

Ausencia de responsabilidad de la entidad bancaria prestamista por la existencia de una hipoteca anterior sobre la finca vendida

Comentario a la STS, 1ª, 26.3.2007 (RJ 2010, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)

Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

Facultad de Derecho
Universidad de La Rioja

Abstract

El Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 26 de marzo de 2007, niega el carácter de mandato tácito a la verificación de cargas efectuada por la entidad bancaria concedente de un préstamo hipotecario. Considera que dicha operación se lleva a cabo en el marco de una operación de concesión de un préstamo hipotecario, de modo que es totalmente ajena al negocio de compraventa de la finca que motiva la solicitud de préstamo. Por lo tanto, desestima la pretensión de la demandante de que la entidad bancaria le indemnice como consecuencia de que posteriormente averiguó que la finca que había adquirido estaba gravada con una hipoteca anterior. En este comentario se analizan los diversos argumentos que nuestro Tribunal señala en esta resolución.

The Judgment of the Spanish Supreme Court of March 26th 2007 held that the mortgagee has not a contractual duty to check whether a prior mortgage on the property has not been released. Thus, the Supreme Court denies an award to the plaintiff, a mortgagor who discovered the prior mortgage after buying the property. This paper comments on the judgment and analyzes the Court's reasoning.

Title: A mortgagee bank cannot be held liable for failing to inform about a prior mortgage on the property

Keywords: Mortgage; Mortgagee duties; Land Registry Publicity

Palabras clave: Hipoteca; Deberes contractuales; Publicidad registral

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Mandato y verificación de cargas por el Banco**
 - 2.1. Concepto y características del mandato**
 - 2.2. Consideración de la verificación de cargas realizada por el Banco como mandato**
- 3. Publicidad registral**
- 4. Conclusiones**

1. Introducción

En esta sentencia de 26 de marzo de 2007 el Tribunal Supremo resuelve sobre un asunto en el que se discutía la responsabilidad de un Banco concedente de un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la compra de una nave industrial que se vendió como libre de cargas y gravámenes, no siendo así realmente pues existía sobre dicha nave industrial una hipoteca anterior que fue ejecutada.

Los hechos fundamentales fueron los siguientes:

Una empresa, Top Equip S.A., compra a otra, Miherati S.A., una nave industrial y en la escritura pública de compraventa la vendedora hace constar que el bien se encuentra libre de cargas y gravámenes y, por su parte, la compradora manifiesta que conoce y acepta la situación física, urbanística y jurídica de la finca que se adquiere.

Paralelamente se tramita la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria por el Banco Español de Crédito S.A. a Top Equip S.A. para financiar la compra de la referida nave industrial. En la escritura pública de ese préstamo hipotecario se hace constar también que el bien se halla libre de cargas y gravámenes, según manifiestan las partes (tanto el Banco prestamista como la sociedad prestataria). Y ello se declara así en virtud de la verificación de cargas efectuada por el Banco junto con el resto de la tramitación de la concesión del préstamo y la liquidación de impuestos, por los que la entidad prestamista cobró un determinado importe a la prestataria y compradora de la nave industrial.

Posteriormente se “descubrió” que realmente el bien adquirido estaba gravado por una hipoteca anterior, que fue ejecutada.

Ante ello la sociedad compradora Top Equip S.A. demanda al Banco prestamista, y no a la vendedora Miherati S.A., por sentirse engañada al haber adquirido una finca con una carga hipotecaria cuando se le vendió como libre de cargas y gravámenes. Se reclama al Banco una indemnización por los daños y perjuicios al entender que la entidad bancaria cumplió con dolo y negligencia sus obligaciones derivadas de un contrato de mandato existente entre ellos basado en la verificación de cargas que el Banco hizo y cobró a la compradora y demandante.

En primera instancia se desestimó la demanda, no debiendo pagar el Banco ninguna cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos por la sociedad Top Equip S.A. Ésta apeló y la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al Banco al pago de una determinada cantidad a la entidad prestataria. Posteriormente, el Banco acudió en casación y el Tribunal Supremo, en esta sentencia que se comenta, resolvió estimar el recurso y hacer suyo el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia, no condenando al Banco al pago de ninguna indemnización con base en que realmente no existió ningún contrato de mandato entre el Banco y la sociedad prestataria manifestado en esa verificación de cargas llevada a cabo por el primero y

cobrada a la segunda y con base también en la publicidad registral esencial en el ámbito hipotecario.

Así, pues, son tres los principales aspectos analizados por esta resolución: el contrato de mandato; la actuación del Banco en cuanto a la verificación de cargas; y la publicidad registral. Éstas serán las cuestiones a tratar en este comentario.

2. Mandato y verificación de cargas por el Banco

2.1. Concepto y características del mandato

El contrato de mandato viene regulado en los arts. 1709 y ss. CC. En esta regulación y por la doctrina se hace especial hincapié en que la nota esencial de este contrato es que el mandatario actúa por cuenta e interés del mandante; por tanto, por cuenta e interés ajeno.

El art. 1709 CC acoge el concepto de mandato al señalar: “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

De este modo resulta que el mandatario actúa en sustitución de otra persona y por cuenta e interés de ese sujeto, vinculando al mandante todo lo realizado por el mandatario, siempre, eso sí, que éste no se haya excedido de los límites del mandato (art. 1727 CC).

Además de estas notas, para poder entender que en un caso existe un mandato y no otra figura similar en la que también exista una actuación de una persona por o para otro sujeto (por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mediación) es necesario que la actuación del mandatario tenga trascendencia jurídica para el mandante: así, el objeto del contrato de mandato se caracteriza por ser objetivamente ajeno al mandatario, en interés del mandante, y jurídicamente trascendente para éste, que es quien realiza el encargo¹.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1710 CC, el mandato podrá ser expreso o tácito, siendo tácito cuando su existencia se deriva de actos concluyentes, que, además, permiten determinar en cierta medida cuales son las facultades concedidas por el mandante al mandatario.

Es doctrina jurisprudencial ya consolidada y derivada de numerosas resoluciones del Tribunal Supremo la que establece que es expreso no sólo el mandato que se da en instrumento público o privado, sino también de palabra (STS de 21 de marzo de 2007 y las en ella citadas). Y, asimismo, señala el Tribunal Supremo que “para dar carta de naturaleza a un mandato tácito, ello se tiene que derivar de actos que impliquen «necesariamente», de modo evidente e inequívoco, la intención de obligarse. Es más, si el mandato tácito es conferido por meros actos del mandante, exige que estos actos sean unívocos en el sentido de que no se presten a ser interpretados diversamente, y siendo de tal forma confluyentes que den a entender la existencia de una

¹ Véase, entre otros, Pedro DE PABLO CONTRERAS (2000), “El mandato”, en Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coordinador), *Curso de Derecho Civil*, vol. II, Colex, Madrid, pp. 653, 654 y 661.

determinada declaración de voluntad y sean incompatibles con toda otra" (SSTS de 10 de julio de 2003 y de 21 de marzo de 2007, así como las resoluciones en ellas citadas).

De modo que, para considerar que de la realización de determinados actos cabe deducir la existencia de un mandato, esos actos deben ser inequívocos en ese sentido; de lo contrario, no puede apreciarse que entre dos sujetos existe una relación tal que obligue a uno de ellos a actuar conforme a las instrucciones del otro en la realización de un negocio o acto jurídico por cuenta e interés de éste y respondiendo por dolo o culpa de los daños que de la falta de ejecución efectiva del encargo se deriven para el mandante.

Interesante al hilo de esta sentencia de 26 de marzo de 2007 es la determinación de la responsabilidad del mandatario; responsabilidad que exige la recurrente Top Equip S.A. al Banco como mandatario que, según ella, fue en cuanto a la verificación de cargas.

A este respecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1718 CC, el mandatario queda obligado a cumplir el mandato desde el momento en que acepte el encargo y, de no ejecutarlo, responderá de los daños y perjuicios causados al mandante. Además, en la ejecución del mandato el mandatario deberá atenerse a las instrucciones del mandante o, a falta de ellas, actuar como lo haría "un buen padre de familia" (art. 1719 CC), debiendo dar cuenta de sus operaciones (art. 1720 CC). El mandatario responde no sólo por dolo sino también por culpa (art. 1726 CC).

2.2. Consideración de la verificación de cargas realizada por el Banco como mandato

En el caso resuelto por la STS de 26 de marzo de 2007 la demandante y recurrente Top Equip S.A. alega que existía un mandato tácito de verificación de cargas, como se demostraría con el documento por el que el Banco le cobra cierta cantidad por la verificación de posibles cargas.

Pero de este hecho, como razonablemente señala la sentencia comentada, no cabe derivar un mandato tácito de la demandante al Banco. Y ello porque en ningún momento concurre la nota esencial a todo mandato cual es el actuar en cuenta e interés ajeno. En este caso el Banco no actuó por cuenta e interés de la supuesta mandante Top Equip S.A., sino por su propia cuenta e interés. El Banco es el que está interesado en llevar a cabo la verificación de cargas por cuanto con base al resultado de la misma podrá decidir con cierta seguridad si concede o no el préstamo con garantía hipotecaria. Lógicamente el resultado de esa verificación también interesa al prestatario, pero ello no es óbice para que la calificación de la actividad desarrollada por el Banco sea la de actuación por cuenta e interés propio (aun cuando, como digo, repercuta también en los intereses del prestatario).

La verificación de cargas es una de las operaciones bancarias más habituales como paso previo a la concesión u obtención de un préstamo hipotecario. Y su práctica es también una de las operaciones que, en el marco del estudio de la concesión de un préstamo hipotecario, terminan siendo repercutidas finalmente al concreto prestatario. Pero no por el hecho de que se cobre esa operación cabe entender que lo que ha existido es un mandato de verificación de cargas: no puede apreciarse con base únicamente en ese cobro la concurrencia de voluntades tácitas en tal sentido.

Esta conclusión se ve más claramente al considerar que el Banco, aun cuando el prestatario hubiera afirmado ante él que la finca se halla libre de cargas, hubiera hecho igualmente, sin duda, esa verificación de cargas para cerciorarse él (lo hace por cuenta e interés del Banco, por lo tanto) de que esa concesión del préstamo es oportuna y viable para la entidad financiera. Y esa verificación se la cobrará igualmente al prestatario porque es una operación que tiene que hacer el Banco en el marco de la concesión de un crédito; una operación más en su estudio de riesgos que acaba repercutiéndose en el prestatario que debe pagar esas gestiones para la obtención del préstamo. Pero en este último caso, pese al cobro, queda claro que en ningún momento hubo mandato, encargo o petición alguna para la verificación de cargas (que efectivamente se realizó), pues el prestatario ya afirmaba que la finca estaba libre (por tanto, ya manifestaba su conocimiento, erróneo o no, de la situación de la finca que iba a adquirir).

Así pues, a mi juicio, el mero cobro de unos gastos por la verificación de cargas no puede ser por sí sólo acreditativo de la existencia de un mandato del prestatario al Banco de verificación de cargas que se extienda más allá del ámbito propio en que esta operación se enmarca; esto es, que además de en el marco de la concesión de un préstamo hipotecario, se extienda al del contrato de compraventa. Tal vez la existencia de otras pruebas pudiera determinar que efectivamente existió ese mandato, pero con base únicamente en el cobro de la verificación de cargas tal afirmación no es posible.

Esta operación de verificación se hace por el Banco por su cuenta e interés, así como a su riesgo, pues la errónea o deficiente práctica de esa operación puede determinar que, en un momento dado, se quede sin la garantía inmobiliaria que acompañaba a su crédito.

Y, desde luego, como se ha indicado, esta operación se enmarca en la decisión de conceder un préstamo hipotecario y no en la decisión de efectuar la compraventa del bien que servirá de garantía (y para cuya adquisición se ha pedido el préstamo), pues ese bien ha sido ya adquirido mediante el oportuno contrato de compraventa. No en vano hay que recordar cómo el art. 1857 CC exige para la constitución de una hipoteca que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca.

Con esa pretensión de que existía un mandato tácito en cuanto a la verificación de cargas, Top Equip S.A. trataba de hacer recaer las consecuencias de su propia negligencia en cuanto a la firma del contrato y escritura de compraventa en el Banco concedente del préstamo. Top Equip S.A. pretendía que fuera el Banco quien asumiera la pérdida del bien garantizado indemnizándole por su supuesta negligencia en la verificación de cargas. Pero esto no puede ser así.

Es evidente la negligencia del Banco en cuanto a cómo llevó a cabo la verificación de cargas (se ha puesto de manifiesto finalmente que sí existía una hipoteca anterior sobre el bien inmueble, que de haber sido comprobado eficazmente hubiera determinado o la no concesión del préstamo o, al menos, la concesión bajo un tipo de interés más alto), pero esa negligencia sólo puede llevarle consecuencias negativas a él, pues él actuó por su cuenta, interés y riesgo. Y esas consecuencias se producen en el marco en que tal operación se realizó: la concesión de un préstamo hipotecario.

En este sentido, esa negligencia tendrá como efecto que al haberse ejecutado el bien hipotecado como consecuencia de una hipoteca existente anteriormente la hipoteca que garantizaba el crédito de ese Banco se cancela y, por lo tanto, su crédito pasa a convertirse en un crédito ordinario o común.

Pero el Banco por su actuación (repito, no en interés y cuenta ajena sino propia) no tiene por qué asumir las consecuencias de la negligente conducta de la demandante Top Equip S.A. en cuanto a la compraventa del bien posteriormente ejecutado; compraventa que es el contrato fuente de los perjuicios que ahora se reclaman al Banco con base en la actuación de verificación de cargas desarrollada y cobrada por éste, no siendo eso posible porque ambas actuaciones se desarrollan en marcos o negocios jurídicos totalmente diferentes: la actuación de la demandante Top Equip S.A. en el contrato de compraventa y la del Banco en cuanto a la concesión del préstamo hipotecario.

Resulta, por tanto, inviable la reclamación ejercitada contra el Banco en este sentido, como acertadamente se apreció en esta STS de 26 de marzo de 2007.

Cuestión aparte merecedora, asimismo, de análisis es la actuación negligente de Top Equip S.A. (en la medida en que la existencia de una hipoteca viene necesariamente publicada en el Registro de la Propiedad, de consulta abierta a cualquier persona) y las consecuencias que de tal conducta se derivan.

3. Publicidad registral

La finalidad esencial de la publicidad registral es la protección del tráfico. Supone una fuente de información segura acerca de la titularidad de bienes y derechos reales y sobre su existencia. Se busca que las diversas situaciones inmobiliarias puedan ser conocidas por cualquier persona. Ello agiliza, además, los trámites en las transacciones pues se facilitan las operaciones de indagación y comprobación de la titularidad de los bienes objeto de la negociación.

A este respecto, el art. 221 LH señala: “Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”. Y esa publicidad formal de los libros registrales se lleva a cabo, principalmente, a través de las manifestaciones del contenido de los asientos registrales que realiza el Registrador mediante notas simples informativas o certificaciones (art. 222 LH).

Hay que destacar, asimismo, los efectos positivo y negativo de la publicidad registral, en general, derivados de la inscripción en el Registro de cualquier derecho real.

En cuanto a la fuerza negativa de la publicidad registral, ésta consiste en que el que inscribe su titularidad en el Registro se halla a salvo de los ataques de otros sujetos que contradigan su

derecho pero que no hayan inscrito su propio derecho o que lo hayan hecho con posterioridad a él. Esto es, en definitiva, lo no inscrito no podrá ser opuesto ni perjudicar a terceros (art. 32 LH).

Por lo que respecta al efecto positivo de la publicidad registral, éste supone la garantía de la existencia de esa titularidad; lo que aparece inscrito se tiene como cierto y el sujeto que confía en lo que el Registro hace constar se halla protegido (art. 34 LH).

El punto de partida de la publicidad registral en el caso de la hipoteca lo encontramos en los arts. 1875 CC y 145 LH. En ellos se consagra el carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca.

Como consecuencia de que la hipoteca no cuenta con la publicidad posesoria existente en otros derechos reales, pues su constitución no lleva aparejada la transmisión de la posesión del bien gravado del hipotecante al acreedor hipotecario, para evitar la existencia de hipotecas ocultas o desconocidas que perjudicarían gravemente a la seguridad del tráfico, se ha sustituido esa falta de publicidad posesoria por la publicidad registral. De manera que, para que una hipoteca quede válidamente constituida, junto con la escritura pública en la que se documente el negocio jurídico de constitución, será necesaria la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.

Con la exigencia de esa inscripción y esa publicidad registral se pretendía así evitar la existencia de las hipotecas ocultas y posibilitar el conocimiento de la existencia de esos gravámenes a cualquier persona (arts. 221 y 222 LH).

Junto con este aspecto del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, lógicamente en su caso también se producen los efectos positivo y negativo de la publicidad registral anteriormente apuntados. Pero es que, además, en el caso de la hipoteca al exigirse para su nacimiento la previa inscripción registral, esos efectos se elevan al máximo.

Así, nunca podrá oponerse a terceros una hipoteca no inscrita, pero no sólo porque carezca de publicidad registral, sino porque ni siquiera habrá nacido. Y una vez inscrita y, por tanto, existente, surtirá efectos contra cualquier tercero.

Teniendo en cuenta que cualquier persona puede tener acceso a la información publicada en el Registro de la Propiedad (arts. 221 y 222 LH), es clara la falta de diligencia de la demandante Top Equip S.A. en el supuesto de autos. Tanto en el contrato de compraventa como en el documento de concesión del préstamo hipotecario se hace constar que la finca adquirida está libre de cargas.

En el ámbito de esta última operación, la concesión del préstamo hipotecario, ya se ha señalado que las consecuencias recaen sobre el Banco (pues él fue el negligente) que pierde así la garantía real de su crédito.

Pero en el marco de la compraventa, una actuación diligente de la sociedad compradora le hubiera llevado a consultar el Registro de la Propiedad para comprobar la posible existencia de cargas o gravámenes, conociendo así la existencia de esa hipoteca previa que luego se ejecutó. Sin

embargo, no lo hizo así; no consultó los asientos, ni pidió nota simple informativa ni una certificación registral sobre el estado de la finca que iba a adquirir. En lugar de eso, se fió de la sociedad vendedora que afirmó (y así lo hizo constar en la escritura pública de compraventa) que la finca estaba libre de cargas; y, además, la propia sociedad Top Equip S.A. hizo constar en esa escritura pública que conocía y aceptaba la situación jurídica de la finca.

Lógicamente a raíz del impago del crédito garantizado con esa primera hipoteca, ésta se ejecutó y ello trajo como consecuencia que se cancelasen todas las cargas inscritas posteriormente (entre ellas, la segunda hipoteca) y, además, que el rematante del bien ejecutado adquiriera la titularidad del dominio de ese bien, desplazando de la misma a Top Equip S.A.

De modo que la negligencia de la sociedad compradora a la hora de comprobar la veracidad de la afirmación de la vendedora de que la finca se hallaba libre de cargas, siendo como era posible (y aún lógico y sensato dado el negocio que iba a llevar a cabo) dicha comprobación por la publicidad del Registro de la Propiedad, no supone sino que esa entidad compradora Top Equip S.A. tenga que acarrear con las consecuencias negativas de tal proceder.

Por otro lado, resulta interesante poner de relieve a estos efectos que ahora ya (no así en el momento en que sucedieron los hechos analizados en esta sentencia) se prevé expresamente en nuestro ordenamiento el que el notario debe verificar en el Registro de la Propiedad que el inmueble no ha sufrido ningún cambio entre el momento en que se hizo la primera verificación y la firma de la escritura. Así, el art. 175.3 del Reglamento Notarial tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, señala: "Sin perjuicio de que como medio de preparación para la redacción de la escritura se acceda a los Libros del Registro de la Propiedad, el notario deberá efectuarlo también en el momento inmediato más próximo a la autorización de la escritura pública bajo su responsabilidad". Esto permite que en el momento previo a la firma se asegure a las partes de que la finca que se adquiere se halla efectivamente libre de cargas, según información del Registro.

4. Conclusiones

Top Equip S.A. habrá perdido la titularidad de la finca que compró, pero seguirá manteniendo la deuda con el Banco que le prestó el dinero para su adquisición. El contrato de préstamo es ajeno a las circunstancias acaecidas con la finca, salvo en lo que respecta a la desaparición de la hipoteca que lo garantizaba. Ahora el crédito del que es titular el Banco frente a Top Equip S.A. no es hipotecario sino ordinario.

Esa reclamación ejercitada contra el Banco carecía de viabilidad, tal y como se ha expuesto. No existía (no se ha acreditado) ningún mandato en el hecho de la verificación de cargas realizada por esa entidad de crédito. Ésta actuó por su propia cuenta e interés y ninguna responsabilidad tiene en cuanto a la pérdida de la titularidad de la finca por Top Equip S.A. como consecuencia de la ejecución de una primera hipoteca. Ninguna responsabilidad tiene en los efectos derivados

de la compraventa previa de una finca gravada con una primera hipoteca; compraventa en la que no participó y a la que para nada se refería esa verificación de cargas (efectuada exclusivamente en el marco de la concesión del préstamo).

Ciertamente puede decirse que la sociedad vendedora engañó a la compradora afirmando que se hallaba libre de cargas, pero es que esta última, Top Equip S.A., no fue diligente comprobando la veracidad de esa situación, máxime cuando con el simple acto de acudir al Registro de la Propiedad hubiera conocido la existencia de esa anterior hipoteca, cuya ejecución tanto le ha perjudicado (perjuicios que pretende reclamar a la entidad concesionaria del préstamo pero que, sin embargo, no reclama a la sociedad vendedora por su presunta mala fe y engaño en el marco del contrato de compraventa).