

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14866 *Resolución de 22 de julio de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 nº 3, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Vitoria don don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha capital (Registro número 3), doña María Dolores Cuenca Carrasco, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, Notario de Vitoria, el 22 de diciembre de 2008, bajo el número 3251 de protocolo, se formalizó un préstamo concedido por Banco Popular Español, S.A., en favor de los esposos doña Begoña O. de I. S.V. y don Félix-Luis A. E., casados bajo gananciales, quien resultaron deudores solidarios del mismo, garantizado con hipoteca que se constituyó sobre la mitad indivisa de la vivienda que en la escritura se describe, propiedad privativa de la esposa. Por constituir el inmueble el domicilio familiar del matrimonio, la hipoteca fue constituida con el consentimiento expreso del esposo.

El mismo día, inmediatamente después del otorgamiento de la anterior escritura, los mismos esposos otorgaron ante el mismo Notario, con el número siguiente de protocolo, 3252, una escritura de aportación de la finca objeto de la referida hipoteca a la sociedad de gananciales, que el esposo aceptó.

También el día 22 de diciembre de 2008, y en el mismo envío telemático –según afirma el Notario recurrente–, se remitieron al Registro de la Propiedad sendas copias electrónicas de las dos escrituras mencionadas al objeto de que se practicara en forma legal, a los efectos procedentes, los oportunos asientos de presentación.

Según comunicación telemática, recibida el 23 de diciembre de 2008 mediante firma electrónica por el Notario autorizante (que éste aporta mediante testimonio con su escrito de recurso), la escritura de constitución de hipoteca –número 3251 de protocolo– causó entrada en el Registro a las 19:04:17 horas del 22 de diciembre de 2008, con número 7163, y se practicó el asiento de presentación con fecha 23 de diciembre de 2008, a las 9 horas y bajo el asiento 24 del Diario 40. Y, como consta en otra comunicación del mismo carácter (también aportada por el recurrente mediante testimonio), la escritura de aportación a la sociedad de gananciales –número 3252 de protocolo– causó entrada en el Registro a las 19:03:49 horas del 22 de diciembre de 2008, con número 7162, y se practicó el asiento de presentación con fecha 23 de diciembre de 2008, a las 9 horas y bajo el asiento 23 del Diario 40. Dichas escrituras fueron presentadas en el Registro, en soporte papel y después de liquidar el impuesto correspondiente, los días 19 de enero de 2009, la de constitución de hipoteca, y el día 26 del mismo mes la de aportación a la sociedad de gananciales.

El 5 de febrero de 2009 se inscribió la referida escritura de aportación a la sociedad de gananciales, presentada bajo el asiento 43 del Diario 40.

II

El día 28 de febrero de 2009, la escritura de constitución de hipoteca fue objeto de la siguiente calificación:

«... Previa calificación desfavorable del documento precedente y vistos los artículos 1, 2-1.º y 2.º, 3, 17, 18, 19, 19 bis, 20 párrafos 1.º y 2.º, 24, 25, 32, 100, 322 y 324 y ss. de la

Ley Hipotecaria, 1, 7, 8-2.º, 33, 98, 99, 101 y 430 y 434 de su Reglamento, se ha denegado la inscripción del mismo por el/los siguiente/s defecto/s calificado/s como insubsanable/s:

Único. Aparecer inscrita la finca a nombre de Begoña O... de I... S... V... y Félix-Luis A... E..., personas distinta del prestatario hipotecante –únicamente el esposo– por aportación gratuita a la sociedad de gananciales, en virtud de escritura autorizada por el Notario de Vitoria-Gasteiz, don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, el veintidós de diciembre del año dos mil ocho, protocolo número 3252/2.008, primera copia de la cual tuvo entrada telemáticamente a las 19,03 horas del 22-12-2008, habiendo sido presentada a las nueve horas del veintitrés de diciembre del año dos mil ocho –fecha anterior a la de la hipoteca de la presente calificación–, según el asiento 23 del diario 40.

Para que dicha escritura pueda inscribirse en este Registro de la Propiedad deberá de presentarse la misma acompañada de escritura de rectificación de la misma otorgada por las mismas personas otorgantes de dicha escritura, por la que los titulares actuales reconozcan dicho préstamo hipotecario prestando su consentimiento a la inscripción del mismo.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación...».

III

La calificación fue notificada al Notario autorizante el 12 de marzo de 2009. Y por escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad el 30 de marzo, dicho Notario interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que argumenta lo siguiente:

1.º El fundamento jurídico del recurso no es otro que el propio texto de la calificación, no sólo en cuanto a las inexactitudes gramaticales de su redacción, sino, sobre todo, y de forma trascendental, en cuanto a su discordancia con la realidad de los hechos, y así, por orden de importancia de menor a mayor:

A) A la hora de practicar la correspondiente inscripción la Sra. Registradora, por razones que, tal vez, no se le alcanzan al recurrente, se le ha ocurrido precisamente inscribir la finca previamente a la que ahora deniega, habiendo obrado en su poder a la hora de practicar tal inscripción todos los elementos que le aconsejaban para no hacerlo así.

B) Dice la Sra. Registradora, continuando lo anterior, «personas distinta del prestatario hipotecante –únicamente el esposo–...».

Hay un error gramatical: ó se trata de «personas distintas», o «persona distinta», pero nunca «personas distinta».

Pero merece detenerse en el examen de la aposición que hace en esta frase a la anterior expresión cuando se refiere «–únicamente el esposo–». Al incluir esta aposición sólo pueden concluirse dos cosas: o está la expresión también materialmente redactada en forma errónea, o no se ha comprendido, entendido o leído el texto de la escritura por la Sra. Registradora, pues quien literalmente es la hipotecante es la esposa, titular con carácter privativo en este momento de la finca hipotecada, siendo el esposo el que presta el consentimiento para la hipoteca.

C) Se concluye de la redacción de la nota de calificación que la presentación de la primera copia de la escritura de aportación tuvo lugar a las 19,03 horas del 22-12-2008, «.....habiendo sido presentada a las nueve horas del veintitrés de diciembre del año dos mil ocho –fecha anterior a la de la hipoteca de la presente calificación–, según el asiento 23 del diario 40...».

Aquí la redacción de la nota de calificación resulta absolutamente incomprensible, pues no se llega a entender cual de las dos escrituras se ha presentado antes. ¿Qué copia de escritura se presentó telemáticamente antes que la del préstamo hipotecario cuya inscripción se deniega?. ¿La aludida de aportación a gananciales?... pero... ¿no dice la nota de calificación que se presentó el día veintitrés?, claro..., que, por otra parte la nota

de calificación dice que el día (veintitrés) es fecha anterior a la fecha de la presentación de la de la hipoteca objeto de la calificación (veintidós)....

Quizá hay que interpretar la nota en el siguiente sentido: Se presentó telemáticamente la copia de la escritura de aportación (3252 de Protocolo) el 22-12-2008, a las 19,03 horas, e inmediatamente (antes de las nueve horas del día siguiente) se procedió a su inscripción; y una vez inscrita, el veintitrés de Diciembre del años dos mil nueve, a las nueve horas, fecha posterior (debido la expresión de «fecha anterior» a otro error gramatical) se presenta telemáticamente la copia de la escritura de préstamo hipotecario, y dada la anterior inscripción, el principio hipotecario «prior tempore, potior iure», no coincidir quienes literalmente dicen que hipotecan (aunque intervengan en el momento de la constitución de la hipoteca) con los que constan inscritos en el Registro de la Propiedad como titulares de la finca, etc. etc.,,,,,, no es posible inscribir la hipoteca.». Pero esto es una mera suposición, y por tanto no hay que darle mayor valor, pues lo escrito, escrito está, y debe interpretarse en sus propio términos.

D) Afirma la Sra. Registradora en su nota que la copia escritura de aportación a gananciales se presenta a las 19,03 horas del 22-12-2008, y la de la hipoteca a las nueve horas del día veintitrés de diciembre de dos mil ocho.

Frente a tal afirmación, cabe alegar lo siguiente:

a) Las escrituras se leen, otorgan, y autorizan en unidad de acto, y a continuación una de otra, con números correlativos de protocolo: el 3.251 para la de préstamo hipotecario, del que son prestatarios ambos cónyuges, e hipoteca el titular de la finca hasta ese momento con el consentimiento expreso del otro. Y el 3.252, en la que el cónyuge hipotecante, siendo sabedor lógicamente de la hipoteca constituida y pendiente de inscripción el otro cónyuge que consiente la aportación.

b) Otorgadas y autorizadas las dos escrituras se preparan inmediatamente las copias autorizadas de las mismas para ser remitidas, en la misma fecha, y a la mayor brevedad al Registro de la Propiedad correspondiente, en este caso el número 3 de Vitoria, para la práctica de los correspondientes asientos de presentación.

c) Como es habitual en la notaría a cargo del suscribiente las remisiones se realizan una vez efectuadas las pertinentes preparaciones de copia, y la autorización de éstas mediante firma electrónica, por envío simultáneos que comprenden todas las escrituras que corresponden a cada Registro y máxime las que tienen, como en el caso presente alguna vinculación y relación entre ellas. Concretamente, y en el presente caso, y en el justificante que se imprime al realizar la remisión a los Registros, en el que aparece el pertinente «ok» del envío, resultan remitidas el 22/12/2008 la escritura número de protocolo 3251-2008, a las 16:31:13 horas, que corresponde al préstamo hipotecario cuya inscripción se deniega; y la número 3252-2008, a las 16:32.49 horas, que corresponde a la aportación de la finca a la sociedad de gananciales.

No obstante a la anterior se reciben telemáticamente las comunicaciones registrales de los asientos de presentación dichos del Registro de la Propiedad número 3, y en ellos, aún remitidos en el mismo envío resulta alterado el orden de recepción de las copias. Concretamente aparece en estas comunicaciones en primer lugar, con el número de entrada 7.162, el protocolo 3.252/2008, a las 19:03:04, figurando como datos de presentación el Asiento 23, Diario 40, fecha de presentación 23/12/2008; y en segundo lugar con el número de entrada 7.163, el protocolo 3.251/2008, a las 19:043:17, figurando como datos de presentación el Asiento 24, Diario 40, fecha de presentación 23/12/2008.

Es decir, como conclusión de lo expuesto, y en cuento a lo realizado desde la notaría, no sólo se ha alterado el orden de presentación en el Registro de la Propiedad, sino, lo que es mas grave, aparecen practicados los asientos de presentación con una demora superior a 24 horas desde la fecha y hora de su envío correcto.

d) Dada la no vigencia en Álava de la posibilidad del cumplimiento por medios electrónicos o telemáticos de los trámites fiscales, previos a la inscripción registral, obligados de las escrituras, se expiden las copias autorizadas en papel para cumplimentar tales finalidades. Realizados los trámites fiscales se presentan materialmente tales copias

para su inscripción definitiva en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Vitoria. Y concretamente tienen lugar tales presentaciones en las siguientes fechas. La copia de la escritura de préstamo hipotecario número 3.251 de Protocolo, objeto del presente recurso, cuya inscripción se deniega según la calificación que ahora se recurre, se presenta el 19 de enero de 2009.

Y la presentación y entrega material de la copia de la escritura de aportación número 3.252 de Protocolo, se realiza el día 26 de enero de 2009, nada menos que siete días con posterioridad a la precedente en orden de protocolo, lo que no obsta para su inscripción con la celeridad necesaria para impedir de la anterior en orden y tiempo.

e) Cabe destacar el contraste que produce que, frente a las «irregularidades» como las hechas constar, la «pura formalidad» de que la escritura de constitución de la hipoteca no contenga en su texto la literalidad de que «ambos titulares constituyen la hipoteca», y que aún admitiendo y obviando todo lo expuesto, y otras cuestiones como que no se ha tenido en cuenta el número de orden de los protocolos, que las copias de ambas escrituras, y sus iniciales asientos de presentación han obrado en poder de la Sra. Registradora como elementos para emitir su calificación además de todo lo resultantes de los libros a su cargo, y aun considerando que de buena fe se ha antepuesto la inscripción de la aportación a los gananciales a la constitución de la hipoteca, no se haya tenido en cuenta por la misma Sra. 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 institución ambos esposos, y han sido plenos concededores de la realidad del negocio en su conjunto, y beneficiarios del préstamo que garantiza la hipoteca que ambos esposos consienten. Sin embargo en este momento se vuelve especialmente restrictivo y literal el criterio de la Sra. Registradora hasta el punto de denegar la inscripción por causa de la que únicamente ella es responsable.

IV

Mediante escrito con fecha de 15 de abril de 2009, la Registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 20 del mismo mes). A dicho informe se acompaña el elaborado por el Colegio de Registradores (Servicio de Sistemas de Información) en el que se concluye que, aunque el Notario procedió al envío de la copia electrónica de la escritura número 3251 de protocolo y posteriormente al envío de la relativa a la escritura número 3252, los servicios centrales de dicho Colegio –y comportándose la plataforma correctamente– recibieron tales documentos en orden inverso, asignando entrada por ese orden de recepción. Asimismo, se añade que la explicación de esta situación se encuentra en que el documento recibido antes es el que tiene menos tamaño (116KB frente a los 714KB del documento recibido después), y que existe un «decalaje» de unos 22 segundos entre un documento y otro en los servicios centrales de dicho Colegio, de modo que las diferencias de tiempo a los que también se refiere el Notario recurrente) son imputables a los tiempos de gestión en los nodos notariales y registrales, y la diferencia de tiempos mostrados en los servicios centrales del Colegio de Registradores muestran la diferencia de tiempo que ambos documentos tardaron en llegar a los servicios centrales notariales.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 17, 20, 38, 40, 66, 322 y siguientes de de la Ley Hipotecaria; 108, 110 y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 416 y siguientes del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 28 de mayo de 1998; 28 de julio de 1999, y 11 de abril de 2003.

1. En el supuesto del presente recurso concurren las circunstancias siguientes:

a) El mismo día y con números de protocolo correlativos se otorgaron, primero, una escritura de préstamo concedido a dos cónyuges, garantizado con hipoteca constituida

sobre la mitad indivisa de una finca privativa de la esposa, y, después, otra escritura por la que ésta aportó dicha finca a su sociedad de gananciales. En la primera de las mencionadas escrituras el esposo consintió la constitución de la hipoteca por tratarse de la vivienda familiar habitual.

b) El Notario autorizante de ambas escrituras remitió al Registro de la Propiedad sendas copias autorizadas de dichos títulos mediante su firma electrónica, con envío simultáneo. No obstante, dicho Notario recibió comunicación telemática por la que se le hizo saber que la escritura de constitución de hipoteca –número 3251 de protocolo– causó entrada en el Registro, con la correspondiente práctica del asiento de presentación, después de la escritura de aportación a la sociedad de gananciales –número 3252 de protocolo–.

c) Como consecuencia del orden de los asientos de presentación de los títulos en el Registro, la Registradora practica la inscripción de la escritura de aportación a la sociedad de gananciales y deniega la de constitución de hipoteca.

2. Sin necesidad de analizar las razones por las que, en el presente caso, resultan practicados los asientos de presentación de las escrituras en orden inverso al de su autorización, a pesar de haber sido remitidas al Registro telemáticamente en ese orden –aunque en el mismo envío– mediante la firma electrónica reconocida del Notario autorizante –cuestión ajena a lo que constituye el objeto propio del recurso contra la calificación registral negativa– lo cierto es que, una vez practicado el correspondiente asiento de presentación, queda éste bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud (cfr. artículo 1, párrafo 3, de la Ley Hipotecaria). Por ello, el principio de prioridad impide al Registrador inscribir un documento en tanto esté vigente un 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 dichos 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, por lo que, a la vista de las circunstancias concurrentes, no puede ser mantenida la calificación impugnada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, en los términos que anteceden.

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, 22 de julio de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.