

## III. Otras disposiciones

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**23162** *RESOLUCION de 23 de septiembre de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Francisco Taboada Camacho, en nombre del «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 7, de Málaga, a cancelar una hipoteca unilateral de máximo.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Francisco Taboada Camacho, en nombre del «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 7, de Málaga, a cancelar una hipoteca unilateral de máximo.

#### HECHOS

##### I

El día 15 de octubre de 1982, don Alfonso Sánchez Pinilla y esposa constituyeron, en escritura autorizada por el Notario de Málaga don José Manuel de Torres Puentes, hipoteca unilateral de máximo sobre una finca urbana de su propiedad a favor de siete Entidades bancarias, entre las que se encuentra el «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima».

En la cláusula XIV de la citada escritura, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad, se establece: «El señor compareciente otorga esta escritura en todas sus partes y las Entidades bancarias a favor de las que se otorga la presente escritura, no obstante lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, podrán aceptar y adherirse a la presente escritura sólo antes de dos meses, en cuya fecha caducará dicha opción, por lo que la Entidad bancaria que no lo hubiere efectuado en el término señalado perderá tal posibilidad.

Dentro del plazo expresado en la anterior cláusula, fue aceptada la hipoteca por las diversas Entidades acreedoras, con excepción de los Bancos Central, de Fomento y de Bilbao, que ni entonces ni después han aceptado la hipoteca constituida en su favor.

Con fecha 3 de enero de 1986, el «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima» dirige instancia al Registrador de la Propiedad, número 7, de Málaga, solicitando, al amparo del artículo 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, la cancelación de la hipoteca constituida a favor de los Bancos antes citados.

##### II

Presentada dicha instancia en el Registro de la Propiedad citado fue calificada con la siguiente nota: «No se ha practicado operación alguna por observarse en el título presentado por los siguientes defectos: 1) No se acompaña al poder del señor Gil Pastor. 2) La firma de dicho apoderado no parece legitimada. 3) No se ha practicado el correspondiente requerimiento al acreedor, trámite ineludible que no puede ser sustituido por un plazo de caducidad. 4) La legitimación activa para pedir la cancelación corresponde al acreedor y sólo por razones prácticas se presume su consentimiento y se concede al dueño de la finca, y sólo a él, la facultad de pedir tal cancelación. 5) Esta petición debe realizarse en todo caso mediante título público, pudiendo también ordenarse por medio de la oportuna resolución judicial, pero, en ningún caso, por medio de instancia. 6) El título público en que se solicite, en su caso se ordene, la cancelación debe ser debidamente autoliquidado, con independencia de que pueda ser declarado no sujeto o exento por la Hacienda Pública. Los defectos comprendidos bajo los números 3, 4 y 5 se consideran insubsanables.—Málaga, 17 de septiembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Antonio Jesús Rivera Molina.

##### III

El Procurador de los Tribunales don Francisco Taboada Camacho, en representación del «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra los defectos 3.º, 4.º

y 5.º de la anterior calificación, y alegó: Que tiene gran interés para las Entidades bancarias, que han aceptado oportunamente la hipoteca, la constancia registral indubitada de la resolución o extinción del derecho de las tres Entidades que se han abstenido de aceptar o rechazar aquélla; ya que, en otro caso la ejecución de la misma hará entrar en juego el artículo 232 del Reglamento Hipotecario, aún cuando no exista en ese momento débito alguno garantizado a favor de tales Entidades; además, la subsistencia registral de una hipoteca cancelada de derecho, puede, en caso de que la misma se ejecute por los Bancos que la aceptaron, retraer a posibles postores en las subastas que se celebren en la creencia de que habrán de asumir la carga de las hipotecas no aceptadas. Que si no existiera la cláusula XIV de la escritura de hipoteca, o no hubiese tenido acceso al Registro, la cancelación parcial solicitada sólo podría practicarse conforme a lo establecido en el artículo 82, párrafos 1.º y 3.º de la Ley Hipotecaria, o en los artículos 141, párrafo 2.º de dicha Ley, y 237 de su Reglamento (sic). Que, aparte de la regla general anterior, la ley prevé otras cancelaciones en el artículo 82, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria. Que es evidente que el derecho de los acreedores eventuales, Bancos de Bilbao, Central y de Fomento, ha quedado extinguido de acuerdo con lo dispuesto en el título en cuya virtud se practicó la inscripción, conforme a lo establecido en el precepto citado anteriormente. Que el señor Registrador, en su calificación, impone el procedimiento cancelatorio de los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, pero la escritura de constitución de hipoteca proclama una extinción del derecho, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por el mero transcurso de un plazo, «no obstante lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria», o sea, sin que sea obstáculo lo dispuesto en dicho artículo. Que la decisión del señor Registrador es contraria a derecho: a) Si el artículo 141, antes citado, es de derecho dispositivo, es evidente que la estipulación XIV es perfectamente válida y debe ser aplicado el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria sin ser obstáculo aquel precepto, y b) si es de derecho necesario, la estipulación referida sería nula y no debió tener acceso al Registro. Inscrita, como está, seguirá siendo nula, artículo 33 de la Ley Hipotecaria, pero mientras permanezca la inscripción el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales, párrafo tercero del artículo 1.º de dicha Ley, y se presumirá lo establecido en el artículo 38 de la misma, mientras no se rectifique el Registro del modo prevenido en el artículo 40, d) de la Ley citada, y, por tanto, en cuanto subsista la inscripción debe cancelarse por el procedimiento del artículo 82, antes referido. Que desde el punto de vista del derecho civil, el otorgamiento efectuado por el señor Sánchez Pinilla y esposa y la aceptación por, entre otros, el «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima» es perfectamente válida y el Banco es titular de un derecho real de hipoteca, y que las Entidades no aceptantes han perdido definitivamente su posibilidad de adquirir la hipoteca, dada la fuerza de Ley que tienen los contratos y negocios jurídicos. Que, desde el punto de vista del derecho hipotecario, no es claro que el tan citado artículo 141 no tenga un mero carácter dispositivo, pero aunque fuera de «ius cogens», y admitida la validez civil del título, la consecuencia es que aquél no contenía una constitución unilateral de hipoteca, sino una oferta de hipoteca convencional irrevocable durante sesenta días, y caducada a su término; como tal oferta no debió ser inscrita, salvo que constara su aceptación, por tratarse de un mero derecho personal, artículo 9.º del Reglamento Hipotecario, cancelable a instancia de parte interesada, según el artículo 92 de la Ley Hipotecaria (sic). Que lo que no puede el Registrador es: 1.º) Reputar nula una cláusula que previamente se inscribió por considerarse válida; 2.º) desconocer el valor de los asientos registrales sin haberse instado su rectificación; 3.º) decidir la influencia de una cláusula pretendidamente nula sobre el resto del contenido negocial, teniéndola simplemente por no justa, y 4.º) asumir, así, funciones judiciales reservadas a los órganos jurisdiccionales en juicio declarativo.

##### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que es opinión general de la doctrina atribuir a la calificación registral las siguientes características: a) Es obligatoria, artículos 18 y 99 de la Ley Hipotecaria; b) la calificación está bajo la

responsabilidad del Registrador, y así lo afirma el citado artículo 18, y c) como consecuencia de las dos características anteriores, es necesariamente independiente, destacando la independencia frente a la calificación anterior de asuntos análogos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de agosto de 1874, 23 de noviembre de 1904, 30 de julio de 1917 y 18 de noviembre de 1960. Que es innegable que la cláusula objeto del debate consta en una inscripción, pero obligar a aplicar la misma sin entrar en el fondo de la cuestión, supone negar la facultad de una calificación libre del único documento que al funcionario calificador se le ha presentado para su registración. Que la figura jurídica que se constituyó en la escritura que motivó el asiento cuya cancelación parcial se pretende es una y la misma para todas las Entidades bancarias interesadas, con independencia de que unos hayan aceptado y otros no, se trató pues, de una hipoteca unilateral, sujeta al artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sea éste o no imperativo, y así se denomina en la escritura de su constitución, y en esto hay que atenerse a lo establecido en el artículo 51, párrafo 5.º, del Reglamento Hipotecario. Que actualmente, tras la reforma 1944-46, es absolutamente clara la posibilidad de ese tipo de hipotecas en nuestro derecho que quedan válidamente constituidas por el acto unilateral del deudor, pero con la «conditio iusis» de la aceptación por el acreedor; por ello, es indudable que éste puede aceptar o rechazar la hipoteca unilateral, procediendo en este último caso su cancelación, siempre que se dé el consentimiento expreso o tácito del acreedor, y precisamente para evitar situaciones de pendencia la Ley adopta un medio específico de cancelación registral, a través del consentimiento tácito por vía del silencio del acreedor mediante petición del titular registral en escritura pública por imposición del artículo 3 de la Ley Hipotecaria sin perjuicio de que pueda ordenarse por la oportuna resolución judicial. Que según la doctrina registral el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento se expresan en términos imperativos, y en virtud de este último artículo no basta para la cancelación, en este caso, con la presentación de la copia del requerimiento al acreedor, acompañando a una solicitud privada de cancelación del dueño de la finca hipotecada en el momento de pedirla, siendo necesaria escritura pública cancelatoria, y mientras conste en el Registro que la hipoteca está pendiente de aceptación, ésta subsiste indefinidamente; así pues, en vista de lo expuesto es inútil pretender, en este punto, dar carta de naturaleza en el sistema español a la acción rectificadora del Registro inexacto. Que la doctrina registral opina que falta un plazo de caducidad en la hipoteca unilateral; el legislador opta por un sistema menos automático, pero con mayores garantías para los interesados, que es el existente de solicitud de cancelación por el dueño de la finca, pero nunca por otro acreedor al que tal cancelación pudiera beneficiar y al que sólo quedaría la posibilidad de compeler judicialmente al deudor para que practique el requerimiento precedente. Que resumiendo, el artículo 141 de la Ley Hipotecaria establece un procedimiento de carácter excepcional y por ello de derecho necesario, por lo que se ratifican los tres puntos de la nota objeto del presente recurso.

## V

El Presidente de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la nota del Registrador, fundándose en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1892, 29 de diciembre de 1986 y 5 de febrero de 1945; artículos 3, 18, 99 y 141 de la Ley Hipotecaria, y 237 del Reglamento, y en los siguientes puntos: a) La escritura de 15 de octubre de 1982 es una y afecta a todos los Bancos interesados, más allá de la aceptación o no aceptación, con las características de hipoteca unilateral (artículos 141 y 51 de la Ley Hipotecaria); b) que es preciso requerir al acreedor, notarial o judicialmente, para que acepte o rechace la hipoteca, con la prevención del transcurso de dos meses para poder pedir el dueño de la finca la cancelación (artículos 141 de la Ley Hipotecaria, 237 del Reglamento y cláusula XIV de la escritura); c) que los preceptos antes citados tienen carácter imperativo y la petición se realizará en escritura pública o por resolución judicial; d) que el Registrador no cancela por simple petición de parte, salvo que se estuviere ante supuestos de caducidad, establecidos legalmente; e) que es una hipoteca unilateral, a la que se aplica el contenido del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, y así se entendió en cumplimiento del artículo 51 del Reglamento, así los acreedores pueden aceptar o rechazar el ofrecimiento, y f) que los más destacados comentaristas establecen el carácter imperativo de los preceptos citados en el apartado e), para establecer así, con el requerimiento adecuado una igualdad de oportunidades entre el deudor y los acreedores, llevando lo que «ab initio» tuvo carácter unilateral —hipoteca unilateral de máximo— a cosa justa bilateral. Que, como conclusión, puede establecerse que no se ha practicado el correspondiente requerimiento, requisito «sine qua non», que no admite ser sustituido por la caducidad, sin que pueda llegarse a la cancelación automática y sin que la petición cancelatoria pueda rectificarse por simple solicitud.

## VI

El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el argumento fundamental del recurso —que habiendo caducado la posibilidad de aceptación por el transcurso de los dos meses que en la propia inscripción hipotecaria, cuya cancelación parcial se pretende, expresamente consta como causa de caducidad, y hallándonos en el caso contemplado por el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, debe ser bastante la mera instancia del Banco Hispano Americano para que sea cancelada parcialmente dicha inscripción de hipoteca— no ha sido objeto de contestación por el Registrador, ni contemplado por el auto resolutorio. Que si el artículo 141, 2.º, de la citada Ley es imperativo, y el otorgante excluyó positivamente su aplicación, ha de concluirse que aquél no constituyó una hipoteca unilateral, aunque así se calificara, sino que lo que declaró querer fue una hipoteca bilateral que había de ser aceptada en el plazo de su oferta irrevocable, publicando el Registro un derecho personal respecto a los acreedores que no aceptaron en tiempo y forma, por lo que procede su cancelación, sin escritura pública, a tenor del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario. Que no se niega la independencia del Registrador en su función calificador, pero si le vincula el contenido de los libros del Registro, artículos 1.º, párrafo 3.º, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.º, 82 y 141 de la Ley Hipotecaria y 174 y 237 de su Reglamento.

1.º La inscripción del derecho de hipoteca, como la de cualquier otro derecho real, puede ser cancelada cuando el derecho inscrito resulte extinguido según el mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción (cf. artículo 82-II de la Ley Hipotecaria). Esta cancelación podría ser pedida indistintamente por cualquier interesado en asegurar un derecho inscrito que resulte beneficiado por la cancelación (cf. artículo 6.º de la Ley Hipotecaria). Si bien, nunca bastaría una simple instancia sino que habría de presentarse como título «la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción», la cual sería título suficiente para cancelarla «si resulta de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado por la inscripción «ha caducado o se ha extinguido» (cf. artículo 174-I del Reglamento Hipotecario).

2.º Ahora bien, en el presente supuesto de la escritura en cuya virtud se hizo la inscripción de hipoteca unilateral, no resulta que la hipoteca hubiere caducado o se hubiere extinguido automáticamente, o, cuando menos, no resulta esta caducidad o extinción con la claridad exigible, dado que, en su virtud —y contra la regla general (cf. artículo 82-I de la Ley Hipotecaria)— va a poder practicarse la cancelación sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se ha hecho la inscripción. Porque no es ilógico pensar, aunque ello no se aclare en la escritura que si en razón de relaciones jurídicas preexistentes se confiere facultad a personas distintas de su otorgante para que puedan aceptar su contenido en el plazo de dos meses, el plazo señalado para esta opción no habrá de contarse desde la fecha del otorgamiento, que de momento queda en el secreto del protocolo notarial, sino desde que la posibilidad de esta opción sea conocida por los beneficiarios. Mas este dato, el de la notificación, no consta como documento presentado. Y aunque constara, tampoco, por sí, sería suficiente para acreditar el hecho que determina según la escritura de constitución, la caducidad del derecho de opción, puesto que esta caducidad depende de un hecho negativo que se escapa de las posibilidades de prueba auténtica: Que las Entidades beneficiarias no hayan aceptado o se hayan adherido a la escritura de constitución del derecho de hipoteca antes de que hubieren transcurrido esos dos meses (lo que puede haber ocurrido aunque de la oportuna aceptación o adhesión no haya todavía constancia en el Registro).

3.º Así pues, aunque con razonamiento distinto, se llega ahora sustancialmente a las mismas conclusiones que el Auto apelado y la nota del Registrador. No es, en este supuesto, posible la cancelación conforme a las reglas previstas en el artículo 82-II de la Ley Hipotecaria y disposiciones concordantes. Si quiere procederse a la cancelación de la hipoteca unilateral sin consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, habrán de aplicarse las reglas contenidas en el artículo 141-II de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario y, en consecuencia, procede confirmar los defectos observados.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 23 de septiembre de 1987.—El Director general, Mariano Martín Rosado.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Granada.