

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**16488** *Resolución de 18 de agosto de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Madrid, contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Sebastián de los Reyes, a la rectificación de unas cancelaciones.*

En el recurso interpuesto por don Juan Carlos Caballería Gómez, notario de Madrid, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, doña Carmen de Grado Sanz, a la rectificación de unas cancelaciones.

#### Hechos

I

Se presentan en el Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes escritura otorgada el día 2 de octubre de 2008 ante el notario de Madrid, don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, número 2949 de protocolo, junto con escritura autorizada el día 21 de octubre de 2010 por el notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, número 2603 de protocolo, por las que se subsana una escritura de carta de pago y cancelación de hipotecas.

II

Dichas escrituras fueron presentadas el día 22 de febrero de 2011, asiento de presentación 291 del Diario 91 y fueron calificados negativamente con la siguiente nota: «Presentado de nuevo el precedente documento, en unión de la escritura por el mismo subsanada otorgada el 2 de octubre de 2008 ante el notario de Madrid don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, número 2.949 de su protocolo y acta de subsanación autorizada por el notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez el día 2 de febrero de 2011, número 263 de su protocolo, quien legitima las firmas de los apoderados del Banco estampadas en los certificados que se unen a esta escritura de subsanación, no se accede a la rectificación del Registro solicitada y por ello, a dejar sin efecto las cancelaciones practicadas en virtud de escritura de cancelación otorgada ante, el notario de Madrid don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, el día 16 de noviembre de 2007, número 3.547 de su protocolo, en las fincas registrales 49.558, 49.560, 49.562, 49.564, 49.566, 49.568, 49.570, 49.574, 49.578, 49.580, 49.582, 49.590, 49.594, 49.596, 49.600, 49.604, 49.696, 49.700, 49.702, 49.704, 49.706, 49.708, 49.712, 49.716, 49.720, 49.722, 49.724, 49.764, 49.768, 49.770, 49.772, 49.774, 49.778, 49.784, 49.786, 49.834, 49.838, 49.840, 49.842, 49.844, 49.848, 49.850, 49.852, 49.854, 49.858, 49.860, 49.862, 49.902, 49.904, 49.906, 49.908, 49.912, 49.914 y 49.920, por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos: En escritura otorgada el 16 de noviembre de 2007, el Banco Santander, S. A., titular de las hipotecas inscritas en garantía de un préstamo por importe total de 9.409.597,13 euros que gravaban 84 fincas registrales integrantes de las parcelas 35, 38, 40, 43 y 44 sitas en el polígono Z. O. 60 U. E. 4 Dehesa Vieja de San Sebastián de los Reyes, da carta de pago del préstamo y consiente la cancelación de las hipotecas que gravaban las 84 fincas referidas. La cancelación se practicó en el Registro el día 1 de diciembre de 2007. En escritura otorgada el 2 de octubre de 2008, el Banco Santander, S. A. rectifica la escritura anterior y aclara que prestó su consentimiento para la cancelación de las hipotecas que gravaban las 84 fincas por error, ya que el consentimiento para la cancelación de la hipoteca por pago del préstamo sólo se refería a 28 fincas, debiendo quedar inscrita la hipoteca en las 56 fincas restantes, por lo que

solicita la cancelación del asiento de cancelación de hipoteca practicado. Esta escritura de rectificación fue calificada negativamente el día 2 de febrero de 2010 y reiterada la calificación negativa el día 12 de mayo de 2010 por los Hechos y Fundamentos de Derecho que constan en las notas extendidas al pie de la misma, en las que consta que, para dejar sin efecto la cancelación ya practicada en las 56 fincas indicadas, se exige el consentimiento de los titulares registrales o resolución judicial firme dictada en procedimiento en el que éstos sean parte. En escritura de subsanación otorgada el 21 de octubre de 2010 ante el notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, el Banco Santander, S. A. reitera que el consentimiento para la cancelación de la hipoteca por pago del préstamo en 56 de las 84 fincas se prestó por error y acredita con 54 certificados expedidos por apoderados del banco, que los deudores actuales de los préstamos hipotecarios vienen cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones de pago del préstamo, cuyos saldos actuales acredita con otros tantos certificados, y manifiestan que los préstamos garantizados con las hipotecas que gravaban las fincas 49.714 y 49.916 se encuentran ya abonados económicamente, por lo que solicita que la registradora que suscribe deje nula y sin efecto la carta de pago y los asientos de cancelación de hipoteca sobre las siguientes fincas registrales: 49.558, 49.560, 49.562, 49.564, 49.566, 49.568, 49.570, 49.574, 49.578, 49.580, 49.582, 49.590, 49.594, 49.596, 49.600, 49.604, 49.696, 49.700, 49.702, 49.704, 49.706, 49.708, 49.712, 49.716, 49.720, 49.722, 49.724, 49.764, 49.768, 49.770, 49.772, 49.774, 49.778, 49.784, 49.786, 49.834, 49.838, 49.840, 49.842, 49.844, 49.848, 49.850, 49.852, 49.854, 49.858, 49.860, 49.862, 49.902, 49.904, 49.906, 49.908, 49.912, 49.914 y 49.920. Presentada de nuevo la escritura de rectificación junto con la de subsanación referida, el día 22 de noviembre de 2010 se reitera la nota de calificación negativa. Examinados los asientos del Registro de ellos resulta: 1.º) que en todas las fincas registrales está practicada la cancelación de hipoteca en el año 2.007; 2.º) que los titulares registrales propietarios de las 54 fincas en las que se pretende dejar sin efecto la cancelación ya practicada, asumieron la deuda y se subrogaron en la hipoteca inscrita, salvo el propietario de la finca registral 49.906, quien adquirió una vez cancelada la hipoteca; 3.º) que en la finca citada, registral 49.906, existe practicada, además, una inscripción posterior de hipoteca a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.. Fundamentos de Derecho: El artículo 40 de la Ley Hipotecaria, al establecer los medios de rectificación del Registro, en su apartado d) dispone que si la inexactitud procediera de defecto del título que hubiere motivado el asiento, como sucede en este caso al ser el banco quien prestó por error el consentimiento para la cancelación de la hipoteca por pago en 54 fincas registrales, cuyo préstamo acredita, sigue vigente, la rectificación precisará el consentimiento del titular registral o en su defecto, resolución judicial firme dictada en procedimiento en el que éste sea parte. En igual sentido se pronuncia el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de la Dirección General de 11 de abril de 2000 y 16 de octubre de 2006 de las que resulta que para desvirtuar los efectos de dar carta de pago y consentir la cancelación de hipoteca, no basta una nueva manifestación unilateral en sentido contrario. Una vez practicada la cancelación de las hipotecas, no justifica que la misma pueda quedar sin efecto el hecho de que el préstamo continúe vigente. Dado el carácter accesorio de la hipoteca, ésta no puede subsistir sin el préstamo garantizado, pero sí puede existir préstamo sin garantía. No se niega la eventual posibilidad de que el consentimiento cancelatorio pueda estar afectado de vicios que puedan invalidarlo, pero mientras estos vicios no sean reconocidos por el beneficiario de esa declaración de voluntad viciada, o sean declarados judicialmente, el consentimiento para la cancelación ha de reputarse válido y plenamente eficaz. La rectificación registral exige, por ello, el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial firme ya que los asientos practicados están practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Ello es aún más evidente en el supuesto de la finca 49.906 inscrita a nombre de un tercero que ha adquirido después de la cancelación y que no ha consentido la rectificación, finca en la que, además, está inscrita una hipoteca posterior cuyo rango en ningún caso, puede resultar perjudicado por la rectificación que no ha consentido artículo 40, párrafo final, de

la Ley Hipotecaria). Por todo lo expuesto se suspende la rectificación solicitada. Contra esta (...). San Sebastián de los Reyes, 28 de febrero de 2011. La registradora (Firma ilegible) Fdo. Carmen de Grado Sanz.»

### III

Mediante escrito de 15 de marzo de 2011 que tiene entrada en este Centro Directivo el día 16 del mismo mes y año el notario, don Juan Carlos Caballería Gómez, interpone recurso gubernativo con arreglo a lo siguiente: «1.º—La cancelación de hipoteca es un acto unilateral del acreedor que precisa, como ha reconocido la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, la expresión de una causa. En el caso que nos ocupa la causa existe, y no es otra que el pago de la deuda, pero es errónea por cuanto un buen número de deudores que se expresan en la escritura de subsanación no han pagado al completo su deuda y la cancelación sólo obedece a un error de la entidad bancaria que luego subsana en posteriores escrituras. Los actos unilaterales son esencialmente revocables por aquél que los otorgó (ej. poderes, testamento...) y cuando no lo son es porque la Ley o una larga tradición jurisprudencial que los interpreta, lo declaran expresamente (ej. oferta unilateral de contrato, poderes irrevocables, hipotecas unilaterales, etc.) y siempre a salvo los derechos de terceros. Además se da la circunstancia que el banco al conceder el préstamo que después cancela en su totalidad de forma errónea, pacta con el deudor que en la ejecución por impago hará fe en juicio la cantidad resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, en la cláusula undécima de la escritura de préstamo hipotecario autorizada por mí el 29 de julio 2003, número 2.619 de protocolo, cuya matriz tengo a la vista, literalmente transcrita dice: “Undécima.—Pacto de liquidez.—A efectos de lo dispuesto en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el banco en la forma convenida por las partes en el presente contrato”. Es decir, que la sola entidad financiera previo pacto con el deudor, tiene el privilegio, nacido de la confianza que la ley deposita en la entidad de determinar el saldo vivo del préstamo por lo que resulte de sus libros, y proceder a la ejecución de la finca en caso de impago. Esta facultad que puede parecer exorbitante es el resultado de una larga tradición en la legislación española y que permite al banco fijar el saldo en un momento determinado. Aplicando este criterio el banco ha certificado uno a uno el saldo del préstamo hipotecario garantizado por cada finca y estos certificados se han incorporado a la escritura de subsanación autorizada por el ahora notario recurrente, y de los que resulta que el préstamo no ha sido pagado en su totalidad y que la cancelación ha sido errónea. Sería absurdo negar al banco esta posibilidad que es menos gravosa para el deudor que el daño que se le puede ocasionar en una ejecución hipotecaria, y obligar a la entidad a tantos procedimientos judiciales como deudores haya, a fin de recuperar la garantía hipotecaria perdida por error, con las dilaciones y gastos subsiguientes. Es obvio, como dice la registradora que puede existir el préstamo sin la hipoteca, pero esa no es la cuestión debatida. Aquí lo que se discute es el procedimiento de subsanación de un error cometido unilateralmente por el acreedor al que la ley le concede unas facultades excepcionales. Error puesto de manifiesto en la escritura de cancelación otorgada ante don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, de 17 de noviembre de 2007, número 3.457 de protocolo, que se acompaña, cuando en el otorgan tercero, dice literalmente: “Tercero.—En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley del Notariado y en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, los comparecientes, en la representación que ostentan, manifiestan que la obligación principal cuya garantía hipotecaria ahora se cancela ha sido reembolsada al banco de acuerdo con lo previsto en la escritura de préstamo hipotecario con cargo a la cuenta del cliente designada a tal efecto en la citada escritura”. 2.º—Desde el punto de vista de la jurisprudencia registral la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones: Así, la Resolución de 11 de abril de 2000, señala que aunque la cancelación sea un acto unilateral no deja de

producir efectos para cuya desvirtuación «no basta con una nueva manifestación unilateral en sentido contrario de quien la realiza», pues se han producido efectos a favor de terceros, y termina exigiendo, bien el consentimiento del favorecido, bien la oportuna resolución judicial que confirme el error de hecho. En primer lugar señalar que en la citada Resolución la escritura de subsanación que dejaba sin efecto la de cancelación no contenía las certificaciones de saldo a efectos del artículo 572.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil que da la certeza y seguridad establecida por la Ley a la escritura de subsanación objeto de este recurso. Y en segundo lugar la Resolución de 11 de abril de 2000 apunta el perjuicio para terceros que conllevará la inscripción de la escritura de subsanación sin consentimiento del titular registral. En ningún caso, ni en la Resolución citada, ni en el presente recurso, puede tener el deudor la consideración de tercer hipotecario. Cada uno de los deudores, cuya hipoteca se cancela erróneamente, es parte en el negocio, y aunque tengan la consideración de favorecidos por el error, no pueden considerarse terceros hipotecarios porque no concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de dar valor a la rectificación de escrituras de cancelación de hipoteca y de condiciones resolutorias otorgadas erróneamente, y permite la subsanación sin consentimiento de los titulares registrales favorecidos por la cancelación. Así: la Resolución de 30 de octubre de 2.010, que además planteaba una cuestión del principio de prioridad registral y de presentaciones telemáticas, acaba concluyendo que la escritura de cancelación otorgada por una entidad bancaria, se subsana con plenos efectos por la propia entidad sin consentimiento del favorecido por la cancelación. En el mismo sentido las Resoluciones de 9 y 11 de noviembre de 2009, referidas a sendas condiciones resolutorias que se cancelan erróneamente, permiten la subsanación del error sin consentimiento de los titulares registrales favorecidos por la cancelación. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica es fácil imaginar la contradicción y los problemas que puede ocasionar, en la práctica, certificar por parte de la registradora que la finca o fincas aparecen en el Registro como libre de cargas, cuando existe la certeza de que la cancelación se practicó por error demostrado y los abusos que ello podría dar lugar. La alternativa del banco, que no olvidemos tiene la facultad del artículo 572.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, es interponer tantos recursos judiciales como prestatarios hay con los costos y dilaciones que ello lleva consigo. Por último señalar que según resulta de la calificación registral la situación creada en el Registro ha determinado la existencia de terceros protegidos titulares de nuevas hipotecas que gravan las fincas 49.906 y 49.916, cuyos derechos no pueden ser alterados por la escritura de subsanación cuya calificación ahora se recurre, y respecto de las que no se interpone el presente recurso.»

#### IV

La registradora se mantuvo en su criterio, elevando su informe a este Centro Directivo el día 31 de marzo de 2011.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.3, 40, 96 y 141 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de esta Dirección General de 10 de marzo y 7 de mayo de 1978, 11 de abril de 2000, 16 de octubre de 2006 y 7 de marzo de 2011.

1. La única cuestión a resolver en este recurso es si para dejar sin efecto una serie de cancelaciones de hipotecas que se han practicado por error en el título que las motivó, bastan unas escrituras de rectificación y aclaración otorgadas sólo por el que fue titular registral de dichas hipotecas o, por el contrario, es necesario el consentimiento de los titulares registrales actuales de dichas fincas. En la nota de calificación la registradora hace constar que del historial de las fincas resulta que se practicó la cancelación de la hipoteca en el año 2007; que los titulares del dominio de las cincuenta y cuatro fincas en

las que se pretende dejar sin efecto la cancelación asumieron la deuda y se subrogaron en la hipoteca inscrita, salvo el propietario de la finca registral 49.906 que adquirió una vez cancelada la hipoteca, existiendo en esta finca una hipoteca inscrita con posterioridad a favor de otra entidad. En la última escritura de subsanación, los representantes de la entidad bancaria acreedora aportan cincuenta y cuatro certificaciones expedidas por apoderados del banco de los que resultan los saldos actuales de los préstamos cuya hipoteca ha sido cancelada erróneamente.

2. El recurso no puede ser estimado. El artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria es claro al señalar el procedimiento de rectificación del Registro cuando la inexactitud tabular tuviese su causa en «falsedad, nulidad o defecto del título que hubiese motivado el asiento». En estos casos se exige consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. Sólo si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes (documentos que ponen de manifiesto la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica), bastará la extensión del asiento a petición del interesado, con la presentación de los mismos, y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos en el citado artículo 40 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resoluciones de 10 de marzo y 7 de mayo de 1978 y 4 de octubre de 2007 y 7 de marzo de 2011). Pero esta excepción no es aplicable al supuesto de hecho planteado. En efecto, no puede admitirse, como pretende el recurrente, que al haberse pactado al amparo del artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la cantidad exigible para el caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por el banco, baste con la incorporación a la escritura de subsanación de las certificaciones de los apoderados de la entidad que acreditan el saldo vivo de los préstamos para rectificar el error. Las referidas certificaciones carecen de valor de documento auténtico a los efectos expresados y las cancelaciones han producido, desde su realización, relevantes efectos: se presume extinguido el derecho inscrito y el asiento de cancelación está bajo la salvaguarda de los Tribunales (cfr. artículos 1.3 y 96 de la Ley Hipotecaria). Además, aún cuando se probase de forma fehaciente el hecho negativo de la falta de extinción por pago de las obligaciones garantizadas, ello no sería suficiente «per se» para dar por acreditado el error, pues si bien la garantía no puede subsistir sin la obligación asegurada (cfr. artículos 1847 y 1857 número 1 del Código Civil), nada impide que ésta subsista sin aquella, por lo que la eventual prueba de la falta de extinción de la obligación asegurada no es suficiente, a los efectos de su rectificación registral, para entender acreditado que la cancelación de la hipoteca por su titular haya sido necesariamente errónea.

En definitiva, el hecho de que la escritura de cancelación se haya otorgado unilateralmente no implica, una vez verificada la cancelación, que su anulación o rectificación pueda ser acordada unilateralmente por la entidad bancaria, del mismo modo que, por ejemplo, la hipoteca constituida unilateralmente no puede cancelarse simplemente por otra declaración unilateral contraria (cfr. artículo 141 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

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

Madrid, 18 de agosto de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.