

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8708 *Resolución de 30 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 19, por la que se deniega la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Madrid número 19, don Rafael Arnáiz Eguren, por la que se deniega la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca.

Hechos

I

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Madrid número 19 una escritura autorizada el día 2 de diciembre de 2011. Comparecen en dicha escritura por un lado los representantes de la entidad «Bankia, S.A.» como sucesora por segregación de un crédito hipotecario del que era titular la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, y por otro, el representante de la entidad «Heufera Inversiones, S.L.» como acreditada de la obligación garantizada con hipoteca. Tras manifestar que la hipoteca garantizaba una operación de crédito para el descuento hasta el límite de 500.000 euros y que gravaba la finca registral 60170, las partes afirman que a la fecha de la escritura el saldo de la cuenta asciende a 216.807, 37 euros, que se ha procedido a la declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal formándose 27 unidades, que no se distribuyó el crédito entre ellas y que habiendo solicitado el acreditado la liberación de la responsabilidad hipotecaria respecto de una de las fincas en que se dividió la matriz, el acreedor reconoce recibir la cantidad de 75.449 euros destinada a la reducción de la deuda y disponen que la entidad acreedora otorga carta de pago por dicha cantidad y consiente la liberación de la responsabilidad hipotecaria sobre la finca 71.679 procedente de la división horizontal.

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Madrid número 19, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad número diecinueve de Madrid. Calificado el precedente documento, el registrador que suscribe deniega su inscripción, lo que se notifica al presentante y al notario autorizante y a los demás interesados en el procedimiento registral: Hechos y fundamentos de Derecho. Con fecha 2 de diciembre de 2011, asiento 1364 del Diario 81, fue presentada copia telemática de la escritura otorgada en Madrid el día 2 de diciembre de 2011 ante el notario don Norberto González Sobrino, número 2.705 de su protocolo. Posteriormente fue aportada la precedente copia en soporte papel el día 1 de febrero de 2012. En tal escritura de recibo de parte de capital garantizado y, al parecer de cancelación de hipoteca, «Bankia S.A.» libera la finca registral número 71.679. Las facultades representativas de los apoderados de la entidad acreedora han sido verificadas por el registrador que suscribe mediante consulta al Registro Mercantil. En la escritura que se califica se producen los siguientes hechos: Primero: La finca hipotecada, registral número 60.170, estaba constituida, antes de la declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, que resulta de su inscripción 5.ª, por un solar carente de edificación. Segundo: En virtud de la constitución en régimen de propiedad horizontal,

el edificio declarado fue dividido horizontalmente en 27 fincas independientes (registrales números de la 71.629 a la 71.681 en su numeración impar, ambas inclusive). Tercero: La hipoteca constituida sobre la finca antes de su constitución en régimen de propiedad horizontal, se trasladó a todas y cada una de las fincas resultantes de la división, sin que tuviera lugar la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las mismas. Como consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria, especialmente en el artículo 125: 1) "...podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez." 2) "...no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho." Cuarto: Los hechos expuestos en los antecedentes, especialmente el mantenimiento de la hipoteca única, sobre la totalidad de los pisos, origina una situación jurídica exacta a la del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, precepto referido a la constitución directa de hipoteca unitaria sobre todo el edificio pero que, en adelante, también puede resultar de la hipoteca constituida con anterioridad al establecimiento de propiedad horizontal y no distribuida entre las fincas especiales resultantes de la división. Quinto: En el título que califico, se declara pagada la cantidad de 75.449 euros, de la suma total asegurada, y específicamente se solicita: a) La reducción de la deuda. b) La liberación de toda responsabilidad hipotecaria de la finca 71.679 (número 26 de orden de la división). c) De forma indirecta y bajo la palabra "solicitud" la cancelación de la hipoteca sobre la finca 71.679. Este término no se utiliza específicamente por el notario, sino que expresa la idea de la forma siguiente: "la presente cancelación ha sido solicitada por 'Heuffera Inversiones S.L.'...". La interpretación conjunta de la solicitud citada y de la estipulación tercera del apartado «disponen» priva de claridad a la escritura calificada, puesto que no se sabe si el notario pretende la simple constatación registral del pago parcial del total capital asegurado o, además, la cancelación de la hipoteca sobre la finca 71.679. Lo expuesto impone la calificación negativa de la escritura en función de los siguientes defectos: 1.º En primer lugar, el defecto fundamental consiste en que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca subsiste íntegramente sobre la totalidad de los bienes hipotecados, mientras que en caso de que se lleve a cabo la operación que se instrumenta, existiría una modificación en la situación jurídica de los adquirentes de las demás fincas formadas por la división horizontal pertenecientes a terceros, que tienen, por esa misma razón, el carácter específico de terceros poseedores en los términos del artículo 126 de la Ley Hipotecaria y concordantes. Esta situación jurídica impone para cualquier modificación en la misma el consentimiento específico de tales terceros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil, lo que convierte el defecto apuntado en insubsanable. 2.º La parificación entre la situación jurídica de la hipoteca unitaria a que se refiere el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, y el supuesto resultante de las operaciones jurídicas practicadas sobre la finca matriz y sobre las fincas resultantes de la división horizontal, imponen que la hipoteca deba mantenerse sobre todas y cada una de las fincas formadas por la división puesto que en otro caso dejaría de estar sujeta la totalidad del edificio en los términos del artículo 218 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, el intento de cancelación de la hipoteca sobre una de las fincas resultantes de la división, tanto en su actual fórmula, ya calificada de ambigua, como a través de su solicitud directa y clara, supondría una modificación del régimen de la hipoteca unitaria prohibida por el artículo 218 del Reglamento Hipotecario "a contrario", que tampoco sería admisible aunque mediare el consentimiento de todos los propietarios, consentimiento que la escritura omite absolutamente. Lo que deviene en defecto insubsanable por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, ya citado. Medios de subsanación: 1) Que la responsabilidad garantizada con la hipoteca constituida sobre la finca matriz, se distribuya entre la totalidad de las fincas resultantes de la propiedad horizontal, conforme al artículo 122 de la Ley Hipotecaria, bien mediante escritura pública, bien mediante la instancia privada prevista en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario. Tanto en la escritura pública o en la instancia, deberán comparecer, o solicitar, expresamente la distribución, según el caso,

todos los titulares registrales de la finca resultante de la división. 2) La cancelación específica una vez distribuida la hipoteca, sobre la finca registral 71.679. La precedente calificación (...). Madrid, 8 de febrero de 2012.—El registrador: (firma ilegible)».

III

Solicitada calificación sustitutoria por el notario autorizante, la registradora de la Propiedad de Guadarrama, doña Alicia Solesio Jofre de Villegas, a quien correspondió emitirla, confirmó la nota mediante calificación de fecha 24 de febrero de 2012.

IV

Contra la anterior nota de calificación don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 8 de marzo de 2012, en el que alega entre otras cuestiones que no son objeto de este expediente, resumidamente, lo siguiente: Que los términos de la escritura son perfectamente claros tanto en los términos en que las partes manifiestan su voluntad de liberar de responsabilidad hipotecaria una finca determinada como en la identificación de esta. Que en caso de división de una finca hipotecada, sino hay terceros adquirentes de las fincas de resultado y acreedor y deudor prestan el consentimiento, no existe impedimento para la cancelación, citando diversas resoluciones de este Centro Directivo. Que de la nota de defectos no resulta la existencia de terceros adquirentes de fincas resultantes de la división. Que aunque hubiera terceros la escritura sería inscribible pues la aplicación del pago de la venta de la finca liberada a la reducción del importe global de la deuda redundaría en beneficio de los hipotéticos terceros por lo que la doctrina de la Dirección General, basada en que de otro modo pueda concentrarse de modo desproporcionado el gravamen en las fincas de esos terceros, no es de aplicación. Que al igual que el acreedor puede accionar contra todas las fincas resultantes de la división o sólo contra algunas de ellas puede renunciar a la hipoteca sobre una de ellas. Que si uno de los terceros, que no es deudor, paga la deuda podrá dirigirse exclusivamente contra el deudor pero no contra los terceros adquirentes no deudores. Que no cabe equiparar el supuesto del artículo 218 del Reglamento Hipotecario con el que resulta de la escritura que es el contemplado por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

V

El registrador emitió informe el día 16 de marzo de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1085, 1087, 1145, 1212, 1839, 1844 y 1860 del Código Civil; 1, 13, 18, 40, 82, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 134 y 246 de la Ley Hipotecaria; 218 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2005; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de febrero de 1929, 5 de enero de 1939, 12 de julio de 1945, 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993, 5 de enero de 1998, 16 de marzo y 15 de octubre de 1999, 26 de mayo de 2001 y 5 de junio de 2009.

1. En el supuesto de hecho que da lugar a este expediente consta en el Registro una finca registral gravada con un derecho real de hipoteca. Declarada e inscrita posteriormente sobre la finca obra nueva y constituido el régimen de propiedad horizontal, se abre folio a las veintisiete entidades creadas arrastrándose a todas ellas la hipoteca que grava la finca matriz. Ahora, acreedor hipotecario y propietario deudor pactan la reducción por pago del saldo pendiente de la cuenta garantizada y que una de las veintisiete fincas en que se dividió el edificio quede liberada del gravamen hipotecario. La

inscripción se rechaza por dos motivos: porque es imprescindible el consentimiento de los terceros titulares de las demás fincas en que se divide el edificio y porque de cancelarse la hipoteca sobre el elemento señalado dejaría de estar sujeto la totalidad del edificio al gravamen hipotecario lo que no es posible incluso si mediare el consentimiento de todos los titulares propietarios.

2. En lo que se refiere a la primera cuestión planteada, este Centro Directivo ha tenido ocasión ya de pronunciarse en varias ocasiones y de formular, por tanto, una doctrina al respecto (vide vistos). De esa doctrina cabe destacar lo siguiente: primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aún cuando se reduzca la obligación garantizada (artículos 1860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria); segundo, que como consecuencia de lo anterior, si se pretende una cancelación parcial del gravamen hipotecario y, como consecuencia, la liberación de una de las fincas procedentes de la matriz será preciso no sólo el consentimiento del acreedor sino también de los que hayan adquirido el dominio u otros derechos sobre cualquiera de las fincas con posterioridad a la constitución de la hipoteca salvo sobre aquélla cuyo gravamen se trate de cancelar; tercero, que la anterior doctrina se fundamenta en que el derecho real de hipoteca no sólo produce efectos entre acreedor y los titulares del dominio u otros derechos inscritos en las fincas gravadas sino también entre estos últimos entre sí ya que, si uno cualquiera de ellos hace el pago total de la deuda garantizada, no se producirán los efectos ordinarios de la subrogación (que exigen que el que paga pueda, a su vez, exigir la cantidad íntegra de cualquiera de las otras fincas gravadas). En efecto aquí, como consecuencia de las relaciones que la llamada «unidad de gravamen» establece entre las fincas y sus respectivos dueños, si uno de ellos paga la cantidad íntegra sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente. De ahí que, aunque el acreedor pueda renunciar a su derecho, esta renuncia no puede tener eficacia cancelatoria sin el consentimiento de los demás afectados –excluidos los dueños de aquéllas cuyo gravamen vaya a quedar totalmente cancelado– ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad que resulta de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, podría concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

La aplicación de esta doctrina ya, de por sí, debería llevar al rechazo del recurso. Asegura el recurrente que no constan terceros, pero resulta del expediente la existencia de terceros poseedores de los pisos del edificio, por lo que sin el consentimiento de éstos es imposible acceder a la liberación pretendida. Porque una de dos: o la acción se dirige contra todas las fincas a la vez, y entonces es evidente que, teniendo que repartirse el sobrante de la subasta entre todas, una de ellas, al haber quedado liberada previamente, se sustraería a la concurrencia con las demás, agravando, al disminuir el sobrante de éstas, la onerosidad de la carga que soportan. O la acción se dirige por el acreedor contra cualquiera de las fincas en que se hubiese dividido la matriz, conforme al artículo 123 de la Ley Hipotecaria y entonces el tercer poseedor de dicha finca, que paga la totalidad de la cantidad reclamada para evitar la ejecución, ha de poder resarcirse, ya no del deudor, sino de las restantes fincas que estaban gravadas con la hipoteca, pues de no ser así se produciría un enriquecimiento injusto y además, es derecho del tercer poseedor de una de las fincas que paga la totalidad de la deuda, subrogarse en el derecho real de hipoteca que la asegura y, por consiguiente, grava las demás. No puede ser, por tanto, indiferente para los terceros poseedores, en el caso que nos ocupa, que acreedor y deudor decidan a su arbitrio la finca a que se imputará la parte del crédito pagada y que por tanto elijan libremente la que quedará liberada. Al contrario, han de consentirlo todos ellos y no sólo cuando se quiera distribuir la responsabilidad entre las fincas gravadas, sino también, cual es el caso planteado, cuando se persiga liberar una cualquiera por razón de un pago parcial que pretenda por tanto imputarse exclusivamente a ella. Para el recurrente parece ser intrascendente el consentimiento de los terceros en este caso. Pero no tiene en cuenta que en los derechos reales, a diferencia de los derechos personales, los terceros

que inscriben adquieren sus derechos en la forma que resulta del Registro sin que les sea oponible ningún acto o derecho, pactado entre acreedor y deudor, que pueda perjudicarles y no constase inscrito en el Registro antes de la inscripción del derecho de aquéllos. Por razón de los efectos de la publicidad registral en nuestro sistema y de los correlativos principios de oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria) y de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito (cfr. artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil), los derechos reales inmobiliarios y sus modificaciones sólo pueden entenderse plenamente conformados o configurados respecto a terceros desde y a través de su inscripción en el Registro, por lo que hay que entenderlos subsistentes con el alcance y contenido (en que hay que comprender también los de derechos accesorios como el de subrogación) que resultaban entonces del Registro; pues sólo con la inscripción el derecho real tiene plenos efectos «erga omnes», en consonancia con la naturaleza misma del derecho real como derecho absoluto oponible frente a todos.

3. La segunda cuestión que plantea la nota calificadora hace referencia a la imposibilidad de practicar la inscripción solicitada porque en otro caso dejaría de estar sujeto al gravamen la totalidad del edificio puesto en garantía.

Ciertamente nuestro ordenamiento jurídico autoriza a constituir hipoteca unitaria sobre un edificio en su conjunto aún cuando estuviera dividido en régimen de propiedad horizontal, hipoteca que se inscribe conforme a las previsiones legales tanto sobre el edificio como sobre los distintos pisos o locales en que se haya dividido. En dicho supuesto, el objeto que será en su caso ejecutado y que será adjudicado al mejor postor, será precisamente el propio edificio constituido en régimen de propiedad horizontal y por tanto en el mismo estado jurídico que cuando se constituyó el gravamen. Este supuesto de hipoteca unitaria, aunque no es el que aquí se plantea, pues la hipoteca no se constituyó como unitaria, sino sobre la finca matriz posteriormente dividida y arrastrada la misma a todos los departamentos, ofrece algunos puntos de coincidencia con el supuesto planteado, pues al no estar distribuida la hipoteca entre los diferentes pisos, sino constituida sobre la total finca matriz, no es posible modificar la responsabilidad hipotecaria total ni liberar de la hipoteca a algún departamento, sin el consentimiento de los terceros adquirentes de los demás departamentos. A diferencia del supuesto de división de una parcela o finca rústica, en que la finca matriz deja de existir como unidad y por tanto, tiene sentido que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria contemple únicamente la ejecución contra cualquiera de las fincas formadas o contra todas a la vez, en el caso de edificio en división horizontal el edificio sigue subsistiendo como finca matriz actual, por lo que cabe la acción hipotecaria dirigida contra dicho edificio en su conjunto que sería un caso similar al del artículo 218 del Reglamento Hipotecario. Ciertamente, cuando no se trata -y este es el caso- de constitución de hipoteca unitaria, también cabe dirigir la acción hipotecaria contra cualquiera de las fincas formadas por división, pero, de hacerlo así, tendría que ser por la suma de la responsabilidad hipotecaria por la que se constituyó y sin modificaciones respecto a los titulares que no hayan prestado su consentimiento, pues según se ha indicado en el apartado anterior, resultará perjudicado el tercer poseedor contra cuya finca se dirija la ejecución si paga la totalidad de lo reclamado, dado que restringe la subrogación a la que tendría derecho por causa de la liberación de la hipoteca sobre otra u otras fincas como consecuencia del pago realizado. Lo que ocurre es que el defecto en este caso podría subsanarse con el consentimiento de los terceros adquirentes de los departamentos, bien estableciendo la distribución de la hipoteca sobre todas y cada una de las fincas como operación previa a la liberación y cancelación de una de ellas, o bien sin distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todas las fincas, liberando la finca en cuestión, pero en uno y otro caso, es indispensable dicho consentimiento por las razones indicadas.

4. Procede también confirmar la nota calificadora respecto a la falta de claridad de la escritura sobre la solicitud de cancelación parcial, puesto que la escritura no se produce

con la suficiente precisión exigida por los principios de rogación y especialidad en relación con los actos que se pretenden consignar en el Registro, dada la eficacia «erga omnes» de los asientos del registro y de sus pronunciamientos y la necesaria claridad de éstos.

No es lo mismo consignar en el Registro el pago parcial que solicitar la cancelación, pues aparte de la liberación de la finca solicitada, están también las operaciones registrales que han de solicitarse respecto a la responsabilidad hipotecaria de la finca matriz y por arrastre de la de los demás departamentos. En el presente caso, no sólo debe solicitarse la cancelación parcial de la finca liberada sino también la cancelación parcial de la hipoteca respecto a la finca matriz y las que derivan de ella, al objeto de que, con arreglo al principio de determinación, quede claramente expresada en el Registro cuál es la responsabilidad hipotecaria de la finca matriz cuya hipoteca se arrastra a las demás fincas. El artículo 240 del Reglamento Hipotecario prevé que se pueda solicitar la constancia por nota marginal del pago de parte de la deuda garantizada por la hipoteca, pero eso siempre que no proceda la cancelación parcial. Y en el presente caso, no se expresa con la debida claridad en la escritura si lo que se solicita respecto a la finca matriz y las procedentes de ella es una cancelación parcial por pago de parte de la deuda o la simple constancia del pago de cantidad por nota marginal.

Por las razones expuestas, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota calificadora del registrador, si bien considerando el defecto como subsanable mediante el consentimiento de los terceros adquirentes de los demás departamentos a los que se refiere la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota en los términos expresados.

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

Madrid, 30 de mayo de 2012.—El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.