentas, se trata de una profesión pública a la que razonablemente cabe exigir una especial rectitud en sus actividades directa o indirectamente asociadas a su quehacer diario, toda vez que es un profesional del derecho dotado de autoridad pública.

---

(7) Por ejemplo, la STS de 20 de mayo de 2008 que afecta al artículo 145, STS de 9 de junio de 2008 al 166; o la cascada de SSTS que afectaron al artículo 340 sobre las competencias de una unidad prevista en el seno del Consejo, declarándose su nulidad en virtud de STS, de 14 de octubre de 2008, pronunciándose en idéntico sentido SSTS de 7 de octubre de 2008; de 14 de octubre de 2008; de 4 de noviembre de 2008 y de 11 de noviembre de 2008.

(8) Dice íntegramente el artículo primero, modificado por el artículo 1.1 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y redactado el párrafo primero conforme a la corrección de errores publicada en el *BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 2007: «El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan. Los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar. El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio. En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario. El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento. Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial».

Para dar cumplida cuenta de lo anterior y al margen de otras conductas tipificadas en otras normas como el Código Civil (9), el Reglamento extiende la responsabilidad civil a la dimanante de culpa, dolo e ignorancia inexcusable, residenciando en la Junta Directiva del Colegio Notarial un sistema arbitral ideado para resolver los conflictos que pudieren tener lugar entre perjudicados y notarios (10).

Y dice el tenor literal del artículo 146 del Reglamento Notarial, según la redacción dada por el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio: «El Notario *responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable*. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. A tales efectos, quien se crea perjudicado podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como resolución del conflicto» (11).

En buena lógica, se ratifican las anteriores consideraciones sobre la naturaleza de la responsabilidad del notario, que bien puede ser contractual o extracontractual, resultando de aplicación, en este último caso, las prescripciones del artículo 1902 del Código Civil.

Sobre los anteriores extremos, sentencia SANTOS BRIZ, que «la relación jurídica del Notario con su cliente es de naturaleza contractual, con las atenuaciones derivadas del ejercicio por el Notario de una función pública que le obliga a la

(9) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Revista de Derecho Notarial*, 1997.

(10) Al margen de la que ya preveía la propia Ley Orgánica en su artículo segundo, «el Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público ó particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en la responsabilidad á que diere lugar con arreglo á las leyes».

(11) La redacción previa del mencionado artículo 146, decía: «Cuando el acto o contrato deje de inscribirse por dolo, culpa o ignorancia inexcusable del Notario autorizante, subsanará este la falta extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuera posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria. Los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en la Notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana. Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá esta obtener por cualquier medio de prueba admitido en derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente. En tales casos, así como en los de error en la fe de conocimiento de las personas que intervengan en los documentos y en el de cualquier otro error u omisión no dolosos, imputable al Notario autorizante, no incurrirá este en responsabilidad si, haciendo la subsanación a su costa, repusiere el importe del perjuicio causado o lo afianzare hasta tanto que se esclarezca la existencia del vicio y su imputabilidad al Notario. A tal efecto, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, previa audiencia oral o escrita del Notario autorizante, señalará el importe del perjuicio, si lo considera evidente, o la cantidad a depositar como fianza hasta su esclarecimiento. Cuando se entable judicialmente reclamación contra un Notario en virtud de documentos autorizados por él, si la parte que se crea perjudicada acredita previamente haber cumplido lo dispuesto en el presente artículo, quedará exenta de la necesidad del acto de conciliación previsto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

prestación de su ministerio con carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida (...). Falta, pues, del lado del funcionario fedatario la autonomía contractual que presupone la libertad de contratar cuando quiera, ya que está obligado *ex lege* a ello. Pese a esta particularidad, el Notario se halla frente al particular en una relación contractual que puede calificarse, como la que vincula al abogado, de arrendamiento de servicios o de obra, según los casos, y en consecuencia la responsabilidad frente al cliente es de naturaleza también contractual. *En cambio, si se trata de un tercero que recibió un daño a consecuencia de la actuación notarial, la responsabilidad del funcionario, en su caso, será de carácter extracontractual y obtenida por aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Es la conducta negligente del Notario lo que entonces origina su responsabilidad, pudiendo exigir el resarcimiento no solo el titular actual de derechos subjetivos, sino el que meramente ostente una expectativa de derecho*» (12).

Y antes de abordar la doctrina y los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la responsabilidad civil notarial, hemos de tener presente la existencia de un seguro profesional determinado en el artículo 24. «El notario electo deberá obligatoriamente acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil a que se refiere el artículo siguiente y constituir la fianza, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Notariado, presentando en la Dirección General de los Registros y del Notariado los documentos justificativos de todo ello. Dicha obligación deberá cumplirse dentro del plazo de treinta días naturales, contados desde la publicación del nombramiento para una Notaría determinada en virtud de concurso ordinario en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Boletín o Diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente» (13).

Y el objeto de este seguro es el de «cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo. La Dirección General de los Registros y del Notariado, previa audiencia del Consejo General del Notariado, fijará las condiciones mínimas del seguro de responsabilidad civil. No obstante, el Consejo General del Notariado podrá solicitar justificadamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado que se modifiquen dichas condiciones. El Centro Directivo deberá pronunciarse expresamente en el plazo máximo de un mes sobre tal solicitud de modificación» (14).

Por su parte, la Junta Directiva del Colegio Notarial de Barcelona, da cuenta de los distintos supuestos en los que puede verse involucrado un Notario, en lo que será de aplicación el correspondiente seguro de responsabilidad civil notarial suscrito como tomador, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo Superior del Notariado. En particular, la mencionada

---

(12) SANTOS BRIZ, «Responsabilidad civil de los notarios», en *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001; «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil. Tomo XXIV. Artículos 1887 a 1929 del Código Civil. Título XVI. De las obligaciones que se contraen sin convenio. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*, Madrid, 1984.

(13) Modificado por el artículo 1.4 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio.

(14) Modificado por el artículo 1.5 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, siendo su anterior numeración el artículo 2.

Junta subraya la necesidad de extremar las cautelas en ciertos supuestos como suplantaciones de personalidad y falsificaciones varias (15).

Y con estos elementos críticos, corresponde examinar, más detenidamente, el contenido de los pronunciamientos del TS y la DGRN, toda vez que han clarificado el ámbito de responsabilidad de esta profesión pública y, una vez determinadas sus funciones y obligaciones, se ventilará la procedencia de un régimen de responsabilidad en el que su calificación como contractual o extracontractual, no resulta imprescindible a la vista del principio de unidad de culpa civil. Es decir, la responsabilidad podrá resultar del incumplimiento de un contrato, ostentar naturaleza extracontractual o ambas calificaciones a un tiempo, tal y como aprecia la STS de 5 de febrero de 2000.

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria es, evidentemente, distinta y autónoma de la que se acaba de apuntar. Y con los anteriores argumentos declara la RDGRN, de 1 de abril de 2004, que «hay que distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad disciplinaria. En cuanto a la *responsabilidad civil, la determinación de su existencia y alcance es materia encomendada a los Tribunales Ordinarios y absolutamente excluida de la competencia de la Dirección General*. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para iniciar un posible expediente de corrección disciplinaria contra el Notario autorizante es presupuesto lógico y necesario la previa declaración judicial acerca de la eventual nulidad o ineficacia de los actos y contratos formalizados en el documento público» (16).

## II. LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CULPA CIVIL

### 1. LA NATURALEZA PÚBLICA DEL FUNCIONARIO FEDANTE Y SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE ORIGEN LEGAL: LA STS DE 3 DE JULIO DE 1965, SIENDO PONENTE BONET RAMÓN, LA OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO

En esta sentencia se estima el recurso de casación, al apreciar el Tribunal que la demanda ha sido interpuesta fuera del plazo del año de prescripción aplicable a la responsabilidad civil de origen legal. Y ello pese a que, otorgada el día 5 de julio de 1956 la escritura pública de compraventa en la que el Notario

(15) Vid., JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA, «Seguro de responsabilidad civil de los notarios», en *La Notaría*, diciembre, 1990, pág. 1 y sigs.

(16) RDGRN de 22 de enero y de 1 de febrero de 1999: «La gestión o tramitación de los documentos no es una tarea inherente a la función notarial, si bien nada se opone a que el Notario la asuma. Resulta de hecho muy frecuente este encargo al Notario de los trámites posteriores y el cumplimiento de los diversos requisitos legales que deben cumplirse una vez otorgada una escritura pública. Ello constituye un importante servicio complementario, que puede resultar beneficioso para el cliente desde el momento en que puede confiar al Notario gestiones que debería hacer personalmente o procurarse de otro modo. En el caso de encargarse la gestión de la escritura al Notario autorizante, la relación entre el Notario y el interesado se regirán por las normas civiles que regulan el contrato celebrado (mandato, gestión de negocios ajenos sin mandato, arrendamiento de servicios, etc.), siendo por lo tanto meramente civiles y quedando fuera del ámbito de este Centro Directivo, salvo en lo que a la responsabilidad disciplinaria se refiere, si el Notario en su actuación hubiera incurrido en desmerecimiento de la función notarial».

demandado según la Audiencia, procedió con manifiesta negligencia profesional, no pudo practicarse la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad al haberse inscrito la venta de la finca, en escritura otorgada ante el mismo Notario, por el propio vendedor en la misma fecha.

Las consideraciones preliminares de la sentencia se refieren a la condición notarial por entonces vigente y «que según el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado hoy vigente, de 28 de mayo de 1862, “el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás extrajudiciales”, con lo que vino a ponerse fin a un estado de cosas en que el Notario ejercía una profesión no bien definida en la realidad jurídica a la sazón existente, pues aunque los Notarios expedían documentos que habían de ser admitidos por los Tribunales, en un grado de credibilidad superior a los de los particulares, es lo cierto que el oficio, una vez que había sido objeto de la enajenación por la Corona, era patrimonial, sujeto a las reglas y módulos del régimen de propiedad privada, mientras desde dicha Ley se reconoce la naturaleza pública del funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos sustraídos al poder público».

Y precisamente, como funcionario público asume ciertas atribuciones de esta naturaleza, de modo que «si en todas las funciones del Poder público es la responsabilidad una garantía de actuación jurídica correcta, su importancia en la institución de la fe pública ha de ser grande, ya que cada Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del Notario, no pudiendo traspasar el campo de acción que tiene señalado, esto es, debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio, no a aquellos que teniendo relación más o menos directa con el acto que se efectúa, son ajenos al mismo».

Sigue diciendo que «el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del Notario únicamente en cuanto refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurran todas las precauciones necesarias a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta, que aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del Notario en lo que constituye la sustancia del acto en que interpone su ministerio, *por lo que existiendo la correspondiente obligación, ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del Notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera*» (17).

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO Y LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LA NOTARÍA COMO COMPLEJO UNITARIO DE ACTIVIDAD: LA STS DE 6 DE JUNIO DE 2002

El Notario es responsable, asimismo, de hechos ajenos, en particular, de los que sucedan en la oficina notarial dada su condición de cabeza visible. Y

---

(17) Concluye con los siguientes términos: «teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1903 del Código Civil, le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2.º del artículo 1968 del propio Cuerpo Legal, con que concuerda el último inciso del número 3 del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957».



así, la resolución advierte que, «efectivamente, el Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma, se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 247 del Reglamento Hipotecario. Y de esa doble matriz, no hubo toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asumía normalmente por la Notaría. Y por no existir tal diligenciamiento en el Registro de la Propiedad, de los títulos originales es por lo que se pudo cancelar la hipoteca por impulso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante».

De modo que, cabe ventilar la responsabilidad civil del Notario como responsabilidad del empresario, por lo que se estima el recurso y se aplican sus elementos ordinarios, por cuanto advierte que al tratarse la Notaría de *«un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, este, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias»*. Y esas funciones deben alcanzar también a aquellas incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo exige, cuando es el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales. Pues tampoco se puede olvidar que el Notario, como director de la Notaría, está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad —la *accountability* anglosajona—, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma, y se ocasionen concretos perjuicios».

Por otra parte, si el criminal se sirve de la función notarial como canal para sus propósitos, procederá la responsabilidad civil dimanante del delito al autor o autores de la conducta punitiva, y en todo caso, será la vía civil y no la contencioso-administrativa, como ha señalado la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2012, la competente para ventilar los asuntos en que se insten acciones de resarcimiento por daños causados por la actividad profesional del Notario.

En el caso de autos la SAN tiene por objeto la reclamación patrimonial de los daños y perjuicios ocasionados por la escritura pública otorgada con poder falso, que es inscrita en el Registro de la Propiedad. En particular, impetra la condena y responsabilidad solidaria del Ministerio de Justicia y de las compañías aseguradoras del Notario y del Registrador de la Propiedad.

Y tras el análisis de los hechos alegados y el derecho aplicable, desestima la reclamación, en primer lugar, porque «en el caso no existiría el imprescindible requisito del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público. En este caso se ha producido una actuación delictiva de terceros que aparece como el principal y decisivo nexo de causalidad, de forma que la causa determinante del daño alegado reside en la conducta delictiva de los terceros



condenados penal y civilmente por la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya conducta criminosa absorbe cualquier posible anomalía que pudiera detectarse en la actuación profesional del Notario y del Registrador que intervinieron en la autorización e inscripción registral de la escritura de agosto de 2003, en cuya actuación no se advierte ningún incumplimiento notorio de los deberes profesionales que incumbían a uno y otro funcionario en sus respectivas parcelas, de tal modo que fueron los condenados penal y civilmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona los que se sirvieron de los servicios públicos para perfeccionar y consumir sus propósitos criminales con perjuicio de la parte demandante, sin que pueda aceptarse que fueron tales servicios públicos los que causaron el daño cuya indemnización pretende la actora pues tales servicios fueron más bien el medio de que se sirvieron los condenados en la sentencia de la Audiencia de Barcelona para consumir sus propósitos criminales».

3. STS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007, SIENDO PONENTE XIOL RÍOS Y LA CONCURRENCIA DE CULPAS Y FUNCIONES DEL NOTARIO COMO CONTRATO DE GESTIÓN: LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO PROFESIONAL CUALIFICADO EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y HABILITADO POR EL ESTADO PARA LA REALIZACIÓN PRIVADA DE FUNCIONES PÚBLICAS DE GARANTÍA, IN-  
VESTIDO DE LAS NOTAS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN SU ACTUACIÓN DE FEDATARIO

El supuesto de hecho de la causa reside en la no inscripción ante la ausencia de acreditación, por parte de la compareciente, del régimen matrimonial de separación de bienes a que decía estar sujeta, y en la falta de diligencia del Notario, que ni advirtió de las consecuencias de la falta de inscripción, como en la desidia evidenciada en el transcurso de hasta cinco años para retirar la escritura del Registro.

El primero de sus fundamentos jurídicos sistematiza cuáles son los hechos relevantes: «1. La actora adquirió una finca el 5 de octubre de 1990. El 4 de octubre de 1991 se otorgó escritura de compraventa ante el notario demandado. 2. El notario autorizante de la escritura de compraventa recibió el encargo de gestionar la escritura, liquidar los impuestos correspondientes y ultimar los trámites necesarios para la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. 3. A raíz de un juicio ejecutivo seguido al amparo de una póliza de préstamo suscrita por la vendedora, el 30 de noviembre de 1990, la finca fue adjudicada a un tercero el 12 de noviembre de 1996, con lo que la actora fue privada de su propiedad. 4. La escritura de compraventa había sido presentada a inscripción y liquidación en el Registro de la Propiedad el 7 de noviembre de 1991. La inscripción fue denegada ante la falta de aportación de capitulaciones matrimoniales, no se practicó anotación preventiva y no fue retirada hasta el 24 de diciembre de 1996. 5. En lo que aquí interesa, el Juzgado desestimó la demanda de responsabilidad civil dirigida contra el notario, fundándose en que en la escritura de compraventa se advertía a la compareciente que no acreditaba el extremo relativo al régimen matrimonial de separación de bienes a que decía estar sujeta y en que la misma tenía conocimiento de la necesidad de aportar el documento acreditativo del régimen matrimonial para inscribir la compraventa en el Registro de la Propiedad. Esta necesidad le fue comunicada por un tercero al conocer dicha circunstancia por la Notaría».

Si en primera instancia es desestimada la demanda, en apelación se revoca el anterior pronunciamiento y resulta condenado el Notario apreciándose también concurrencia de culpas con la demandante, al aplicarse la totalidad de los principios de la responsabilidad civil.

De modo que «la Audiencia condenó al notario demandado, rebajando la indemnización en un 50 por 100 por concurrencia de culpas con la de la demandante. 7. Se fundó en que: *a)* en la escritura pública de compraventa únicamente consta la advertencia de no acreditación del régimen económico matrimonial de la demandante, y la advertencia de la necesidad de su aportación, sin constancia de la información adicional asociada a la referida advertencia; *b)* únicamente se probó la existencia de requerimiento o requerimientos verbales a la demandada para aportación de documento acreditativo del régimen económico-matrimonial verificados indirectamente a través de personas ajenas a la Notaría con ocasión de comparecencias de la demandante en la inmobiliaria que intervino en la compraventa; *c)* existió falta de diligencia por el notario, que no se desvinculó en ningún momento del encargo, en la función de información y asesoramiento vinculada a la gestión de presentación a efectos de la inscripción en relación con el obstáculo existente tanto en el tiempo como en la forma y medios empleados como en el contenido de la información sobre las consecuencias jurídicas de la falta de inscripción; *d)* el personal de la Notaría incurrió en dilación en la retirada de la escritura (más de cinco años), lo que evidencia la desidia en el cumplimiento de la gestión».

Y en cuanto a la función notarial declara que «los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 de la Ley del Notariado). Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1.II del Reglamento de la Ley del Notariado: “son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho”). La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos y, parcialmente, en las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas. Cuando asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública (RDGRN de 16 de enero de 1996). Sus obligaciones se rigen, en este supuesto, por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable. El contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios. Estos contratos, entre otros aspectos, se caracterizan por la relación de confianza que rige la relación entre el comitente y el gestor. El alcance de las obligaciones del notario deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no solo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104 I CC)».

Por tanto, «entre estas circunstancias figura de modo destacado el hecho de que, cuando se encomiendan al notario funciones de gestión de escrituras públicas, no se le encarga la gestión como notario, es decir, como funcionario público, pero sí como profesional del Derecho en quien concurre la condición de notario. En expresión de la RDGRN, de 16 de enero de 1996, “la actividad de tramitación es una actividad extranotarial, en el sentido de que no forma parte de la función notarial, ni puede formar parte de ella”; sin embargo, “al llevarla a cabo, el Notario no está actuando, desde luego, ‘como Notario’, pero sí lo está haciendo ‘por ser Notario’”. La doctrina ha destacado que, dentro del respeto a la autonomía de los colegios profesionales del Notariado, no es posible deslindar

aquellas reglas que afectan a la faceta profesional del notario de las que se refieren estrictamente a su faceta funcionarial, ya que este binomio conforma la esencia de la figura y requiere un tratamiento unitario. El ejercicio de una función pública es el fundamento de una mayor exigencia en el ejercicio profesional relacionado con aquella, aunque los aspectos de esta que no son privativos del ejercicio de la profesión notarial no están reglamentados, sino únicamente sometidos a la regulación corporativa de naturaleza colegial».

Lo anterior determinará «en suma, que el *grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse en su actividad profesional al margen de su función instrumental*, pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen».

En síntesis, «la jurisprudencia, en consonancia con estos principios, ha declarado la existencia de responsabilidad del notario cuando, por sí o por sus dependientes, incumple o cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, entendiendo que incurre en responsabilidad el notario que omite una *escrupulosa* supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa *in vigilando* [en la vigilancia] o, en otros términos, que el notario debe responder de aquellas incidencias que tengan su origen en relación con el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella en aras de la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones, y con todos sus efectos, la escritura pública que ha encargado (SSTS de 6 de junio de 2002 y la 19 de junio de 2003)».

En este sentido y directamente relacionado con la innegociable adopción de las cautelas debidas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 3 de febrero de 2012, correlaciona diligencia y nexo causal, revoca la resolución desestimatoria de instancia y ampara la pretensión del actor instada contra un notario en reclamación de una indemnización por negligencia profesional, en idéntico sentido al Tribunal Supremo (18).

Dice así: «De todo ello se desprende que la autoría del acto está clara y no discutida; que todavía se desconoce quien compareció ante el notario para instar la rectificación del número del DNI frente al que constaba en cuatro anteriores escrituras públicas otorgadas por el mismo; que la subsanación no afectaba a un simple dígito o alteración en su orden o en la letra de identificación, sino que fue total; que ello *le ha supuesto al demandante problemas y molestias personales, así como un quebranto económico, sobre cuya cuantía a continuación se argumentará; y que entre la actuación inicial y el perjuicio existe una adecuada relación de*

---

(18) Vid. STS de 5 de febrero de 2000, sobre el otorgamiento de escritura de poder sin intervención del poderdante, cuya personalidad suplantó su hermano, y la STS de 2 de diciembre de 1998, sobre conocimiento personal de otorgante de una escritura de poder que suplantó a otra exhibiendo un DNI falso.

*causalidad. No cabe aducir que el notario fue a su vez víctima de un engaño propiciado por una trama fraudulenta o mediante la presentación de un documento de identidad falso, pues lo que civilmente se le reprocha es que se aviniera a rectificar o modificar el número de DNI que constaba en anteriores escrituras públicas en las que se debió cerciorar de la identidad del otorgante, sin en este último caso quedarse constancia de la persona compareciente, previa identificación a su alcance y sin que se exponga la razón fundada del cambio de numeración, a salvo del reconocimiento del error propio padecido supuestamente con anterioridad. Es por la ausencia de las cautelas en comprobación o consignación de los anteriores datos, por lo que se considera que existió actuar negligente que conduce a la estimación del motivo del recurso analizado» (19).*

4. STS DE 6 DE ABRIL DE 2009: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO COMO RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN Y EL DAÑO

De las distintas actuaciones del Notario, resulta también la diversa consideración de su responsabilidad que bien podrá calificarse de contractual cuanto extracontractual. En este sentido, ya se ha apuntado el consenso doctrinal y jurisprudencial reinante si se da el perjuicio de un tercero, de modo que en estos casos, la naturaleza de la obligación de resarcir ostenta la condición de extracontractual.

Y esta STS, de 6 de abril de 2009, tiene la virtud de caracterizar la conducta profesional del Notario actuante como negligente, de modo tal que si entre el daño y la acción u omisión concurra el debido nexo causal, procederá el resarcimiento del tercero perjudicado siempre y cuando exista daño o perjuicio.

Así dice: «A) Los motivos del recurso de casación plantean tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para la existencia de responsabilidad civil, a saber: a) la existencia de una conducta profesional negligente por parte de los demandados (motivos primero a quinto); b) la existencia de un daño resarcible (motivo séptimo); y c) la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo (motivo sexto). Como se verá seguidamente, sin necesidad de compartir las argumentaciones de la sentencia recurrida en relación con la falta de negligencia profesional, advertimos que, en la hipótesis favorable a la concurrencia de este elemento, no se daría la existencia de un daño resarcible y, aun si este existiese, faltaría el nexo de causalidad entre la conducta negligente de los demandados y ese daño, y, por consiguiente, hemos de concluir que no procede la exigencia de responsabilidad civil».

Sigue la sentencia declarando: «B) La demanda funda la responsabilidad patrimonial del notario y del registrador demandados en el hecho de haber autorizado e inscrito la segregación de una parte de la finca matriz gravada por una hipoteca cambiaria sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas el artículo 131.4.º LH, la cual no se arrastró a la porción segregada. Mantiene que así se causó un daño consistente en la alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en

(19) Así lo declaraba la STS de 11 de junio de 1988.

favor de los tenedores de las letras de cambio y, con ello, una disminución de la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca» (20).

«La sentencia recurrida niega la existencia de negligencia profesional fundándose en que, atendidas las circunstancias del caso y la posición de la doctrina y de

---

(20) La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia, fundándose, en síntesis, en que: «a) la responsabilidad exigida es de carácter extracontractual en cuanto al notario, por ser el dañado un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura pública y, en cuanto al registrador, por tener este carácter la relación jurídica entre el solicitante y el Registrador de la Propiedad; b) el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro, para lo cual la actora ha interpuesto demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación; y no puede exigirse responsabilidad profesional sin haber agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender una posición jurídica; c) para la exigencia de responsabilidad civil profesional del notario y del registrador no es suficiente una interpretación discutible de un precepto legal, sino que es necesario que se acredite la concurrencia de ignorancia o negligencia inexcusable, según los conocimientos que se presumen en dichos profesionales, que haya causado un perjuicio real y efectivo; d) la demanda se funda en que con la autorización de la escritura y con su inscripción se ha permitido una alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca como hipoteca cambiaria; pero esta afirmación carece de fundamento, pues: i) la calificación de la hipoteca como no cambiaria, en la que se fundaron el notario y el registrador para entender que bastaba el consentimiento del acreedor originario, tiene un sólido apoyo en las resoluciones de la DGRN, la cual, en resoluciones posteriores a la STS de 7 de junio de 1988, invocada por la parte actora, exige como requisito de la hipoteca cambiaria su constitución a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; ii) del FD primero de la STS, de 7 de junio de 1988, parece deducirse que la firma de la escritura y de las letras de cambio se hizo en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de las letras de cambio, expresión detallada de la garantía y constancia de que la hipoteca se constituía para asegurar el pago a la libradora; iii) la doctrina de la DGRN no cambió con la Resolución de 18 de diciembre de 1996, pues la Resolución de 31 de mayo de 2003 reproduce la doctrina de la Resolución de 14 de octubre de 1986; iv) en la escritura no se hace constar que la garantía se constituye a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; v) no se dice en la escritura que el notario haya hecho constar en las letras de cambio garantizadas los datos de fecha y notario que autorizaba la escritura de constitución (art. 154, último párrafo, LH); vi) este requisito no aparecía cumplimentado al presentar la escritura a calificación, sino en fecha posterior; por lo que el registrador no pudo calificarla como hipoteca cambiaria; vii) en suma, la publicidad registral, que deriva de la inscripción de la hipoteca, no podía indicar, en ningún caso, que la hipoteca inscrita fuera cambiaria; viii) la nota marginal sobre expedición de certificación de cargas no paraliza las facultades de disposición del deudor ni produce el cierre registral y en la nota marginal no constaba que el Banco Europeo de Finanzas ejercitase su derecho como tenedor de las letras de cambio, por lo cual la carga de la nota marginal no debía ser arrastrada a la finca segregada; e) aun admitiendo que se tratara de una hipoteca cambiaria, no ha existido perjuicio real y efectivo según los artículos 227 RH, 131.17.ª LH y 155.2 y 2 LH, pues: i) la actora no inscribió el auto por el que se aprueba remate de la finca a su favor, la cual hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, ni solicitó que se liberase mandamiento de cancelación en el procedimiento número 123/1993; ii) su pasividad no puede justificarse por el temor a quedar subrogada en el débito personal; iii) tampoco puede aceptarse la existencia de riesgo de prescripción de la acción, pues el plazo no comienza a correr sino al año de ser conocidos los perjuicios causados; f) de la exigencia de inutilización de las letras de cambio para la inscripción de la escritura de cancelación parcial de 10 de marzo de 1998 parece deducirse que los demandados habían considerado en aquella ocasión la hipoteca como cambiaria, pero esto no impide un cambio posterior de criterio jurídico».

la jurisprudencia, no era manifiestamente improcedente entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria, sino ordinaria, y por consiguiente bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada, pues la interpretación contraria no se ofrecía con carácter indiscutible. En los cinco primeros motivos de casación, la parte recurrente combate esta apreciación fundándose en la calificación de la hipoteca como cambiaria a tenor de la jurisprudencia, dadas las circunstancias en que se constituyó, y en el hecho de haberse desconocido la evidencia registral de la existencia de un interesado en la ejecución hipotecaria distinto del acreedor hipotecario, que únicamente podía serlo por cesión del crédito. *Las alegaciones de la parte recurrente son suficientes para abrir la discusión sobre la posible existencia de una negligencia por parte de los profesionales demandados, habida cuenta de que la anotación preventiva obrante en el Registro ponía de manifiesto la existencia de un tercero aparentemente legitimado para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria y, cuando menos, ofrecía dudas sobre el carácter cambiario o no de la hipoteca, para cuya cancelación parcial con anterioridad los mismos profesionales demandados, con distinto criterio jurídico según la sentencia recurrida, habían exigido la inutilización de las letras de cambio correspondientes. Sin embargo, como ha quedado dicho, no es menester resolver esta cuestión, habida cuenta de que, de estimarse la existencia de una negligencia profesional, faltaría el requisito de la existencia de un daño, y, en todo caso, el nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y ese daño».*

«C) La sentencia recurrida rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, pues sostiene que la parte recurrente, que tiene pendiente en el momento de iniciarse este proceso una demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación, no ha agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender su posición jurídica, y que el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro. Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible. La STS de 18 de mayo de 2006, declara, en efecto, en un supuesto de responsabilidad del registrador por indebida cancelación de una anotación preventiva de embargo, que «[e]l daño [...] se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral [...]».

Pese a la sentencia de contraste, el ponente reitera la falta de cumplimiento de los elementos necesarios y preceptivos para que pueda ser apreciada responsabilidad alguna.

Y en este sentido advierte que: «sin embargo, el supuesto examinado en este proceso no es comparable, pues en él no se ha producido la cancelación de la nota marginal de petición de certificación del artículo 131.4.º LH, sino que se ha autorizado la inscripción de una segregación que pudiera ser nula. En este caso la disminución de la garantía que pudiera originar la segregación de una parte de la finca hipotecada como libre de cargas sería susceptible de ser eliminada mediante la declaración de nulidad de la segregación y de la inscripción y su cancelación, que comportaría el reintegro de la totalidad del inmueble a su situación original, por lo que, como la sentencia recurrida acertadamente declara,



no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener aquellos pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción. Esta, en tanto no sea anulada, goza de la presunción de legitimidad. Solo así podrá advertirse si, como consecuencia de los efectos de la protección registral indebidamente prestada a un negocio nulo, la garantía hipotecaria puede haber resultado efectivamente disminuida. C) Finalmente, esta Sala no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del notario y del registrador; los cuales, respectivamente, autorizaron e inscribieron la segregación y el daño causado, en la hipótesis de que se admitiese su existencia».

Se detiene el Ponente en distintas consideraciones sobre el nexo causal ya que, a su juicio, «no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico, atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva. En el caso examinado se observa que *los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al notario y al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que pudieron haber incurrido*. Uno de estos criterios, en efecto, es el de la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Aplicando este criterio se advierte que se interfirió de manera relevante en el proceso causal del posible perjuicio la conducta de la actora. Esta, en primer término, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del registrador). Resulta evidente que, de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al Registro y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación llevada a cabo, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor. Esta inscripción, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librase mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la generación de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada, como la sentencia recurrida afirma, por el temor a quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo».

En suma, «la aplicación de este criterio lleva a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del notario y del registrador demandados no podía comprender los eventuales efectos dañosos derivados de la disminución de la garantía hipotecaria anudada a la autorización e inscripción de una segregación de parte de la finca hipotecada (que la parte recurrente ha impugnado como nula por no contar con su intervención), pues esa inscripción no hubiera podido practicarse si la parte afectada hubiera inscrito a su favor la titularidad del derecho hipotecario y la titularidad de la finca mediante los títulos de que respectivamente disponía».



### III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO Y LA UNIDAD DE CULPA CIVIL: NEGLIGENCIA PROFESIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE UNA SUBASTA NOTARIAL. LA STS DE 9 DE MARZO DE 2012, SIENDO PONENTE XIOI RÍOS

La resolución que se trae ahora a examen, tiene la doble cualidad de ventilar una subasta notarial de prenda —que en contadas ocasiones visita el alto Tribunal—, cuanto reiterar que al margen de la naturaleza imputable a la actuación profesional del notario, es de aplicación plena el principio de unidad de culpa civil.

Es el Ponente XIOI RÍOS el que elabora el siguiente resumen de antecedentes: «1. La entidad demandante interpuso demanda en la que ejercitó una acción de responsabilidad civil profesional contra los notarios demandados, a quienes atribuyó una actuación negligente que causó perjuicios a la demandante, por haber autorizado la subasta de unos contenedores propiedad de la demandante, posteriormente declarada nula en un proceso judicial. Las subastas notariales se celebraron en el año 2001. 2. Los notarios demandados se opusieron a la demanda. Negaron la existencia de negligencia y la relación de causalidad entre su actuación en la subasta y los daños reclamados. 3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Declaró determinante de la negligencia de los notarios el incumplimiento inexcusable por parte de los notarios de uno de los requisitos de la subasta, el consistente en la comunicación de la subasta a la propietaria de los contenedores [la demandante], dado que los notarios tenían a su disposición una relación de los contenedores con la identificación que en el BIC les asocia a la demandante, y este dato obligaba a los notarios demandados a efectuar la comunicación de la subasta a la propietaria, y declaró la existencia de relación de causalidad entre la actuación negligente de los notarios y los perjuicios reclamados, fijando la indemnización debida a la demandante. 4. La sentencia de primera instancia fue apelada por los notarios demandados y se impugnó por la demandante. En lo que interesa para el recurso, los notarios demandados plantearon en el recurso de apelación tres motivos: 1.º sobre la inexistencia de negligencia de los demandados, 2.º sobre la inexistencia de relación de causalidad entre la actuación de los demandados en las subastas de los contenedores y los perjuicios reclamados, y 3.º sobre la improcedente fijación del día final del cómputo del lucro cesante. 5. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la estimación parcial de la demanda. Declaró que: i) las cuestiones planteadas en el recurso de apelación como motivos 1.º y 3.º no fueron alegadas en el escrito de contestación a la demanda, por lo que son argumentaciones novedosas y extemporáneas que no deben examinarse en virtud del principio de preclusión de alegaciones y por aplicación del principio *pendente appellatione, nihil innovetur* [nada puede renovarse mientras está pendiente la apelación], y ii) se examina el motivo 2.º planteado en la apelación, que se desestima. Esta sentencia desestimó la impugnación de la sentencia de primera instancia formulada por la demandante inicialmente parte apelada. 6. La representación procesal de los demandados ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de segunda instancia, que ha sido admitido» (21).

(21) SAP de Navarra, de 13 de noviembre de 2001: Unidad de culpa civil: la responsabilidad civil extracontractual del Notario y contractual del abogado demandados: A juicio de la sentencia y con independencia de que pueda hablarse, desde la perspectiva de los actores «más propiamente dicho de responsabilidad contractual respecto del Letrado, y subsidiariamente de responsabilidad extracontractual, mientras que del notario más bien

#### IV. LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA EN SUBASTA NOTARIAL: LA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA COMO REQUISITOS DE LEGALIDAD

##### 1. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 1872 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA

Como decíamos al traer a colación la STS de 9 de marzo de 2012, ventila un asunto en el que tiene lugar la enajenación de una prenda, sin que el notario autorizante haya recabado los datos preceptivos para dicha ejecución.

En su virtud, procede, a renglón seguido, analizar este procedimiento escuetamente dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil, «el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio».

Este precepto contiene un procedimiento especial de realización aplicable a la prenda ordinaria (22) y que permite al acreedor, cuyo crédito no hubiese sido satisfecho, proceder a la enajenación de la prenda ante Notario y en pública subasta.

La realización notarial de la prenda que recoge nuestro Código Civil desde hace más de un siglo no tiene precedentes en nuestro Derecho Histórico. Las Partidas, vigentes en la materia hasta la entrada en vigor del Código Civil, no contenían referencia alguna a la subasta notarial, limitándose a disponer que la venta se hiciese en almoneda pública y previo requerimiento (23).

Idéntica previsión hacía el proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1775 determinaba que la enajenación se llevase a cabo en pública subasta, aclarando GARCÍA GOYENA que «la venta o adjudicación deben ser judiciales», para evitar posibles abusos en perjuicio de otros acreedores y del propio deudor. Sin embargo, ya se aprecia en este autor cierta preocupación ante la complejidad y el costo de la enajenación por vía judicial, aunque a la postre rechaza la posibilidad de excepciones y reclame que el proceso sea lo más simple y lo menos costoso posible.

Por tanto y sin antecedentes directos, el Código Civil introdujo la intervención del Notario en la enajenación, lo que permitía al acreedor insatisfecho optar por la realización de la prenda a través de un proceso judicial o bien por un procedimiento extrajudicial ante Notario, más rápido y sencillo pero no por ello exento de garantías. Esta posibilidad supuso en su momento, y todavía hoy,

---

nos moveríamos en el campo de esta última responsabilidad, la cuestión es ciertamente intrascendente, pues se han ejercitado ambas acciones, lo que viene siendo admitido por la jurisprudencia, con base en la llamada unidad de la culpa civil (STS de 1-2-1994, 28-6-1997, 15-6-1996 y 29-11-1994)».

(22) Queda expresamente excluida la ejecución de la prenda de valores cotizables, para cuya enajenación forzosa se remite en especial el precepto al régimen del Código de Comercio. Procede su aplicación a la prenda de cosas muebles y derechos reales mobiliarios, prenda de créditos y prenda sobre acciones no admitidas a negociación en un mercado secundario oficial.

(23) Vid. Leyes 41 y 42, título 13, part. 5.<sup>a</sup>

el reconocimiento de la idea de justicia privada, siempre y cuando se haga una escrupulosa observancia de los límites establecidos legalmente (24).

La intervención del Notario en el procedimiento no es de mera percepción, como parece indicar la expresión «por ante Notario», sino de control de la corrección y legalidad de la enajenación. El Notario no actúa como un mero testigo más o menos cualificado, pero tampoco lo hace en sustitución del Juez, al que corresponde en exclusiva la declaración de los derechos controvertidos y la ejecución forzosa de las obligaciones. Más bien la actuación notarial se encamina a velar por el normal y correcto ejercicio extrajudicial de una facultad inherente al derecho del acreedor prendario: el ejercicio del *ius distrahendi*. Su papel, en definitiva, consiste en cuidar de la legalidad del acto y evitar posibles abusos (25).

En consecuencia, la parquedad del artículo 1872 sobre la regulación del procedimiento notarial de realización, llega hasta el extremo de ser insuficiente en su regulación legal. Se limita a establecer que la subasta ha de ser pública y notarial, con citación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda, y que si la primera subasta resulta desierta, puede celebrarse una segunda, que si tampoco da resultado permite al acreedor adjudicarse la propiedad de la prenda dando carta de pago de la totalidad del crédito. Pero omite cuestiones tan importantes como el Notario competente para llevar a cabo la subasta, los requisitos y formalidades de la misma, la liquidez del derecho de crédito reclamado, el avalúo de los bienes o la distribución de responsabilidad en caso de pluralidad de cosas pignoras. Este vacío legal hay que llenarlo de algún modo. El Tribunal Supremo y la doctrina científica no se han ocupado excesivamente del tema, quizá porque hasta hace poco la prenda apenas se había utilizado como instrumento habitual de garantía, consecuencia lógica del escaso valor que en nuestro Derecho Histórico se atribuye a los bienes muebles y que se manifiesta en el viejo brocardo *res mobilis res vilis*. Sin embargo, en los últimos tiempos se observa cómo cada vez es más frecuente utilizar la prenda para asegurar obligaciones contractuales, sobre todo la prenda de depósitos bancarios, la prenda de acciones o valores no admitidos a cotización oficial, y la de participaciones sociales.

Ante esta situación parece necesario integrar su régimen legal, ya sea por la vía contractual en el momento de la constitución de la prenda (26), ya a través de la aplicación analógica de otras normas jurídicas. En su momento, la STS de 21 de noviembre de 2000, se decantó por la aplicación analógica al reconocer que ni en el artículo 1872 del Código Civil ni en ningún otro texto legal se establecen los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública ante notario, «por lo que

(24) Sobre procedimientos extrajudiciales y autoridad privada, LAVANDERA advierte que «los procedimientos extrajudiciales de la *manus injectio* y *pignoris capio* autorizaban a los acreedores para coger bienes en prenda de sus deudores hasta en su ausencia, persiguiendo la realización de su derecho y exponiéndose a daños serios cuando los empleaban indebidamente. Procedimiento de obrar en justicia con formas legales, iniciando vías de ejecución al sancionar los créditos, que de otro modo debía ser precedido de un verdadero proceso» («Procedimientos notariales», en *RDP*, 1919, pág. 74).

(25) En este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ ADRADOS y HUERTA TRÓLEZ (vid., respectivamente, «Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios», en *Escritos Jurídicos*, vol. IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 238; «Ejecución notarial de la prenda», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVIII, Madrid, pág. 146).

(26) En la práctica es usual que los intervinientes en un contrato de prenda lo lleven a efecto incluyendo ciertas estipulaciones, entre las que recoge la relativa al modo de realización de la prenda.

es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del artículo 1872 del Código Civil».

## 2. EL DERECHO DE REALIZACIÓN DEL VALOR DEL ACREEDOR PIGNORATICIO: FACULTAD DIMINANTE DEL DERECHO REAL LIMITADO

La facultad de realizar la prenda forma parte del contenido esencial e indispensable del derecho del acreedor pignoraticio y no necesita de intermediarios para efectuarla porque, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ejecutivo, ostenta su derecho desde el momento mismo de la constitución de la prenda para el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada.

En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercitar el *ius distrahendi* acudiendo al procedimiento que le brinda el Código Civil sin necesidad de proceso. Por tanto, nos encontramos ante un «procedimiento sin proceso» (27), en el que la oposición de los intereses en juego impone que la enajenación unilateral por parte del acreedor quede sujeta a unos requisitos mínimos: subasta pública, intervención notarial, citación al deudor y al dueño de la prenda; insuficientes a todas luces pero que nos sirven para poder afirmar que la facultad del acreedor de enajenar la prenda no es sustancialmente de naturaleza procesal, sino que se trata de una facultad inherente a su derecho subjetivo.

Como consecuencia de lo expuesto, no serán aplicables en principio a la subasta notarial del artículo 1872 del Código Civil las normas que sobre el procedimiento de apremio establece la LEC (28). Si la enajenación de la prenda no tiene naturaleza procesal, es evidente que no resultan adecuadas las disposiciones de esta Ley sobre avalúo, nombramiento de peritos, publicación, plazos, consignación, etc.

Por otro lado, si la realización de la prenda no es más que la manifestación del ejercicio normal del *ius distrahendi* como facultad del acreedor, ¿podrían las partes modificar o suprimir algunos de los requisitos del artículo 1872 del Código Civil? Entendemos que la naturaleza de los requisitos del artículo 1872 es imperativa. La intervención del Notario es imprescindible (29), ya que no solo garantiza los derechos de todos los interesados, sino que también ejerce un control de la legalidad del acto que no puede quedar al arbitrio de las partes ni mucho menos al de una de ellas, el acreedor. El requisito de la citación previa al deudor y al dueño de la prenda es esencial para evitar la indefensión del deudor o, en su caso, del dueño de la prenda; por lo que no puede excluirse ni modalizarse mediante pacto. Por último, tampoco es posible reducir a una el

---

(27) Vid. LAVANDERA, *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.

(28) Vid. artículos 634 y sigs. LEC 1/2000, y artículo 1481 y sigs. LEC de 1881.

(29) La LEC 1/2000, de 7 de enero, autoriza en su artículo 641 la realización por persona o entidad especializada y conecedora del mercado, y en quien concurren los requisitos legalmente establecidos para operar en el mercado de que se trate. Posibilidad que no consideramos trasladable a la realización extrajudicial de la prenda, ya que se exige la previa petición al tribunal, siendo este el que tras examinar que en la persona concurren los requisitos exigidos acordará la realización por dicha persona o entidad especializada. Mientras que en la enajenación extrajudicial, ¿quién examinaría la actitud de dicho sujeto, el acreedor o el deudor? No nos parece, pues, viable.

número de subastas, pues teniendo el acreedor la posibilidad de hacer suya la prenda dando carta de pago si la segunda subasta queda desierta, esta facultad tan cercana al comiso solamente se justifica después de haber agotado todos los medios posibles de realización del valor de la prenda.

En resumen: los requisitos del artículo 1872 del Código Civil son de derecho necesario y quedan excluidos del marco convencional. Al margen de ellos, la autonomía privada es muy amplia para colmar las lagunas de la ley (30). Distinguimos entre los requisitos del artículo 1872 —que son de derecho necesario— y la facultad concedida por dicho artículo que puede ser dispositiva. Es decir, las partes podrán pactar otro procedimiento de realización extrajudicial siempre que no contravenga normas imperativas. Pero una vez que ha optado por el procedimiento del artículo 1872, sus requisitos son de obligado cumplimiento. Así lo reconoce la STS de 26 de diciembre de 1995, al señalar que «el término “podrá” del artículo 1872 del Código Civil quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que el precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda (...) más en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del citado artículo 1872».

### 3. ELEMENTOS INTEGRADORES DEL CONTRATO DE PRENDA Y DE SUS FACULTADES: LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000

Lo ideal sería que el contrato de prenda regulara todas las circunstancias sobre las que no se pronuncia el Código Civil, pero de no hacerlo, ¿cómo colmar esas lagunas? Para completar e integrar el vacío legal, algunos autores se inclinan por la aplicación analógica de otras normas con carácter supletorio. Así, para MIRALLES GONZÁLEZ (31), el procedimiento del artículo 1872 se debe integrar con las normas del Reglamento Hipotecario sobre la ejecución extrajudicial de la hipoteca (arts. 234 a 236). Sin embargo, esta solución fue censurada por el Tribunal Supremo que en sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 declara la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Otros autores (32) entienden que en los extremos no contemplados en el Código Civil deben considerarse de aplicación supletoria las normas de la LEC sobre el procedimiento de apremio (33) (arts. 1.481 y sigs. LEC 1881, y a partir del 8 de enero de 2001 los arts. 634 y sigs. de la nueva LEC), o del de ejecución extra-

(30) Vid. HUERTA TRÓLEZ, *ob. cit.*, pág. 161.

(31) Vid. MIRALLES GONZÁLEZ, «Realización coactiva...», *ob. cit.*, pág. 52.

(32) Cfr. REGLERO CAMPOS, «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 1, *Garantías mobiliarias*, Madrid, 1996, pág. 453; y SALINAS ADELANTADO, *ob. cit.*, pág. 383.

(33) COLOM Y BENEITO, a principios del siglo XX, en 1901, recién promulgado el Código Civil, al interpretar el artículo 1872 entiende que sus lagunas hay que integrarlas con las disposiciones de la LEC, y dice que «las leyes se completan unas a otras, y además al Código Civil le incumbe solo fijar los principios generales del derecho; la manera práctica de realizarlos corresponde a la ley de procedimientos. En términos jurídicos, diríamos, es el Código una ley sustantiva que necesita de reglamentos, o sea, leyes adjetivas, que señalen el procedimiento que debe seguirse» (cfr. COLOM Y BENEITO, *Tratado del préstamo*, Madrid, 1901, pág. 177).

judicial de la hipoteca mobiliaria (arts. 86 a 88 LHMPD), pero no las relativas a la ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento de la posesión en cuanto que su normativa se remite al propio artículo 1872 del Código Civil (34).

Todas estas soluciones —salvo la remisión a las normas del Reglamento Hipotecario sobre ejecución extrajudicial de la hipoteca por las razones antes indicadas— podrán servirnos para la integración del artículo 1872 del Código Civil, pero con la siguiente salvedad: es cierto que las disposiciones vigentes para otros procedimientos extrajudiciales de ejecución e incluso las de la nueva LEC (arts. 681 a 698) pueden servir de pauta para seguir sus criterios y adoptar sus soluciones, pero eso es distinto de predicar una aplicación supletoria que las convertiría en normas imperativamente aplicables en defecto de pactos contractuales. Por ello, entendemos que el verdadero elemento integrador del artículo 1872 del Código Civil lo constituye la «voluntad de las partes» contenida en el contrato de prenda. Siempre prevalecerá lo establecido por las partes, quienes pueden trasladar el régimen de cualquiera de los procedimientos extrajudiciales de realización a la prenda por remisión o por reproducción atemperada de ese régimen en su título constitutivo.

A falta de pactos contractuales sobre la realización, consideramos que hay que atenerse, en primer lugar, a los requisitos imperativos del artículo 1872 del Código Civil, aplicando en lo no previsto las normas de la legislación notarial (en concreto del Reglamento Notarial) reguladoras del instrumento público (35) —actas notariales y escrituras—, así como las de la nueva LEC, reguladoras de «Las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», —arts. 681 a 698, que en última instancia remiten a los arts. 634 y siguientes que contienen las disposiciones generales para la realización de los bienes embargados—. Todo ello, sin perjuicio que el Notario pueda inspirarse y tomar como elemento de referencia algunas de las disposiciones de los procedimientos extrajudiciales de realización existentes en nuestro ordenamiento, como es el caso del procedimiento previsto en el antiguo artículo 14 de la Ley catalana de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, y actual 569.8 y siguientes del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.

#### 4. LA SUBASTA PÚBLICA Y LA PRECEPTIVA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA: REQUISITOS DE LEGALIDAD INDISPONIBLES Y CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL

La realización extrajudicial de la prenda habrá de efectuarse «por ante Notario», en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda, en su caso. Estos son los únicos requisitos de legalidad exigidos por el artículo 1872 y que, como antes hemos señalado, no pueden alterarse por pacto entre las partes.

---

(34) El artículo 94.4 LHMPD dispone que «si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de estos en la forma prevenida en el artículo 1872 del Código Civil».

(35) El Reglamento Notarial no regula expresamente el acta de subasta, por lo que habrá que acudir a los preceptos generales sobre actas y en especial a las de presencia, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de agosto de 1995, «las subastas públicas y notariales no están especialmente reguladas en el Reglamento, por lo que habrá que atender a los preceptos generales sobre actas y en especial a las de presencia, con arreglo a las cuales el notario deberá consignar los hechos y circunstancias que presencie relativos al acto de que se trate, así como los hechos e incidencias ocurridas que puedan ser productores de efectos jurídicos».

Al Notario le corresponde la garantía y control de la legalidad del acto y siendo su competencia «exclusiva», serán nulas las enajenaciones efectuadas si se prescinde de su intervención (36). Esto es así porque el artículo 1872 confiere al Notario de manera expresa y exclusiva esta potestad y porque la autorización de actas y la realización de notificaciones son funciones exclusivas del Notario; criterio seguido en su momento por la Ley catalana de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble al disponer en su artículo 14 que la enajenación del objeto pignorado podrá efectuarse por «subasta pública notarial».

El procedimiento deberá llevarse a cabo por notario hábil para actuar en el lugar pactado para la celebración de la subasta, y, en defecto de pacto, HUERTA TRÓLEZ (37) entiende que rige el principio de libre elección del Notario; de modo que es competente el del domicilio del deudor; el del lugar en que se hallen las cosas pignoradas y cualquier otro que guarde relación o conexión razonable con los sujetos o el objeto de la prenda, como puede ser el del domicilio de la sociedad en el supuesto de prenda sobre acciones o participaciones sociales, o incluso el señalado como lugar de pago o cumplimiento de la obligación garantizada.

El legitimado para iniciar el procedimiento es el acreedor pignoraticio a quien no se le hubiere satisfecho su crédito (38), quien no necesita requerir previamente de pago al deudor, pues puede instarlo a partir del momento en que la obligación esté vencida (39), siendo indiferente en principio que la prenda esté constituida en documento público o privado, ya que no se establece forma documental alguna como requisito de validez —salvo en la prenda de participaciones sociales—, exigiendo el artículo 1865 del Código Civil solo que la certeza de la fecha conste por instrumento público para que surta efectos frente a terceros.

Pero en la práctica, si la prenda no consta en documento público, el deudor o dueño de la prenda, una vez notificado, podría aplicar la falsedad o inexistencia del documento constitutivo; además la ausencia de instrumento público podría perjudicar a la persona que adquiriera en subasta la cosa pignorada, ya que pueden existir otros acreedores del deudor con derecho preferente respecto de los cuales la prenda no sería eficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 1865 del Código Civil. Por todo ello, dado el cuantioso número de problemas

(36) Téngase en cuenta que tras la controvertida unificación de funciones de notarios y corredores de comercio, estos últimos tendrán también competencia funcional en esta materia. Vid. Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que prevé en su Disposición Adicional vigésimo cuarta la integración en un solo cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados. El Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, tenía por objeto la adopción de las medidas estrictamente necesarias y de carácter urgente para la efectividad de la integración de dichos cuerpos, y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de septiembre de 2000, cuya finalidad es abordar las cuestiones prácticas que surgen por razón de la integración de ambos cuerpos, proporcionando un criterio uniforme y acorde con la legalidad vigente en todo el territorio nacional.

(37) HUERTA TRÓLEZ, *ob. cit.*, pág. 164.

(38) En cuanto a la prescripción de la acción para instar el procedimiento del artículo 1872 del Código Civil, al no tener señalado plazo especial, será de aplicación el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil con independencia del plazo de prescripción de la acción para exigir la obligación garantizada (vid. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV, 2.º, Madrid, 1994, págs. 209 y sigs.).

(39) En nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, el acreedor no está obligado a instar la venta llegado el vencimiento de la obligación, por lo que no es exacto estimar que aquel puede incurrir en mora (vid. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, pág. 461).



que puede plantear no parece aconsejable la enajenación notarial de la prenda que no conste en documento público.

5. NOTIFICACIÓN AL DEUDOR Y, EN SU CASO, AL DUEÑO DE LA PRENDA: REQUERIMIENTO NOTARIAL DE PAGO COMO MERA NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA NOTARIAL

La citación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda si es persona distinta, tiene como finalidad ponerles en conocimiento de la venta instada y que puedan actuar como estimen conveniente en defensa de sus intereses (40), sin que se trate de un requerimiento de pago. No obstante, hemos de señalar que en la práctica notarial es habitual y nada impide que la notificación al deudor del inicio del procedimiento tenga también el valor de requerimiento de pago a los efectos de su posible constitución en mora. La citación debe de hacerse de un modo cierto, ya ante testigos o recogiendo la firma de los citados; pero lo más seguro es efectuarla por acta notarial (41), en el domicilio pactado y en ausencia de pacto en el que figure como domicilio del deudor y del pignorante. En defecto de domicilio efectivo, la citación se verificará mediante edicto en el Boletín Oficial del Estado (42).

El contenido de la citación es el de una mera notificación de la existencia del procedimiento y, por tanto, de la subasta, señalando el lugar, día y hora de su celebración. Durante el periodo que media entre las citaciones y el momento de la subasta, el deudor o dueño de la prenda puede: no hacer nada, en cuyo caso transcurrido el plazo se procederá a la subasta; pagar el crédito, extinguiéndose la prenda (43); u oponerse a la celebración del procedimiento interponiendo las excepciones personales o reales que considere procedentes. Adicionalmente, cabe excepcionar: el deudor propietario, el propietario dador no deudor e incluso el propietario no deudor ni dador, oponiendo y demostrando su derecho, ya que este último, si no acciona en este momento paralizando la ejecución, perderá la posibilidad de hacerlo con éxito en el futuro.

Por el hecho de ser subasta pública y cosa mueble, la adjudicación o venta que se produzca devendrá irrevocable (cfr. art. 464.2 CC). El deudor puede alegar la subsistencia y exigibilidad del crédito y el propietario de la prenda, además, cualquier excepción relativa a la misma o al crédito garantizado. Es evidente que el sujeto adecuado para apreciar las excepciones, ya sean personales o reales,

---

(40) En otros ordenamientos también se exige esta citación. Así, el parágrafo 1234 BGB: «El acreedor prendario ha de conminar al propietario con la venta de antemano y señalar en ello la suma de dinero en cuya virtud debe tener lugar la venta. La conminación solo puede realizarse después de la producción de la autorización de venta; puede omitirse si es irrealizable. La venta no puede realizarse antes del transcurso de un mes después de la conminación. Si la conminación es irrealizable, se computa el mes desde la producción de la autorización de venta».

(41) Vid. COLOM Y BENEITO, *ob. cit.*, pág. 177.

(42) Vid. artículos 202 y sigs. del Reglamento Notarial, relativos a las actas de notificación y requerimiento.

(43) Para que este efecto se produzca es preciso que se acredite ante el notario el hecho del pago, ya sea por reconocimiento del acreedor, ya por consignación efectuada en la forma establecida por el artículo 1178 del Código Civil. El depósito notarial solo servirá como ofrecimiento de pago, pero carece de valor solutorio.

no es el notario ya que carece de *imperium* y de facultades jurisdiccionales para resolverlas, por lo que estas solo podrán ser apreciadas judicialmente (44).

En cuanto al momento para efectuar el pago o, en su caso, la oposición, será el que medie entre la citación y la subasta. ¿Pero cuál es su duración? Ante el silencio del Código Civil, de nuevo es preciso acudir a la integración analógica: para SALINAS (45) será el mínimo de cinco días hábiles y máximo de quince que establecía el artículo 14.4 de la Ley catalana de Garantías Posesorias; para MIRALLES (46) es aplicable el plazo de treinta días que establece el artículo 235 RH para el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Pero por las razones antes indicadas de inconstitucionalidad de este artículo, nos parece más conveniente acudir al plazo igualmente de treinta días desde las notificaciones que establece la nueva LEC para el procedimiento de ejecución de bienes pignorados o hipotecados (art. 691).

En caso de oposición se suspenderá el procedimiento de realización notarial, pero lo que no está tan claro es la clase de oposición que debe producirla. La Ley catalana sí prevé la oposición judicial como causa para interrumpir el procedimiento, pero no aclara que debe entenderse por tal. Esta incógnita nos la despeja la LEC 1/2000, de 7 de enero, que permite al deudor formular oposición, por motivos tasados, pudiéndose distinguir entre:

- Motivos procesales o formales (art. 562).
- Motivos de fondo (art. 695).

Estos últimos son los que a nosotros nos interesan, en cuanto podrían aplicarse por analogía al procedimiento que estamos estudiando, y son los siguientes:

- 1.º Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación expresiva de la cancelación de la prenda sin desplazamiento o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.
- 2.º Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado.
- 3.º Si fueren bienes muebles sujetos a prenda sin desplazamiento, podrá alegarse la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o embargo, si estuvieren inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

Estas causas de oposición suspenden la ejecución. Por tanto, procederá la suspensión de la realización notarial de la prenda si el deudor o el dueño de la cosa pignorada acreditan al Notario haber entablado demanda en juicio declarativo por alguno de los motivos señalados; y la interrupción cesará, continuando el procedimiento, cuando recaiga sentencia firme desestimatoria.

(44) Cfr. MIRALLES GONZÁLEZ, «Realización coactiva...», *ob. cit.*, pág. 52.

(45) SALINAS ADELANTADO, «El régimen jurídico de valores negociables», *ob. cit.*, pág. 384.

(46) MIRALLES GONZÁLEZ, *ibidem*, pág. 52.

6. SUBASTA NOTARIAL Y APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE SUBASTA DE BIENES MUEBLES PARA LA REALIZACIÓN DE OBJETOS PIGNORADOS

Convocada la subasta, el sujeto legitimado para realizarla es el acreedor pignoraticio y ello en virtud del derecho que le otorga el artículo 1872 del Código Civil. La subasta ha de ser pública, lo que implica, en primer lugar, que cualquier persona puede concurrir como licitador, incluido el propio acreedor (47) y el dueño de la cosa pignorada si es persona distinta del deudor. Y en segundo lugar, que la subasta debe ser publicada de forma suficiente para que todos tengan conocimiento de ella y puedan obtener el máximo precio posible.

Ante la parquedad de la regulación del Código Civil hemos de acudir nuevamente a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, siendo aplicables, en nuestra opinión, las normas generales de la subasta de bienes muebles para la realización de objetos pignorados (art. 694 en relación con los arts. 645 y sigs. LEC) y que resumimos a continuación:

- A toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar: publicación en el Boletín Oficial de la Provincia o en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia donde tenga lugar la subasta.
- El edicto deberá contener pliego con todas las condiciones de la subasta, generales y particulares, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la misma (cfr. art. 646 LEC). En concreto, descripción suficiente del objeto de la subasta, día, hora y lugar de la celebración, tipo que sirva de base a la misma, así como las condiciones para la celebración de la segunda subasta en caso de resultar desierta la primera.
- El valor de los bienes para la subasta será el fijado en la escritura o póliza de constitución de la prenda, y si no se hubiese señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas.

En definitiva, las partes en la escritura de constitución de la prenda pueden establecer una cantidad fija que sirva de tipo en la subasta, un sistema de tasación previo, o bien que las subastas se celebren sin sujeción a tipo. A falta de pacto, aplicaremos el artículo 694 de la nueva LEC, sustituyendo la referencia a las costas por cualquier otro gasto que haya tenido el acreedor. Fracasada la primera subasta puede realizarse una segunda con iguales formalidades, siendo su celebración potestativa del acreedor, el cuál puede instarla o dar por concluido el procedimiento. En cambio, la segunda es requisito necesario para que el acreedor pueda hacer suya la prenda dando carta de pago de la totalidad de su

---

(47) En el Derecho español no está prohibida la concurrencia del acreedor pignoraticio a la subasta de la prenda en iguales condiciones que cualquier otro licitador, y en el caso de concurrir y ser adjudicatario como mejor o único postor no está obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. En cuanto al pacto autorizando al acreedor con prenda a concurrir a la subasta de esta en iguales condiciones que cualquier otro postor, MARTÍNEZ RUIZ reconoce que en nuestro Código Civil no hay precepto permisivo ni prohibitivo, lo que puede atribuirse «a no haber creído el legislador que fuera preciso conceder expresamente lo que no hay motivo alguno para negar» [vid., AGUILAR, «Sobre el artículo 1872 del Código Civil». Nota bibliográfica de la publicación de los señores ROSALES y LAVEDAN acerca de los dictámenes de VALVERDE, DE DIEGO y MARTÍNEZ RUIZ sobre el artículo 1872 del Código Civil, en *RDP*, tomo XIII (enero-diciembre), 1926, págs. 378 a 379].

crédito (cfr. art. 1872.1 *in fine* CC), pues como señaló la STS de 6 de febrero de 1931, la celebración de dos subastas es imprescindible para que proceda esta solución (48).

## 7. CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Celebrada la segunda subasta, concluirá el procedimiento con alguno de los siguientes resultados:

- 1.º Adquisición del objeto pignorado por alguno de los licitadores, incluso por el propio acreedor.
- 2.º Adjudicación al acreedor.
- 3.º Imposibilidad de la enajenación por falta de licitadores y por no convenirle la licitación al acreedor.

En el primer caso, no siendo el acreedor el adjudicatario de la cosa pignorada, se cobrará su crédito del importe más los intereses si fueron pactados y las expensas previstas en el artículo 1867 del Código Civil, entregándose el remanente si existiera, al constituyente de la prenda. Si el rematante fuera el acreedor, deberá abonar la parte del precio que exceda de las cantidades que se le deben. Si resultara ser la cantidad por la que se le adjudica la cosa inferior a las cantidades que se le adeudan, conservará una acción personal por la diferencia (49).

No existiendo licitadores, es decir, quedando desiertas las subastas preceptivas, el acreedor está facultado para adjudicarse la prenda y hacerse dueño de la misma con la obligación de dar carta de pago por la totalidad de su crédito (50). Por último, si la subasta se declara desierta y el acreedor no se adjudica la cosa, la prenda seguirá viva pudiendo el acreedor pignoraticio ejercitar la acción personal que le corresponda para cobrar su crédito.

---

(48) STS de 6 de febrero de 1931, en la que se declara que «este artículo si bien autoriza al acreedor para hacerse dueño de la prenda con obligación de dar carta de pago de la totalidad de su crédito, exige, para que así ocurra, que antes se haya procedido a la enajenación de la misma ante Notario, que había de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de aquella en su caso, otorgándole la referida facultad cuando hubiera sido celebrada por dos veces sin resultado, precepto que si constituye derecho concedido al acreedor, es también garantía del deudor que no puede perderla por la sola voluntad de aquel (...)».

(49) Vid. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, pág. 462; y MIRALLES GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 342, quien prevé la posibilidad de la adjudicación de la cosa pignorada por el deudor no propietario, esto es, el pignorante, en base a que no está prohibido en nuestra legislación, es más, el artículo 235 RH parece que admite la posibilidad de que mejore postura. Pero concluye negando dicha posibilidad porque con ello se infringiría un principio básico de las relaciones jurídicas: el de la buena fe. Además, se abusaría de una prerrogativa a la participación libre en las subastas públicas que no está pensada para el fraude.

(50) Obsérvese que en este supuesto no se produce una adquisición sino una adjudicación, siendo la Ley la que produce el efecto de hacer dueño de la cosa al acreedor y no la voluntad de las partes, como sucede en el pacto comisorio. Además, el artículo 1872 supone una excepción a lo previsto en el artículo 1175 que en caso de cesión a los acreedores libera solo por el importe líquido de los bienes.

8. LA STS DE 9 DE MARZO DE 2012 Y LA AUSENCIA DE CAUTELAS PARA LA SUBASTA: NULIDAD DE SUBASTA POR INEXISTENCIA DEL DERECHO A RETENER Y A ENAJENAR LOS CONTENEDORES

En el caso ventilado y expuesto en el epígrafe precedente, la sentencia afirma: «debe concluirse que los demandados, al autorizar las subastas no actuaron con la diligencia exigible, por los siguientes razonamientos: 1. El artículo 1872.I del Código Civil impone la notificación de la enajenación de la prenda al dueño de la prenda “en su caso”. La locución “en su caso” significa que este requisito deberá cumplirse cuando la prenda sea de la propiedad de persona distinta a la del deudor. El cumplimiento de este requisito no es disponible para el acreedor pignoraticio, por lo que, razonablemente considerado, debía ser controlado por los notarios actuantes a través de la comprobación de la documentación aportada por el requirente de la subasta o recabando de este los datos necesarios para su control. De otra forma, los notarios actuantes no podían asegurar la regularidad formal de la enajenación. 2. Del examen de las actas de las subastas —aportadas como documentos de la demanda, que han quedado transcritas en lo necesario en el antecedente de hecho octavo de esta sentencia— resulta que: i) no consta que los demandados recabaran del requirente de las subastas información sobre la titularidad dominical de los contenedores, y ii) no consta que el requirente de las subastas manifestara que los contenedores eran propiedad del deudor. 3. De los documentos presentados ante las notarías por el requirente de las subastas, para solicitar su celebración, incorporados a las actas notariales, resulta que: i) consta la carta, redactada y suscrita por el requirente de las subastas y remitida desde las notarias a la deudora para la comunicación de la enajenación, en la que se alude a los contenedores “adscritos” a la línea marítima propiedad de la deudora, y ii) en el pliego de condiciones de la subasta, redactado por el requirente de las subastas con arreglo al cual los notarios debían autorizar las subastas, consta, como una de las condiciones de la misma, que el remanente del precio de la subasta —después del cobro del acreedor y del pago de los gastos— quedaría a disposición del “legítimo titular” de los contenedores. Estos elementos permitían deducir —o generar la duda suficiente— que el dueño de los contenedores no era la compañía deudora. En consecuencia, la irregularidad que finalmente se produjo era previsible para los notarios actuantes, puesto que está en la diligencia que les es exigible examinar la documentación aportada por el requirente de las subastas, ya que solo de ese modo puede asegurarse la regularidad formal de las mismas, especialmente cuando —como es el caso— el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de los contenedores efectuada por el requirente de las subastas, lo que supone una situación que exige extremar las cautelas propias de su función, como lo demuestra la circunstancia de que las subastas fueron finalmente declaradas nulas por inexistencia del derecho del requirente a retener y a enajenar los contenedores».

V. LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS O FALTA DE EFECTO ÚTIL DEL RECURSO Y LA BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL: REFLEXIONES FINALES

Dice la STS, de 9 de marzo de 2012, en su Fundamento Jurídico séptimo, sobre la aplicación del valor del punto correspondiente a la fecha del alta

definitiva, que «en relación a esta cuestión, esta Sala, en STS de 17 de abril de 2007, fija la doctrina aplicable, luego recogida en SSTs de 9 de julio de 2008, de 10 de julio de 2008, de 23 de julio de 2008, de 18 de septiembre de 2008 y de 30 de octubre de 2008. Conforme a la doctrina fijada en estas sentencias es el momento del accidente el que determina el régimen legal aplicable y la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva. Esta doctrina no conduce a la desestimación del motivo. Aunque la sentencia recurrida no distingue entre el régimen legal aplicable y la cuantificación del daño, para el que toma en cuenta también la fecha del siniestro (14 de febrero de 2001) y no la del alta (informe forense de 30 de octubre de 2001) el alta se produjo en el mismo año en que tuvo lugar el accidente, lo que determina como correcta la solución de calcular los daños sufridos de conformidad con las cuantías correspondientes al año 2001 y conduce a la desestimación del motivo de casación en virtud del principio de equivalencia de resultados o efecto útil del recurso (SSTs de 5 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009)».

Qué duda cabe que si el resultado pretendido se obtiene por otra vía o, si a juicio del ponente de la resolución si la consecuente y desafortunada aplicación de dicho principio, provoca que carezca de utilidad su sustanciación, procederá su desestimación. Tecnicismo difícilmente explicable a los legos en Derecho. En definitiva, el pragmatismo se impone a la vista de un sistema judicial caracterizado por la sempiterna ausencia de recursos suficientes como para que el Estado social y democrático de derecho se reduzca a una mera declaración programática.

Por otra parte, para la mejor doctrina procesalista, la denostada *mutatis libello* admite sus excepciones (51); desde la perspectiva civil las tesis del evento o vicisitud del ciclo vital de la relación obligatoria, traen causa, a su vez, de las aportaciones doctrinales de ALLARA y BETTI.

En sentido estricto esta *vicenda* aísla, de entre las alteraciones de un vínculo, aquellas que cobren entidad suficiente y conciernan a sus elementos estructurales; la expresión *vicenda* la introduciría BETTI a finales de 1929. En particular, esta modificación se refiere a cualesquiera fenómenos que alteren la relación o bien a aquellos que abran una nueva fase o, incluso, que la extingan definitivamente (52). ALLARA, por su parte, normaliza su uso unos diez años después (53). LARENZ estima que la relación obligatoria ha de ser considerada como un organismo, perspectiva esta que afecta a la noción de las fórmulas extintivas y, en particular, a su desenvolvimiento, manteniéndose idéntica la relación preexistente (54). Y muy señaladamente SAVIGNY percibe a la relación como un ente con un desarrollo específico; así, «por chica y reducida que sea una institución jurídico-civil, ella tiene una estructura y vida propias especiales suya; comparadas entre sí la estructura y vida, los órganos y funciones de cada una de las instituciones que componen el organismo entero del Derecho Civil, ¿no será posible extraer por inducción el sistema general de estructura y funcionamiento del mismo, algo

(51) GUASP ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 279.

(52) Vid., *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, págs 185 y sigs.

(53) Sobre la historia de esta idea y otras cuestiones relacionadas con las alteraciones en la relación obligatoria, vid., IRTI, *Prefazione*; ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, págs. 3 y sigs.

(54) Vid., *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1958-1959, pág. 389.

así como una teoría general del Derecho Civil, como una anatomía y fisiología comparadas del Derecho Civil?» (55).

Por otra parte, esta economía procesal ha traído consigo considerables ventajas para los justiciables, sin descuidar la sistemática y coherencia interna de la resolución. Es el caso de la unidad de culpa civil, mediante la cual responsabilidad extracontractual y contractual se ventilarán de forma conjunta.

En todo caso, qué duda cabe que de entre las profesiones públicas, si se me permite emplear esta denominación, el Notariado goza de una considerable estima social sustentada en el elevado grado de formación de sus miembros. Con todo, el incremento de los supuestos ventilados en sede judicial consecuencia a su vez del incremento de tráfico jurídico, es posible que sufra un importante cambio de rumbo, acuciado de una parte, por el momento recesivo y la reducción de operaciones intervenidas; de otro por el giro al que tornen las nuevas medidas procesales y, muy señaladamente, la conciliación previa que puede que se imponga en casos como estos en los que está presente la responsabilidad civil notarial, que siempre está cubierta por el correspondiente contrato de seguro.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ: «La Fe Pública en España, Registros y Notarías. Sus fondos. Organización y descripción», en *Boletín de la Anabad*, 1987, XXXVII (1-2), págs. 7 a 67.

BALLESTEROS ALONSO: «La responsabilidad civil de registradores y notarios», en *La responsabilidad civil profesional*, ÁLVAREZ SÁNCHEZ (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003, págs. 67 a 132.

BEJARANO RUBIO: «Los escribanos públicos en Castilla: El condado de Ledesma en el siglo XVI», en *Miscelánea Medieval Murciana*, XIX-XX, 1995-1996, págs. 9 a 26.

BONO Y HUERTA: *Historia del Derecho Notarial español*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1982.

— «Diplomática notarial e Historia del Derecho Notarial», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 3, 1996, págs. 177 a 190.

COLOM Y BENEITO: *Tratado del préstamo*, Madrid, 1901.

FERNÁNDEZ HIERRO: «Responsabilidad civil de notarios», en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 5, 14, 2008, págs. 73 a 107.

GARCÍA LÓPEZ: «La responsabilidad civil del Notario», en *Revista de Estudios Jurídicos*, 3, 2000, Universidad de Jaén, págs. 158 y sigs.

GARCÍA VARELA: «La responsabilidad civil de los Notarios», en *La Ley*, 1, 1999, págs. 1612 a 1613.

GIBERT: *Theorica artis notariae*, 1772.

GUTIÉRREZ JEREZ: «Función notarial y responsabilidad civil», en *AC*, 4, 1995, págs. 799 a 811.

HUERTA TRÓLEZ: «Ejecución notarial de la prenda», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVIII, Madrid, pág. 146 y sigs.

---

(55) [Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (*La transmisibilidad de las obligaciones*), Madrid, 1912, pág. 13, asimismo, vid., *La consideración organicista y el perpetuo flujo de la vida*, pág. 32].



- JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: «Seguro de responsabilidad civil de los notarios», en *La Notaría*, diciembre, 1990, pág. 1 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, 15.<sup>a</sup> ed.
- LAVANDERA: «Procedimientos notariales», en *RDP*, 1919.
- LÓPEZ MEDEL: «Responsabilidad civil de los profesionales», en *RCDI*, 661, 2000, págs. 2923 y sigs.
- PARRA LUCÁN: «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, págs. 823 a 884.
- PASCUAL ESTEVE: «La responsabilidad profesional», en *RCDI*, 602, 1991, págs. 43 a 72.
- RAMÓN FERNÁNDEZ Y SÁINZ MORENO: *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Madrid, 1989.
- REGLERO CAMPOS: «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 1, *Garantías mobiliarias*, Madrid, 1996.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV, 2.º, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ ADRADOS: «Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios», en *Escritos Jurídicos*, vol. IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
- «El Notario: función privada y función pública», en *Revista de Derecho Notarial*, 1980.
- SÁNCHEZ MELGAR: «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado*, 36, 2000, págs. 261 a 286.
- SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001.
- VERDERA SERVER: *La responsabilidad civil del Notariado*, Pamplona, 2008.

## VII. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de marzo de 2010.
- STS de 6 de abril de 2009.
- SSTS de 11 de noviembre de 2008.
- SSTS de 4 de noviembre de 2008.
- SSTS de 14 de octubre de 2008.
- SSTS de 7 de octubre de 2008.
- STS de 9 de junio de 2008.
- STS de 20 de mayo de 2008.
- STS de 28 de noviembre de 2007.
- STS de 6 de junio de 2002.
- STS de 21 de noviembre de 2000.
- STS de 5 de febrero de 2000.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 2 de diciembre de 1998.
- STS de 4 de mayo de 1998.
- STS de 26 de diciembre de 1995.
- STS de 11 de junio de 1988.
- STS de 3 de julio de 1965.
- STS de 6 de febrero de 1931.
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2012.

- SAP de Les Illes Balears, de 3 de febrero de 2012.
- SAP de Navarra, de 13 de noviembre de 2001.
- RDGRN de 1 de abril de 2004.
- RDGRN de 1 de febrero de 1999.
- RDGRN 22 de enero de 1999.

## RESUMEN

### RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL SUBASTA NOTARIAL PRENDA Y DERECHO DE RETENCIÓN

*El sistema de responsabilidad civil de los notarios, dada su condición de fedatarios públicos, pretende garantizar el recto cumplimiento de sus funciones y, en particular, el control de legalidad de los actos en que intervengan. Con todo, no tiene un régimen jurídico homogéneo, pese a estar expresamente contemplado en el artículo 146 del Reglamento Notarial por cuanto en él se advierte que «el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable». Por tanto, su responsabilidad puede ser tanto contractual como extracontractual o, incluso, concurrir ambas a la vez, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. En este artículo atenderemos a la STS de 9 de marzo de 2012 y al procedimiento de ejecución del artículo 1872 del Código Civil. Téngase en cuenta que, al resultar preceptiva la notificación de la enajenación de la prenda, el Notario actuante debe asegurar su regularidad formal, singularmente, en el caso ventilado en autos, donde el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de unos contenedores efectuada por el requirente de las subastas. La falta de diligencia debida fue evidenciada en la nulidad de las subastas, dada la inexistencia del derecho del requirente a retener y a enajenar los contenedores.*

## ABSTRACT

### NOTARY'S CIVIL LIABILITY NOTARIAL AUCTION PLEDGE AND LIEN

*Because notaries are public officers for oaths, the system of rules on notaries' civil liability seeks to ensure that notaries perform their functions properly, particularly when notaries check that the acts to which they are party are lawful. Even so, there is no homogeneous system of rules. Notaries' civil liability is, however, expressly addressed in article 146 of the Notarial Regulation, which cautions, «The notary will hold civil liability for damages caused by his action through wilful misconduct, negligence or inexcusable ignorance». Therefore, a notary may hold contractual liability, extracontractual liability, or even both at the same time, as the Supreme Court has had the occasion to rule. This article looks at the Supreme Court's ruling of 9 March 2012 and the foreclosure procedure in article 1,872 of the Civil Code. It is worth bearing in mind that, as notification of disposal of the pledge is mandatory, the notary must ensure that all rules of form are obeyed. In the case at hand this is particularly important. The auction instructions were not based on the existence of a duly furnished pledge, but on the fact that the person ordering the auctions had withheld certain containers. Lack of due diligence was obvious, as the auctions were declared null on the grounds that the person ordering the auctions had no right to withhold and dispose of the containers.*