

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4669 *Resolución de 5 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Vitoria-Gasteiz n.º 5, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don C. L. P. P., en nombre y representación de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Vitoria-Gasteiz número 5, doña Carolina Martínez Fernández, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

Presentada en el Registro de la Propiedad de Vitoria-Gasteiz número 5 copia de escritura de hipoteca constituida por don R. M. B. F. L. a favor de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.», fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Doña María Carolina Martínez Fernández, Registradora de la Propiedad de Vitoria N.º 5, aportado el documento en este Registro para su inscripción con fecha veintiuno de Octubre último, previo examen y calificación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto no practicar la inscripción solicitada por defecto conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 48/1480 F. Presentación: 10/08/2009 Entrada: 3152 Contenido: Hipoteca Autorizante: Miguel Mestanza Iturmendi. Protocolo: 1575/2005. Hechos 1. La finca consta inscrita en este Registro en favor de los esposos en régimen de gananciales don R. M. B. F. L. y doña I. M. B., con carácter ganancial. 2. Se presenta una escritura en la que don R. M. B. F. L., alegando como título de adquisición el de «disolución de Sociedad de gananciales» mediante escritura con fecha 1 de abril de 2004, que no se aporta al Registro para su inscripción, constituye él solo hipoteca sobre la finca, compareciendo doña I., no como hipotecante (pues civilmente ya no es titular de la finca), sino a los solos efectos de prestar el consentimiento prevenido en el artículo 1.320 CC, por tratarse de la vivienda habitual. En base a los anteriores hechos, debe suspenderse la inscripción conforme a los siguientes: Fundamentos de Derecho 1. Es preciso aportar la escritura de disolución de gananciales, debidamente anotada en el Registro Civil (artículos 1.333 CC, 77 LRC, 75RH). 2. No es suficiente la mera comparecencia de la mujer, porque constando la finca inscrita con carácter ganancial, es preciso que o bien se inscriba la disolución de la sociedad, o bien que la hipoteca se constituya por ambos cónyuges, no siendo suficiente que Doña I. preste el consentimiento a la constitución de la hipoteca por don R., pues tal consentimiento se exige a los efectos del artículo 1.320 CC, pero no convierte a doña I. en deudora ni hipotecante, lo cuál atenta contra el principio de legitimación y tracto sucesivo, pues estaríamos inscribiendo una hipoteca de un bien que en Registro consta todavía con carácter ganancial, constituida por uno solo de los cónyuges, (vulnerando lo dispuesto en los artículos 1.377 CC, 93 RH, 38 LH, 17 LH. Asimismo, si procediéramos a la inscripción de tal hipoteca existirían graves dificultades en el momento de su ejecución, pues tendríamos a un titular registral, doña I., que al no ser deudora ni hipotecante, no podría ser demandada ni notificada, provocando indefensión e impidiendo la inscripción de las actuaciones derivadas de la ejecución. Contra ésta (...) Vitoria, a veintidós de octubre del año dos mil nueve La Registradora (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora)».

II

Contra la anterior nota de calificación, don C. L. P. P. en nombre y representación de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 22 de noviembre de 2009 alegando, en síntesis, que el banco ha actuado en base a la publicidad registral que establece que los titulares son cónyuges casados en régimen en gananciales y como tercero de buena fe no puede resultar perjudicado por dicha información y depender totalmente de la voluntad de los cónyuges para regularizar la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil Central debido a que se encontraría en una situación de indefensión absoluta; además de lo anterior, interesa destacar que la calificación negativa se debe a la pura formalidad de que la escritura de constitución de la hipoteca no contenga en su texto la liberalidad de que «ambos titulares constituyen la hipoteca» y que no se haya tenido en cuenta por la misma Registradora que a la hora de inscribir la constitución de la hipoteca han concurrido todos los presupuestos necesarios para ella: Han estado presentes, otorgado, y consentido la constitución ambos esposos, y han sido plenos concededores de la realidad del negocio en su conjunto –sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 22 de julio de 2009 en el recurso interpuesto por el Notario de Vitoria, don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha capital número 3, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca, con carácter vinculante y publicada en el «BOE» de 19 de septiembre de 2009, que a resolvió a favor del recurrente en base a que «(...) el principio de prioridad impide al Registrador inscribir un documento en tanto esté vigente en asiento de presentación anterior relativo a un título incompatible (cfr. artículo 17 de la Ley Hipotecaria). Por otra parte, es principio básico de nuestro sistema registral el de tracto sucesivo, según el cual no pueden inscribirse o anotarse títulos que no aparezcan otorgados por el titular registral (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), por lo que no procede acceder al despacho de una hipoteca cuando el hipotecante no aparece ya como titular registral de la finca gravada. Lo que ocurre es que, en el supuesto que ha motivado el presente recurso, no puede afirmarse que se trate de títulos incompatibles a los efectos de la aplicación de tales normas legales, toda vez dicho títulos formalizan negocios relacionados entre sí y los respectivos titulares de la finca sobre la que se ha constituido la hipoteca han prestado su consentimiento al gravamen cuya inscripción se pretende, (...)»–; además, no puede sostenerse el argumento de que si se procediera a la inscripción de la hipoteca existirían graves dificultades en el momento de su ejecución debido a que al tratarse de una hipoteca sobre la vivienda habitual, el oportuno procedimiento hipotecario habría que dirigirlo sin duda contra ambos cónyuges, aún en aquellos casos en los que el titular es solamente uno de ellos, sin excluir a la cónyuge que consintió la constitución de hipoteca, debido a que en caso contrario estaríamos causando indefensión, citando al efecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de septiembre de 1992, que en un pleito arrendaticio en que la acción personal que se ejercitaba recaía sobre la vivienda habitual o familiar exigió que se demandara a ambos cónyuges, pues si sólo se demanda al que aparece como contratante, éste podría allanarse o realizar actos que indirectamente supongan una disposición de sus derechos sobre la vivienda, con evidente indefensión del otro cónyuge que no podría velar por los derechos que le atribuye el artículo 1.320 del Código Civil.

III

La Registradora emitió informe el día 24 de diciembre de 2009 y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 de la Constitución Española; 1.261, 1.262, 1.320 y 1.857 del Código Civil; 20 y 138 de la Ley Hipotecaria; 105 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2007 y 22 de julio de 2009.

1. Se debate en este recurso si, constando una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de dos cónyuges con carácter ganancial y hallándose presentado y suspendida la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales por la que se liquida la sociedad y se adjudica dicha finca a uno de los cónyuges, puede acceder al Registro una escritura de hipoteca constituida por el cónyuge adjudicatario en la que comparece el otro cónyuge al efecto de prestar consentimiento por tratarse la finca hipotecada de su vivienda habitual.

2. El recurso no puede ser estimado. En efecto, de acuerdo con el principio general registral del tracto sucesivo, si conforme a Registro una finca pertenece a dos cónyuges con carácter ganancial, para que pueda inscribirse una hipoteca sobre tal finca se precisa: bien la previa inscripción del título por el que el otorgante de la hipoteca adquiere la titularidad exclusiva de aquella –en este caso, según se afirma, la escritura de capitulaciones matrimoniales por la que se disuelve la sociedad de gananciales–; bien que la escritura de hipoteca haya sido otorgada por los dos titulares prestando ambos, en su condición de copropietarios, consentimiento expreso dirigido a constituir hipoteca sobre la totalidad de la finca de su propiedad.

3. En el caso objeto de recurso, no habiéndose inscrito la escritura por la que el cónyuge prestatario hipotecante resulta adjudicatario exclusivo de la finca objeto de gravamen, no puede estimarse suficiente, para tener por cumplido el requisito exigido por el principio del tracto sucesivo, que el cónyuge titular tabular de la finca hipotecada haya comparecido a los meros efectos de prestar su consentimiento a la hipoteca por tratarse de la vivienda habitual.

4. No puede desconocerse que para que exista contrato –en este caso préstamo hipotecario– se precisa consentimiento de los contratantes manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación no sólo sobre la cosa sino también –y en lo que ahora interesa fundamentalmente– sobre la causa que ha de constituir dicho contrato, de modo que el asentimiento prestado por causa de protección de la vivienda habitual no puede en modo alguno equipararse al consentimiento negocial exigido para constituir un gravamen sobre una finca propia, dada su diferente naturaleza y efectos.

Como ya señaló la Resolución de 7 de diciembre de 2007, la conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1.320 del Código Civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

5. No es aplicable a este supuesto de hecho la doctrina de la Resolución de este centro directivo de 22 de julio de 2009, relativa a un supuesto muy específico en el que se habían presentado dos títulos en orden inverso al de su autorización: uno de hipoteca de la mitad indivisa de un cónyuge con el asentimiento del otro por ser vivienda familiar habitual y el otro de aportación a la sociedad de gananciales que llegó antes al Registro, pese a haber sido remitidas telemáticamente de forma simultánea en el mismo envío mediante firma electrónica reconocida del Notario autorizante, y que se consideraron como títulos compatibles entre sí dadas las peculiaridades del caso concreto.

Por el contrario, ahora no concurren las circunstancias excepcionales de aquella Resolución ni ocurre que el Registro esté cerrado al título previo por razón de la presentación inmediatamente antes de un título incompatible por vicisitudes de la presentación electrónica que hiciera que llegara instantes antes al Registro un título que otro pese a haber sido remitidas telemáticamente en el orden de su autorización. Ahora nos encontramos con un título previo retirado para la subsanación de defectos, que una vez subsanado permitirá el despacho de los títulos posteriores, por lo que deben aplicarse las reglas generales y en particular el principio de tracto sucesivo que impide inscribir títulos no otorgados por el titular registral y que exige el despacho del título previo –el de disolución de gananciales– pendiente de subsanación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 5 de enero de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.