

la pérdida del bien dado en garantía si cambia de manos, y con ella la extinción de la propia garantía, con el riesgo que esto supone para el acreedor. Por el contrario, las propias características del buque impiden su desplazamiento posesorio con esa inmunidad, luego, la prohibición carecería de sentido sobre este tipo especial de bienes.

Considero, por tanto, acertada la doctrina de la DGRN, que rechaza el pacto o cláusula por la que se prohíbe la enajenación, pues ya he dicho que debe aplicarse, y aunque sólo para este caso, la LHN y LH que rechazan dicho pacto.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*HIPOTECA. POSPOSICION. REQUISITOS. TITULO FORMAL.—LA EQUIVOCADA UTILIZACION DEL TERMINO «ACTA» PARA DESIGNAR UN DOCUMENTO NOTARIAL QUE POR CONTENIDO ES REALMENTE UNA ESCRITURA, NO ES OBSTACULO PARA LA VALIDEZ DE LA POSPOSICION SI APARECEN CLARAS LA EXPRESION DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD FAVORABLE A LA POSPOSICION Y LA FE DE CONOCIMIENTO Y JUICIO DE CAPACIDAD EMITIDOS POR EL NOTARIO, QUE NO SON PROPIOS DE UN ACTA.*

*NO ES NECESARIO, PARA LA INSCRIPCION DE LA POSPOSICION DE UNA HIPOTECA, EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LA HIPOTECA ANTEPUESTA, DADO EL CARACTER UNILATERAL Y NO RECEPCION DE LA POSPOSICION, DIRIGIDA ESENCIALMENTE A LA PERDIDA DE RANGO DE LA HIPOTECA POSPUESTA. TAMPOCO, POR EL MISMO MOTIVO, ES NECESARIA LA EXPRESION DE UNA CAUSA, POR ANALOGIA CON EL SUPUESTO DE CANCELACION, POR RENUNCIA IMPLICITA, A QUE SE REFIERE LA RESOLUCION DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1992.*

*AUN CUANDO EN LA ESCRITURA DE POSPOSICION NO SE CONTENGA LA DESCRIPCION DE LA FINCA SOBRE LA QUE RECAEN LAS HIPOTECAS ANTEPUESTA Y POSPUESTA, LA PRESENTACION SIMULTANEA DE OTRO DOCUMENTO, RELATIVO A LA HIPOTECA POSPUESTA, PERMITE AL REGISTRADOR TOMARLO EN CONSIDERACION PARA LA CALIFICACION DE AQUELLA ESCRITURA, OBVIANDO EL INCONVENIENTE.*

*POR LO MISMO, TAMBIEN CABE TOMAR EN CONSIDERACION, PARA COMPROBAR LA REALIDAD DE LA REPRESENTACION ALEGADA, EN ESTE CASO LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO DE UN CONSEJERO DELEGADO, OTRO DOCUMENTO PRESENTADO AL QUE SE ACOMPAÑA UNA CERTIFICACION DE DICHO REGISTRO QUE ACREDITA TAL CIRCUNSTANCIA. LO MISMO CABE DECIR DE LA ACREDITACION DE LOS PODERES, SI EN EL OTRO DOCUMENTO, OTORGADO AL MISMO TIEMPO, EL NOTARIO HACE CONSTAR QUE TUVO A LA VISTA LOS DOCUMENTOS PERTINENTES PARA LA COMPROBACION DE LA SUFICIENCIA DEL PODER. (RESOLUCIÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2000. BOE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2000.)*

*RESOLUCION de 4 de noviembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Unión de*

*Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca», don Mariano Roca Meroño y don Alfonso Bas Pérez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, a inscribir una posposición de hipoteca en virtud de apelación del Registrador.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca», don Mariano Roca Meroño y don Alfonso Bas Pérez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, a inscribir una posposición de hipoteca en virtud de apelación del Registrador.

*Hechos.*—Por escritura otorgada el 21 de marzo de 1991 ante el Notario de Murcia, don Antonio Yago Ortega, la Caja de Ahorros de Murcia, como cesionaria universal del activo y pasivo de la «Caja Rural Provincial de Murcia, Sociedad Cooperativa Limitada», cedió un crédito hipotecario por importe de 455.000.000 de pesetas, de que era titular frente a la «Sociedad Cooperativa del Campo Exportadora de Tomates de Mazarrón, Sociedad Cooperativa», a las Sociedades Mercantiles «Compañía Taimati de Inversiones Extranjeras, Sociedad Anónima», «Pearl Bay Trading, Sociedad Anónima» y «Plouvi, Sociedad Anónima», las dos primeras de nacionalidad panameña, y española la última, que lo adquirieron en la proporción de un 39,905 por 100 la primera, un 39,825 por 100 la segunda, y un 20,270 por 100 la tercera. Entre las fincas gravadas con hipoteca en garantía de dicho crédito se encontraba una hacienda en términos de Mazarrón y Lorca, denominada «Coexto», que respondía de 200.000.000 de pesetas de principal más otras cantidades por razón de intereses. Dicha cesión, y en cuanto a la parte de finca radicante en término de Mazarrón, causó la inscripción 3.ª de la finca 31.186 con fecha 28 de febrero de 1997.

II. Por otra escritura otorgada el 5 de septiembre de 1991 ante el mismo Notario, número 3314 de protocolo, la «Sociedad Cooperativa del Campo Exportadora de Tomates de Mazarrón (COEXTO), Sociedad Cooperativa», constituyó hipoteca de máximo en favor de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca» («Undemur, S.G.R.»), sobre una finca rústica, sita en los términos de Mazarrón y Lorca, la parte de la cual sita en el primero figuraba inscrita bajo el número 31.186. Dicha hipoteca garantizaba el saldo de una cuenta corriente de crédito abierta por la citada sociedad de garantía recíproca a favor de la cooperativa hasta la suma de 50.000.000 de pesetas, más otras cantidades por razón de intereses, prestaciones accesorias y costas y gastos de ejecución, cuenta en la que serían partidas de adeudo las cantidades que la sociedad de garantía recíproca hubiera de abonar como consecuencia del aval prestado a un crédito concedido a la deudora por la Caja de Ahorros de Murcia. Dicha escritura causó la inscripción segunda de la citada finca 31.186 de Mazarrón, en fecha 17 de diciembre de 1991.

III. En igual fecha, 5 de septiembre de 1991, y por el mismo Notario, señor Yago Ortega, con el número 3315 de protocolo, se autorizó un documento público en el que consta: Que comparece don Andrés Lietor Martínez; que interviene en nombre y representación de: «Compañía Taimati de Inversiones Exteriores, Sociedad Anónima» en virtud de escritura de poder que el Notario relaciona previa exhibición, indicando que se acompañará a las que se expidan de la que autoriza, de «Pearl Bay Trading, Sociedad Anónima», en

virtud de representación que acredita en los mismos términos, de «Plouvi, Sociedad Anónima», en su condición de Consejero-Delegado, reseñando la escritura de elevación a público del acuerdo de nombramiento que se transcribe parcialmente con indicación de que en lo omitido no hay nada que altere lo inserto; que el Notario da fe de conocer al compareciente y lo juzga, según interviene, con la capacidad legal necesaria para formalizar la presente «acta de manifestaciones»; que el compareciente expone que sus representadas son titulares del crédito reseñado en el «hecho», primero garantizado con hipoteca sobre la finca registral 31.186, reseñando el título de adquisición y haciendo constar que la cesión en su favor no consta aún inscrita en el Registro; dentro de la misma parte expositiva autoriza a la deudora para otorgar escritura de hipoteca sobre la misma finca a favor de «Undemur, S.G.R.», para responder del aval formalizado por la misma ante Caja de Ahorros de Murcia, por un máximo de 50.000.000 de pesetas de principal, más otras cantidades señaladas por otros conceptos, y que «Igualmente y en base a lo expuesto, de forma voluntaria, pospone el crédito hipotecario de que son titulares sus representadas por cesión de Caja de Ahorros de Murcia al que en uso de las facultades antes concedidas, la propia “Cooperativa Coexto, Sociedad Cooperativa” ha constituido, efectivamente, hoy a favor de “Undemur, S.G.R.” ante el Notario autorizante y bajo número de protocolo inmediatamente anterior al de la presente»; y que leída al compareciente por haber renunciado al derecho de hacerlo por sí del que se le advirtió tenía, «la presente acta», y encontrándola conforme la apuraba y firma con el Notario, que de cuanto antecede da fe.

IV. Presentada copia del último de los documentos relacionados en el Registro de la Propiedad de Mazarrón, fue calificada en una primera ocasión con nota que dice: «Examinado el precedente documento, una vez despachado el título previo de éste, presentado bajo el asiento anterior del mismo Diario, se observan las siguientes faltas: 1.<sup>a</sup> En la exposición se alude a “Compañía Taimati de Inversiones Extranjeras, Sociedad Anónima” cuando en la intervención se dice “Compañía Taimati de Inversiones Exteriores, Sociedad Anónima”, surgiendo la duda de si se trata o no de la misma sociedad en ambos casos, y en este último supuesto cuál sea su denominación. 2.<sup>a</sup> No se describe la finca gravada con la hipoteca pospuesta en la forma prevenida por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, no expresándose su situación, denominación, linderos ni superficie. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de diciembre de 1911, 27 de agosto de 1941 y 18 de mayo de 1904, entre otras. 3.<sup>a</sup> Tratándose de un negocio jurídico, que no de un hecho o acto jurídico, no es el acta de manifestaciones el título hábil para recoger declaraciones de voluntad negociales, artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Notarial. Siendo, además, imprecisas las manifestaciones vertidas en dicha acta en relación a la posposición, pues no identifica clara e indubitadamente el crédito hipotecario que se pospone (en ningún momento se explicita en el párrafo segundo del exponendo IV que sea el crédito referido en los exponendos I y II). 4.<sup>a</sup> No se acredita la inscripción en el Registro Mercantil del cargo del Consejero Delegado de “Plouvi, Sociedad Anónima”, ni su vigencia y facultades. 5.<sup>a</sup> No se expresa la causa de la posposición. De suerte que, siendo nuestro sistema causal, todo negocio jurídico debe expresar su causa que será objeto de calificación y a cuya vista, asimismo, deberán calificarse los demás elementos del negocio jurídico, especialmente la capacidad de los otorgantes. Artículo 1.261

y concordantes del Código Civil. 6.<sup>a</sup> No se acompañan los poderes del representante de las sociedades extranjeras sin los que no se puede calificar la capacidad del compareciente. Como tampoco sin conocer la causa de la posposición. Artículo 1.259 del Código Civil. 7.<sup>a</sup> Tratándose de alterar el rango de dos hipotecas al día de hoy inscritas (y en relación a la fecha del acta calificada, una de ellas inscrita y otra ya escriturada pero pendiente de inscripción), en buena técnica estamos ante una permuta que no posposición de rango, por lo que será necesario el consentimiento no sólo de los titulares del crédito hipotecario pospuesto sino también de los titulares del crédito hipotecario que se antepone, por cuanto nadie puede adquirir derechos sin su consentimiento. Consentimiento del titular del crédito hipotecario que se antepone que aún para la posposición se da, siquiera sea implícitamente, cuando se constituye la hipoteca futura que se ha de anteponer en la forma prevista al pactar la posposición. Artículos 1.254, 1.257 y concordantes del Código Civil y 241 del Reglamento Hipotecario. 8.<sup>a</sup> Habiéndose expedido certificación de cargas de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca que se pospone, de despacharse la posposición se produciría discordancia en cuanto a la prelación de cargas existentes sobre la finca, según la certificación dicha y el Registro, al llegar al mismo la adjudicación y cancelaciones, resultado de la subasta, lo que redundaría en descrédito y falta de coordinación entre el Registro y el Juzgado que conoce de la ejecución hipotecaria, amén de irreparables perjuicios al adjudicatario que intervino en el procedimiento confiado en el contenido de la certificación registral obrante en autos que luego se ve defraudado al haber perdido su rango la hipoteca ejecutada. Por ello se hace preciso acreditar que el Juzgado que conoce del procedimiento ha tenido conocimiento de dicha posposición con anterioridad a la celebración de la subasta. Todas las faltas expresadas se consideran subsanables, salvo las indicadas bajo los números 3 y 7, que son insubsanables. Cumplido lo dispuesto en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario se deniega la inscripción solicitada. Contra la precedente nota puede interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el plazo de cuatro meses, contados desde su fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Mazarrón, 3 de marzo de 1997. Firma ilegible». Nuevamente presentado el mismo título, fue objeto de calificación idéntica a la anterior, según nota fechada el 10 de abril siguiente, con la única excepción de que su encabezamiento reza así: «Examinado el precedente documento, se observan las siguientes faltas:...»

V. El Procurador de los Tribunales, don Manuel Sevilla Flores, en representación de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca» («Undemur, S.G.R.»), don Mariano Roco Meroño y don Alfonso Bas Pérez, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Denominación social errónea. Que respecto a esta falta cabe citar la Resolución de 24 de enero de 1983. 2.º Descripción de la finca gravada con la hipoteca pospuesta que no se expresa en el título. Que se ha de partir del hecho de que la hipoteca de máximo y el acta de manifestaciones se otorgaron de forma simultánea, el mismo día y con números correlativos, de tal suerte que es evidente que no se había otorgado el préstamo de Caja de Ahorros de Murcia con el aval de la garante «Udemur, S.G.R.», si no hubiera sido por la posposición concedida, entre otros motivos, porque consta en la escritura de hipoteca y en la propia inscripción registral que la póliza de préstamo a

avaluar, se constituiría después. Que resulta claro que la remisión a la escritura de hipoteca que hace el acta notarial en cuanto a la descripción física de la finca y que ya obraba inscrita, así como la misma escritura de cesión que repite y que se presenta junto al acta, no ofrece género de dudas para, a través de su número registral, quedar perfectamente identificada, pudiendo entenderse, a estos efectos, que la cesión previamente inscrita constituye un auténtico documento complementario, de conformidad con el artículo 33 del Reglamento Hipotecario. Que hay que añadir que el negocio jurídico que se está discutiendo es la posposición de rango hipotecario, conforme al artículo 241 del Reglamento Hipotecario, que además de no exigir el reparo antes discutido, no precisa para su inscripción trasladar lo referente a la finca, a cuya descripción para nada afecta, entre otros motivos, porque su constancia pública a través de nuestro sistema registral se practica mediante nota marginal.

3.º Acta de manifestaciones como título inscribible que se considera insubsanable. Que hay que distinguir: a) En el aspecto material. Que lo que propiamente se inscribe o registra en nuestro sistema hipotecario «es el acto o negocio jurídico-real u otro registrable y no el título formal o documental», según los autores y la doctrina de la Dirección General. b) En el aspecto formal. Que es cuestión conocida, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio de la Dirección General, que la calificación de un acto o negocio jurídico debe atender a su verdadera naturaleza jurídica, no a su denominación, y las sociedades comparecientes declaran su voluntad de posponer su hipoteca a la de «Undemur, S.G.R.» hasta dos veces. Que el negocio jurídico de la posposición de rango (art. 241 del Reglamento Hipotecario) es un negocio jurídico bilateral que no precisa intervención de la parte a quien le beneficia. c) Que en cuanto a la identificación del crédito pospuesto parece claro que no puede ser otro que el que se cita en el expositivo, cedido a los comparecientes y que se ha aportado con asiento de presentación inmediatamente anterior al título discutido.

4.º Inscripción del Consejero-Delegado de «Pluovi, Sociedad Anónima». Que no puede decir el Registrador que no consta la inscripción, cuando él mismo ha calificado la escritura anterior presentado por la misma parte, haciendo constar la suficiencia de las facultades al final del título mediante certificación del Registrador Mercantil de Murcia, cuando lo transcrito en ambos documentos respecto a la intervención de «Pluovi, Sociedad Anónima» es idéntico.

5.º Causa. Que hay que citar como ejemplo la Resolución de 1 de febrero de 1957, que siendo la causa la mera «liberalidad del bienhechor» hay que incluir el negocio jurídico en los de pura beneficencia (art. 1.274 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1956). Que siendo *iuris tantum* la existencia de causa, siendo la causa formal la posposición, aunque lo fuera de forma gratuita, no siendo este hecho ilícito y conocido el negocio jurídico para conocer la capacidad de los otorgantes, no hay motivo alguno para el defecto aludido.

6.º Poderes del representante de las sociedades extranjeras. Que quedaron archivados en el Registro de la Propiedad; según nota del título previo de cesión; por tanto constaba ya la suficiencia de los poderes por ser idénticas las fechas.

7.º Permuta o posposición. Que la posposición, según el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, es un acto unilateral que puede completarse con actos concluyentes del beneficiario Undermur, junto con el acta de manifestaciones discutida con números de protocolo correlativos que, aun anterior a esta última, no era constitutiva hasta su inscripción y que fue cedido posteriormente al señor Roca y señor Bas, por lo que los requisitos

para la perfección del negocio jurídico llevado a cabo se han cumplido absolutamente, tanto si se entiende que el acta de manifestaciones es un título independiente, como si lo es complementario o integrado a la misma escritura de hipoteca como parte inseparable de ella. 8.º Certificación de cargas. Que una tercería sería suficiente sistema para evitar el presunto perjuicio del inexistente adjudicatario. Que es evidente que siendo nuestro sistema hipotecario voluntario, si el presunto adjudicatario, que no consta exista en modo alguno, no inscribe su derecho, quedará a las resultas del Registro. Que, en cualquier caso, la calificación no puede extenderse hasta esos extremos.

VI. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que con carácter previo conviene precisar qué documentos principales son aquellos que contienen en sí mismos el negocio jurídico que ha de acceder a los libros del Registro. En ocasiones dichos títulos principales, para poder ser inscritos, por sí solos son insuficientes, siendo necesario acreditar el cumplimiento de ciertas formalidades por medio de documentos complementarios. Que no se conoce ningún precepto legal o reglamentario que autorice a utilizar para el despacho de un documento, documentos complementarios aportados por personas distintas de las que presentaron el documento principal. Por lo demás, los complementarios en cuestión, aportados por personas distintas de los recurrentes, también podrían haber sido aportados por ellos mismos por cuanto obran en Registros Públicos y los mismos, según señalan, tienen interés legítimo para obtener copias auténticas de aquéllos, y los mismos hay que decir en cuanto a los otorgados en el extranjero: 1.º Que es evidente que «extranjera» y «exteriores» son denominaciones distintas. Que se trata de determinar quién sea el titular del crédito pospuesto, lo que entronca directamente con el principio de tracto sucesivo y es objeto de calificación (arts. 20 y 18 de la Ley Hipotecaria). Que no se debe olvidar lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento Notarial. 2.º Que en lo referente a la falta de descripción de la finca gravada con la hipoteca pospuesta. Que en la posposición la descripción de la finca es tan necesaria como en cualquier otro negocio jurídico y sin que sea cierto que su constancia registral es por nota marginal, sino que provoca una inscripción en el folio registral de la finca gravada por la hipoteca; y es posteriormente, cuando se inscribe la hipoteca futura que se ha de anteponer cuando, sin necesidad de nueva escritura se hará constar por nota al margen la consumación de la posposición. Que no se ha cumplido lo establecido en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario y 170 del Reglamento Notarial. En definitiva, se trata de cumplimentar el principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y conseguir que todas las mutaciones jurídico-reales que sucesivamente afecten a la misma finca registral se reflejen, sin solución de continuidad, en el mismo folio registral. Esta doctrina ha sido confirmada por las Resoluciones de 18 de mayo de 1904 y 27 de abril de 1909. 3.º Que respecto a la insuficiencia formal del Acta de manifestaciones para documentar un negocio jurídico de posposición de rango hipotecario, hay que señalar lo que dispone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria desarrollado por el artículo 98, párrafo 1.º del Reglamento Hipotecario, que consagran el principio de legalidad en su aspecto formal. Los títulos formales son los consagrados en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, desarrollado en los artículos 33 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Pero lo que ahora interesa es que los títulos formales deben estar otorgados o autorizados en la forma y solemnidades que prescriben las leyes sobre la materia. Que tratándose de documen-

tos notariales conforme al artículo 1.217 del Código Civil habrá que estar a lo que establece el artículo 144 del Reglamento Notarial. Que las diferencias entre «la escritura pública» y el «acta notarial», que son mucho más profundas que su distinta denominación, resultan de la regulación que de una y otra hace el Reglamento Notarial, tratándolas separadamente y de lo que al respecto enseña la propia doctrina. Que la postura de la doctrina encuentra su refrendo en las Resoluciones de 17 de junio de 1910, 2 de julio de 1929 y 4 de abril de 1936. Que en cuanto al segundo inciso del apartado tercero de la nota de calificación recurrida, hay que remitirse al contenido de la misma, en ningún momento se explicita en el párrafo segundo del exponiendo cuarto del acta calificada que el crédito pospuesto sea el referido en los exponendos primero y segundo. 4.º Que en cuanto a este defecto hay que remitirse a lo expuesto al principio de este informe. Que se olvida que siendo negocios distintos, la cesión de crédito hipotecario y la posposición, mientras que el primero para el cesionario es acto de administración, el segundo para el posponente lo es de disposición, no son las mismas exigencias de capacidad las precisas para uno y otro negocio. En cualquier caso, la certificación del Registro Mercantil en el momento de extender la segunda nota recurrida ya no obraba en el Registro. 5.º La causa ha de estar explícita en el título inscribible, y que es objeto de calificación hoy está fuera de toda duda. Ello sin perjuicio de la presunción *iuris tantum*, establecida en el artículo 1.274 del Código Civil, y así lo tiene establecido las Resoluciones de 25 de septiembre de 1990 y 11 de junio de 1993. 6.º Que en cuanto a este defecto hay que remitirse a lo expuesto al principio del informe. 7.º Que en cuanto al defecto séptimo hay que preguntarse qué negocio se recoge en el acta de manifestaciones, una posposición o una permuta. Ambas figuras implican posposición en sentido amplio, por cuanto un derecho real pospone su rango en beneficio de otro que se antepone. Pero la doctrina distingue permuta de la posposición, siendo diferentes sus requisitos y su mecánica registral. Que según la doctrina, la situación registral existente al presentar la posposición en la propia de la permuta, figurando inscrita tanto la hipoteca que se antepone como la que retrocede su rango. Que la permuta ha de estar convenida por ambos titulares, de suerte que el consentimiento de Undermur no se acredita y los consentimientos en el ámbito registral no se presumen. Que en cuanto al título para ambos negocios (posposición y permuta) es la escritura pública. Que ninguno de los extremos de la posposición se recogen en el acta calificada, obviamente porque se está contemplando una permuta y no una posposición. 8.º Que en cuanto a este defecto hay que señalar lo que dicen las Resoluciones de 24 de abril de 1991 y 16 de septiembre de 1992 y lo que se expresa en dichas Resoluciones es lo que ahora se pretende que resultando del Registro que la hipoteca que se ha de posponer se encuentra en ejecución, la posposición no tenga operatividad registral a espaldas o sin conocimiento del Juez que conoce de la ejecución y de los terceros que puedan intervenir en la subasta, y con especial incidencia en cuanto al destino del sobrante que pudiera resultar de dicha subasta y las cancelaciones de asientos registrales que la misma motiva.

VII. El Notario autorizante de la escritura informó: Que de los ocho defectos de la nota de calificación deben quedar fuera del informe los defectos números 4 y 6, relativos a la necesidad de presentar ciertos documentos adicionales, de lo que ya fueron advertidos los comparecientes en su momento. Que tampoco se puede tratar el defecto octavo que surge de un cambio en la

situación procesal y registral de los derechos inscritos acaecida con posterioridad a la autorización de los documentos calificados. Que el defecto primero se considera que es irrelevante y que no cabe duda razonable de la identidad y unicidad de la sociedad. Que en cuanto al segundo defecto, la no descripción de la finca en el acta calificada deriva de su condición de documento accesorio o complementario de otro de constitución de hipoteca de máximo otorgado en simultaneidad con el mismo, en igual fecha y con número de protocolo inmediatamente anterior. Que el Registrador tuvo presente al calificar, al que se hace referencia en el párrafo 2.º del apartado IV del acta calificada. Que referente al tercer defecto, hay que decir que la elección de la forma de acta para el documento calificado en lugar de la forma de escritura, que sin duda parece más adecuada, fue un acuerdo expreso entre las partes interesadas. Que, sin embargo, se considera que el documento calificado reúne todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por el artículo 214 del Reglamento Hipotecario para hacer constar el Registro la posposición de hipoteca. Que en cuanto al defecto quinto, el artículo 1.277 del Código Civil, de conformidad con el artículo 241 del Reglamento Hipotecario no exige ni menciona siquiera la causa de la posposición. Pues, consistiendo la posposición en un negocio jurídico que recae sobre un accesorio de un derecho inscrito, en este caso la hipoteca, la causa de la fijación de rango es la misma que la causa de la hipoteca cuyo rango es objeto de disposición en el acta calificada. Por ello se considera inexistente tal defecto. Que se entiende que el defecto séptimo no existe, ya que no se trata de una permuta de rango hipotecario sino de una verdadera posposición, puesto que la hipoteca de Udemur no estaba inscrita cuando se formalizó el acta calificada.

VIII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia confirmó la nota del Registrador en el único extremo de que el instante deberá notificar al Juzgado ejecutante de forma fehaciente y completa, de la posposición de la hipoteca sometida a ejecución, y la revocó en todos los demás extremos de la nota de calificación.

IX. El Registrador apeló el auto presidencial en lo referente a los números dos a siete de la nota de calificación, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; 241 del Reglamento Hipotecario; 144, 197 y 198 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 11 de diciembre de 1991 y 2 de noviembre de 1992.

Antes de entrar en las concretas cuestiones que se plantean en el presente recurso, ha de advertirse que en el título aparecen dos notas de calificación de fechas 3 de marzo y 10 de abril de 1997, respectivamente, y que el recurso gubernativo se interpone el 13 de mayo siguiente, sin que el recurrente precise cuál de aquellas notas es objeto del mismo, siendo así que frente a ambas estaba el plazo para recurrir, y que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia tramita el expediente como si ambas hubieran sido recurridas, a lo que no hay oposición alguna, por lo que así ha de entenderse y es éste un extremo que no carece de relevancia, según se verá. Por lo demás, del mismo expediente se deduce que la segunda presentación que motivó la nueva calificación tuvo lugar a fin de conseguir la reserva de prioridad que con la interposición del recurso se logra como consecuencia de la suspensión de vigencia del asiento de presentación prevista en el artículo 66 de la Ley Hipo-



tecaria, habida cuenta que habiendo tenido lugar la primera el 19 de diciembre de 1996, retirado el título el 30 del mismo mes y aportado de nuevo el 5 de febrero de 1997, cuando se extiende la primera de las notas el 3 de marzo siguiente la vigencia del asiento estaba a punto de caducar.

1. El primero de entre los seis defectos que, revocados por el Auto, apela el Registrador y segundo en orden de las notas recurridas, es el referido a la falta de descripción en el título calificado de la finca sobre la que recae la hipoteca a posponer.

La descripción de las fincas en los títulos a inscribir en un sistema registral de folio real es elemento esencial tanto de identificación de las mismas como de permanente actualización de tal descripción, en cuanto sea posible, a la realidad. Pero en este caso, si en el título previo de cesión del crédito que se pospone, presentado, retirado y devuelto en las mismas fechas que el que se ha calificado e inscrito el 28 de febrero de 1997, tres días antes de extenderse la primera nota recurrida, consta la descripción de la finca sobre la que está constituida la hipoteca que se pospone, ese mismo título, tan relacionado en todos sus extremos con el calificado, ha de tenerse por suficiente para subsanar el defecto planteado en cuanto estuvo a disposición del Registrador durante el plazo reglamentario para calificar y según doctrina de este Centro (Resolución de 11 de diciembre de 1991), en la calificación han de tomarse en cuenta los documentos presentados a inscripción que guarden relación con el que se califica.

2. Alterando el orden con que aparecen formulados los defectos, es oportuno abordar las cuestiones planteadas en los puntos cuarto y sexto, relativos a la representación de las sociedades que consienten la posposición. En cuanto a la primera, «Plouvi, Sociedad Anónima», que lo hace por medio de un Consejero-Delegado, supeditada como está la eficacia de la delegación de facultades del Consejo de Administración de una sociedad anónima a su inscripción en el Registro Mercantil (cfr. art. 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), es insuficiente para acreditar las facultades representativas que deriven de una delegación la reseña que por exhibición haga el Notario de la escritura de elevación a público del correspondiente acuerdo junto con la transcripción, más o menos extensa, de las facultades delegadas, si en ella no consta aquella inscripción. Ahora bien, si según la nota de despacho del título previo, en que la misma persona había actuado en la misma representación y con idéntica reseña de facultades, para practicar la inscripción del mismo se aportó certificación del Registro Mercantil relativa a la hoja de la sociedad, la correlación entre ambos títulos obligaba al Registrador a tomar en consideración tal certificación para la calificación de ambos, al margen de que hubiera entendido, lo que sería un defecto distinto, que las facultades delegadas habilitaban para la representación en uno de los negocios y no en el otro.

Y a igual conclusión ha de llegarse por lo que respecta a la falta de aportación de los poderes del representante de las otras dos sociedades. Si su intervención en la escritura de cesión del crédito hipotecario era igual a la que aparece en la de posposición, y para la inscripción de aquélla se tuvieron a la vista los documentos pertinentes, habiéndose acompañado dos informes del Notario autorizante sobre la legislación panameña en orden a los requisitos para la constitución de sociedades y los apoderamientos, no puede admitirse como defecto la falta de aportación de los mismos documentos cuando obraban en el Registro, aun cuando fueran distintos los presentantes de cada uno de los títulos a los que complementaban y uno tan sólo de ellos el que pro-

cedió a su presentación, pues la citada doctrina conforme a la cual han de tenerse en cuenta otros títulos presentados a la hora de calificar, ha de entenderse referida al conjunto documental que los integren. Cuestión distinta sería, también en este caso, la suficiencia de los poderes para el negocio concreto cuya inscripción se rechaza, pero tal defecto también habría de formularse expresamente, sin que sea admisible una genérica referencia a su relación con la causa de la posposición.

3. Quedan por examinar tres cuestiones que no dejan de estar relacionadas entre sí. En primer lugar se plantea la idoneidad formal del título en que se consiente la posposición de hipoteca, que se califica como acta de manifestaciones, y el Registrador entiende que es inadecuado para recoger la declaración de voluntad que implica el consentimiento para la posposición de hipoteca. La distinción entre escrituras públicas y actas notariales, formas documentales encuadrables ambas en la categoría genérica de documentos públicos conforme al artículo 1.218 del Código Civil y ambos con la fuerza probatoria que dicha norma les atribuye, ha de hacerse sobre la base de su contenido que, a su vez, condiciona las respectivas exigencias formales. Contenido propio de las escrituras públicas, dice el artículo 144 del Reglamento Notarial, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas notariales, sigue diciendo, afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte de aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

Pues bien, en este caso, bajo la denominación de acta de manifestaciones, nos encontramos con un instrumento en que, tal como resulta del tercero de los «hechos», aparece la fe del Notario de conocer al compareciente y la emisión del juicio de capacidad, siendo así que las actas, salvo excepciones, no requieren fe de conocimiento ni les son aplicables, en principio, las reglas sobre juicio de capacidad del requirente; tras exponer que sus representados son titulares de un crédito con garantía hipotecaria: «de forma voluntaria pospone el crédito hipotecario de que son titulares sus representados» a otra hipoteca, lo que implica no una simple manifestación sino una declaración de voluntad, un consentimiento negocial que, como dice aquella norma, es contenido propio de las escrituras públicas; y, por último, el Notario da fe de haber leído el documento al compareciente que, encontrándolo conforme, aprueba y firma con el Notario, lo que claramente implica un otorgamiento en cuanto asunción de la declaración de voluntad prestada que es inexistente en las actas. Contenido y forma son, por tanto, los propios de una escritura, en cuanto expresivo de una determinada declaración de voluntad negocial, que es de lo que el Notario da fe, sin que las referencias al «acta» permitan considerar que alcanzan a desvirtuar la verdadera naturaleza de dicho instrumento que ha de calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre que se le da.

4. En relación con el consentimiento para la posposición, ha de resolverse si es necesario también el del titular de la hipoteca posterior que se ve beneficiado para que la misma pueda inscribirse, y la respuesta ha de ser negativa. La posposición de una hipoteca a otra posterior puede ser fruto de un negocio bilateral, si así lo convienen los titulares de ambas hipotecas, pero también de un negocio jurídico unilateral, como consecuencia de la voluntad tan sólo del titular de la hipoteca que se pospone. Sus efectos directos se traducen en la pérdida de rango del derecho de quien voluntariamente lo

pospone y sólo de forma indirecta en un beneficio para quien, como consecuencia de ello, ve mejorado el rango del suyo, al igual que ocurre en el caso en que se consienta la cancelación, por cualquier causa, de una hipoteca preferente, al punto de que ni tan siquiera cabe configurar aquella declaración de voluntad unilateral como recepticia, condicionada al conocimiento del favorecido. El titular de la hipoteca favorecida por la posposición no adquiere derecho alguno que se incorpore a su patrimonio y requiera de aceptación, pues su derecho sigue siendo el que ya tenía, por cuanto el rango por sí mismo no puede considerarse como un derecho, sino una posición o cualidad de la garantía, que se ve beneficiada en su preferencia con la posposición de otra preferente, pero sigue siendo la misma. Así lo revela el artículo 241 del Reglamento Hipotecario cuando, al regular los requisitos para la posposición, se limita a exigir, en su apartado 1.º, el consentimiento expreso del acreedor que posponga, sin referencia alguna al del favorecido por la misma.

5. Ha de abordarse, por último, otro de los defectos recurridos, el que plantea la necesidad de expresar la causa de la posposición de la hipoteca. La norma reglamentaria antes citada, que exige tan sólo el consentimiento del acreedor para la posposición, no puede interpretarse, al igual que ocurre con el artículo 82 de la Ley cuando exige para la cancelación el consentimiento del titular del derecho inscrito, de forma aislada, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, del que resulta que el puro consentimiento formal como título inscribible no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista. La inscripción de cualquier acto traslativo, modificativo o extintivo de derechos requiere la expresión del título causal, tanto por exigencias del principio de legalidad, en cuanto no son iguales a la hora de calificar los requisitos exigibles en orden a capacidad, autorizaciones o legitimación, etc., como por la necesaria consignación en el asiento, cuyos efectos respecto de tercero no serán los mismos si la causa ha sido, por ejemplo, gratuita u onerosa.

Ahora bien, si ciertamente no puede aceptarse que para la posposición sea suficiente el mero consentimiento formal del titular de la hipoteca, en el presente caso no estamos ante un consentimiento abstracto para la posposición, sino que unilateralmente se dispone una posposición de rango hipotecario. Al igual que en el supuesto contemplado por la Resolución de 2 de noviembre de 1992, que entendió que cuando en la escritura se dispone unilateralmente que la finca quede liberada de una hipoteca hay que interpretar que se está ante la abdicación por el titular registral de dicho derecho, es decir, ante una renuncia al mismo, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 de la Ley Hipotecaria, de igual modo con el consentimiento para la posposición hay una abdicación del rango, que no es del derecho sino de su potencial efectividad y, si se quiere, y como consecuencia de ello, de parte de su valor económico, con la misma eficacia sustantiva a los efectos de dar causa a su inscripción.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 4 de noviembre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

## COMENTARIO

En la nota de calificación que da lugar a la interposición del recurso gubernativo, cuya resolución se plantea, se manifiestan un elevado número de defectos. Considero como más relevantes, a la hora de hacer este comentario, a tres de ellos, que se encuentran precisamente relacionados por afectar al propio negocio, objeto de la inscripción que se discute.

Estos tres defectos se refieren, en concreto, a la posposición de rango hipotecario, en cuanto al cumplimiento de sus requisitos de forma, consentimiento y causa.

El primero de ellos (defecto núm. 3 en la nota de calificación) da lugar a la discusión de cuál es la forma en que se debe recoger la posposición de hipoteca. Si puede hacerse a través de un acta notarial, o sería necesario formalizarse en escritura pública. La respuesta variará según cuál sea la naturaleza jurídica de la posposición, si se considera un negocio jurídico, un acto o un simple hecho.

En segundo lugar y ligado con lo anterior, hay que examinar si la posposición de rango hipotecario que aquí se pretende es una verdadera posposición *strictu sensu* o, por el contrario, se trata más bien de una permuta de rango, lo que determinaría su carácter unilateral o bilateral, y en consecuencia, si es necesario para llevarla a cabo el consentimiento del titular de la hipoteca que se antepone, o basta el del acreedor pospuesto (defecto núm. 7 en la nota de calificación). Aquí subyace, asimismo, la problemática en torno al rango hipotecario: si es una simple cualidad del derecho, o si se trata más bien de un derecho independiente, cuya transmisibilidad comporta una adquisición de derechos, lo que haría necesario el consentimiento de ese adquirente.

El último de los defectos relacionados con la posposición es si es preciso hacer constar la causa de la misma o basta un simple consentimiento abstracto por parte del titular pospuesto (defecto núm. 5 en la nota de calificación registral) para llevarla a cabo.

Creo que lo que conviene desarrollar en estas líneas es realmente en qué consiste la posposición de rango hipotecario, y qué requisitos son necesarios para llevarla a cabo, con el fin de poder solucionar todos estos problemas.

## POSPOSICIÓN DE RANGO

Por sus especiales características de inherencia y exclusividad, los derechos reales no pueden recaer o coexistir simultáneamente sobre la misma cosa. Esta imposibilidad de coexistencia hace necesario que los mismos se ordenen en un sistema de preferencia para hacerse efectivos sobre la cosa. Pues bien, al lugar que cada uno de esos derechos reales ocupa en ese orden de prelación se le denomina rango.

El rango viene a ser, por tanto, una cualidad más del derecho que lo ordena o sitúa en relación con los otros derechos reales que recaen, asimismo, sobre la cosa. El rango aporta un determinado valor económico a los derechos reales, ya que les otorga la prioridad con respecto a los posteriores. Este valor, por su propia importancia, hace que el rango tenga cierta autonomía con respecto al derecho, lo que lleva a la admisión de su transmisión o negociabilidad. Pero, aunque quepa cierta negociabilidad del rango, lo que se adquiere o transmite es una cualidad más del derecho y no

un derecho independiente o nuevo, pues el derecho real no sufre modificación alguna en cuanto a su esencia. En este sentido, GARCÍA GARCÍA (1) dice claramente que «el rango es la cualidad de un derecho real que le proporciona el tener una determinada posición registral respecto a otros derechos reales», en virtud del cual se atribuye un derecho de preferencia (no en sentido técnico-jurídico, ya que el rango no constituye un derecho subjetivo independiente, sino una cualidad o facultad del derecho), pero esa cualidad del derecho repercute fundamentalmente en el valor económico del derecho; y consecuencia del valor económico del derecho, sigue este autor, es «su negociabilidad en el sentido de que puede ser modificado y cambiado de un derecho a otro, es decir, que puede ser separado de un derecho para unirlo a otro».

Por lo tanto y como primera conclusión, que comparte casi toda la doctrina (2), se puede decir que el rango no es en sí mismo un derecho independiente, y que, en consecuencia, su transmisión no lleva a adquirir un derecho nuevo y distinto al titular que «sube de puesto». Parece, entonces, ilógico que podamos decir que, en principio, y de modo general, no sería directamente necesario al posponer el rango hipotecario que la persona, que como consecuencia de esa posposición mejore de rango, preste su consentimiento; pues realmente no adquiere ningún derecho subjetivo nuevo, y sí sólo modifica la calidad del que ya tenía.

No obstante hay que matizar esta afirmación, ya que existen distintos tipos de negociación sobre el rango que pueden llevarnos a soluciones distintas en cuanto al consentimiento necesario para llevarlas a cabo.

La posposición de rango en sentido amplio implica la postergación de un derecho real, obviamente, frente a otro que adelantará su posición. En estos términos generales puede incluirse dentro de la posposición tanto las figuras de permuta, reserva y posposición en sentido estricto.

Hablamos de permuta de rango cuando los titulares de dos (o más) derechos inscritos pactan entre sí la alteración de sus respectivos rangos, ocupando el de rango inferior el superior, y por el contrario, el que ostentaba rango preferente pasa a posición posterior. Como características propias de la permuta hay que señalar el convenio o negocio bilateral entre ambos titulares que deciden y consienten en el intercambio de sus rangos, cuyos respectivos derechos ya están inscritos, pues de otra forma no tendrían rango asignado. Siendo, entonces, absolutamente necesario el consentimiento tanto del titular pospuesto como del que se antepone, y el hecho de que ambas hipotecas (o derechos reales inscritos) estén inscritas.

---

(1) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 707-709.

(2) Véase, en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 126; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 387; BLASCO GASCO, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 411 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 213 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, págs. 62 y 63.

Sin embargo, en contra, encontramos la opinión de Álvarez Caperochipi, que mantiene que el «rango hipotecario se convierte en un derecho directamente negociable con independencia del crédito mismo». Véase ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Curso de derechos reales. Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 141-144.

Por el contrario, hablamos de posposición de hipoteca cuando el titular de un derecho inscrito decide unilateralmente postergar su derecho real a favor de otro que, o bien se está constituyendo simultáneamente a dicha posposición, o bien lo hará con posterioridad a la misma, o incluso, y para algunos autores, que ya está inscrito.

Cuando se pospone el rango en favor de otro derecho real futuro que todavía no existe, la mayoría de los autores, con los que coincido, entienden que se está hablando más propiamente de reserva de puesto o rango. Y, precisamente, lo que le diferencia de la posposición en sentido estricto es que el derecho al cual se va a posponer todavía no existe. Aunque este rasgo de la reserva es aceptado unánimemente, la doctrina discute sobre la posibilidad de que el derecho que va a posponerse esté ya inscrito o por el contrario se constituya simultáneamente a dicha reserva, es decir, que nazca ya pospuesto a la hora de definir exactamente esta figura distinguiéndola de la posposición en sentido estricto.

Como existen muchas diferencias y matices entre los autores, voy a hacer un breve repaso a las opiniones doctrinales de cada uno de ellos en esta materia.

Así, por ejemplo, para ROCA SASTRE (3) la posposición en sentido estricto, o lo que él denomina la posposición pura, consiste en la postergación de una hipoteca ya constituida, e inscrita, en beneficio de una hipoteca no inscrita o futura, por cuanto la escritura pública para su constitución es otorgada al tiempo o después de consentida la posposición. Como requisitos de la posposición, señala este autor, que la hipoteca que sea objeto de la posposición conste inscrita; y el consentimiento de su titular registral, sin que sea necesario el del titular de la hipoteca que va a anteponerse. La reserva de rango, y para el mismo autor, es una variante de la posposición, y consiste en que una hipoteca nazca o surja con la calidad de postergable en su rango en beneficio de una hipoteca futura que todavía no se ha inscrito. Luego, para ROCA SASTRE, la diferencia entre ambas figuras estaría en el hecho de que en la posposición, la hipoteca que se pospone ya estaba previamente inscrita al hacerse la posposición, mientras que en la reserva, la posposición se establece al tiempo de convenirse dicha hipoteca.

Asimismo, para CHICO Y ORTIZ (4), la posposición en sentido estricto se pacta después de inscrita la hipoteca postergable y antes o al mismo tiempo de constituirse el que va a ganar el puesto, y la reserva se estipularía en el momento de constituirse el derecho que va a retroceder a favor de otro futuro.

GARCÍA GARCÍA (5) considera que la posposición *strictu sensu* se refiere a situaciones en que tanto el derecho que retrocede como el que avanza se encuentran inscritos, mientras que la reserva se refiere a un derecho de constitución futura todavía no existente. Si bien, dentro de la reserva, este autor incluye dos supuestos distintos: 1) cuando la hipoteca que va a retroceder no está todavía inscrita, constituyéndose simultáneamente esa hipoteca con reserva de rango a favor de la futura (la hipoteca nace ya con la reserva de

---

(3) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 229-238.

(4) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1596-1597.

(5) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 728-736.

rango), y 2) la hipoteca que va a retroceder está ya inscrita con anterioridad, pero se prevé la necesidad de que se posponga a favor de una hipoteca de constitución futura. Esta segunda modalidad de reserva de rango, que explica GARCÍA GARCÍA, es para muchos autores una posposición en sentido restringido (vgr. CHICO Y ORTIZ, LA RICA Y ARENAL, ROCA SASTRE) (6), siendo verdadera reserva sólo el primer supuesto. Pero GARCÍA GARCÍA encuentra el criterio de distinción entre ambas figuras en que para él la posposición sólo existe respecto a dos derechos ya inscritos, y en la reserva no es necesario que ambos lo estén, siendo rasgo diferencial de la misma que al menos uno de ellos sea siempre futuro (7).

Si se analizan las posturas doctrinales de estos autores, vemos que las diferencias entre ambas figuras derivan de la conjugación de varios criterios: a) si se atiende a la constitución o inscripción del derecho que se pospone; b) si se atiende al momento de convenirse la posposición o reserva; c) el momento de constitución o nacimiento del derecho que se va a anteponer. Según se fijen en uno u otro criterio, las definiciones y diferencias entre ambas figuras se hacen patentes.

En mi opinión, la posposición en sentido estricto es la que hace el titular de la hipoteca ya inscrita, a favor de otra que se otorga simultáneamente a dicha posposición, aunque se inscriba con posterioridad (por lo que se puede hablar, entonces, de hipoteca futura), o que se constituirá definitivamente con posterioridad. Mientras que en la reserva la postergación se pactará al convenirse la hipoteca que se pospone, naciendo ya pospuesta con respecto a otra futura.

En el caso de la resolución que se comenta, se trata de una posposición (en sentido amplio) de una hipoteca ya inscrita, que se lleva a cabo a la vez (5 de septiembre) que se otorga la escritura pública de la otra hipoteca que se va a anteponer, cuya inscripción tendrá lugar más adelante (17 de diciembre de 1991). Para GARCÍA GARCÍA esto podría tratarse de una reserva de puesto de la segunda modalidad, debido a que la hipoteca que se va a posponer ya se encuentra inscrita, y lo hará a favor de una hipoteca futura (aunque se otorga escritura pública de constitución a la vez que la posposición no se constituirá realmente hasta su inscripción, y por tanto puede considerarse como futura); para el resto de los autores —y comparto su opinión—, sería más bien una posposición en sentido estricto. No creo que pudiera pensarse que se trata de una reserva de puesto comúnmente admitida, ya que la hipoteca que se pospone ya estaba inscrita, y por lo tanto, nunca se podría decir que nace ya pospuesta, como en una verdadera reserva. Pero de lo que no cabe ninguna duda es que no se trata de una permuta, tal y como mantiene el Registrador en su nota de calificación, pues ésta exige el convenio o pacto entre dos titulares de derechos inscritos, y aquí desde luego no existe esa connivencia, ni tampoco se encuentran inscritos, en el momento de la posposición (como

---

(6) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1596-1597; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, II, Centro de Estudios Hipotecarios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1976, pág. 234; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 229-238.

(7) También es de esta opinión doctrinal Lacruz Berdejo. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 127.

mantiene el Registrador), los derechos en juego, ya que la hipoteca que se va a anteponer se constituye en escritura pública en ese mismo momento (de la posposición), estando todavía pendiente de inscripción registral para su efectiva constitución. Incluso aunque estuvieran inscritas ambas hipotecas, ya hemos dicho que eso tampoco sería óbice (para algún sector doctrinal) (8), para no calificar tal negocio como posposición, siendo lo verdaderamente relevante de la misma el consentimiento unilateral del titular registral que pospone su derecho.

Por eso, creo que podríamos discutir el carácter de posposición estricta o no, pero nunca el de permuta. Y fuera cual fuera la solución adecuada (me inclino por posposición *strictu sensu*), ésta no afectaría al requisito del consentimiento del acreedor hipotecario que antecede, pues en cualquier caso se trataría de un negocio unilateral para el que no se necesita la anuencia del mejorado, ya que éste sólo se ve beneficiado por el propio automatismo del sistema registral, y en cualquier caso, y como ya he explicado antes, al adquirir nuevo rango registral nunca adquiriría un derecho nuevo, sino sólo mejoraría la calidad del que ya tenía.

Por otra parte y en cuanto a cuál debe ser la forma adecuada que debe recoger la posposición (acta de manifestaciones o escritura pública), debido al carácter de negocio jurídico unilateral y de disposición (pues altera los rangos) que atribuyo a la misma, y en la que coincide gran parte de la doctrina (9), creo que ha de otorgarse en escritura pública y no en acta notarial. Ahora bien, la DGRN en este caso cree suficiente el acta porque en ella se dan más requisitos de los que suele contener, como la fe de conocimiento y el examen de la capacidad de los otorgantes, considerando, entonces, como bastante este documento público en el que se recoge la posposición. Sin embargo, creo que habría sido más fácil y no hubiera ocasionado dudas sobre su validez, si se hubiera otorgado una escritura pública; documento que considero el más adecuado para recoger este negocio jurídico.

Por último, el defecto señalado sobre la falta de causa de la posposición incide, una vez más, en el problema de la causalidad de los asientos registrales que, en concreto para la cancelación, ha ocasionado varias resoluciones (10). Y de nuevo, la DGRN resuelve de forma positiva el tema de la causa, declarando que ésta es necesaria siempre en nuestro sistema, y que no puede existir un consentimiento abstracto que dé lugar a la práctica de un asiento registral. Sin embargo, otra vez, vuelve a «deducir» como causa de ese consentimiento para la posposición, la renuncia o abdicación de derechos, sin que ésta se haya manifestado expresamente, siendo, según mi parecer, insuficiente tal deducción, como he mantenido en otros comentarios en los que se trató de manera amplia este problema y a los que me remito (11).

---

(8) Véase la opinión de García García y Lacruz Berdejo que se acaba de explicar en la nota 7 y en el texto.

(9) Entre otros, ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit. pág. 231, donde afirma que «no cabe duda que la posposición de rango es un negocio jurídico unilateral de disposición, por cuya razón deberá el postergante de la hipoteca tener la capacidad dispositiva de bienes inmuebles».

(10) Véase la Resolución de 2 de noviembre de 1992, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 2 de diciembre de 2000.

(11) Véase comentarios a las Resoluciones de 12 de septiembre y 2 de diciembre de 2000.



Por tanto y para concluir, considero, en líneas generales, buena la decisión de la DGRN de admitir la inscripción como posposición del negocio que se presenta, pero creo que se debía haber exigido más en cuanto a sus requisitos de forma (escritura pública) y expresión de la causa.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*CANCELACION. INSCRIPCION DE DOMINIO ANTERIOR A LA VIGENTE.— DECLARADA JUDICIALMENTE LA NULIDAD DE LA COMPRAVENTA DE UNA FINCA POR QUIEN LA TRANSMITIO YA A OTRO, QUE LA TIENE INSCRITA A SU FAVOR EN EL REGISTRO, AUN CUANDO PUDIERA PENSARSE EN LA UTILIDAD, DESDE UN PUNTO DE VISTA MERAMENTE INFORMATIVO, DE LA CONSTANCIA DE ESA DECLARACION DE NULIDAD Y CONSIGUIENTE CANCELACION DE LA INSCRIPCION DEL DEMANDADO, CON SUBSISTENCIA DE LA INSCRIPCION A FAVOR DEL TITULAR REGISTRAL ACTUAL, NO DEMANDADO, RAZONES DE CLARIDAD, DE TRACTO SUCESIVO Y LEGALES (ART. 76 LH QUE DECLARA EXTINGUIDO UN ASIENTO POR LA INSCRIPCION DE LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO OBJETO DEL MISMO) IMPONEN LA IMPROCEDENCIA DE PRACTICAR AQUELLA CANCELACION. (RESOLUCIÓN DE 3 DE JULIO DE 2001. BOE de 21 de agosto de 2001).*

*RESOLUCION de 3 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Emilio González Beltrán y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 18, don Angel Badía Salillas, a inscribir un testimonio de sentencia en virtud de apelación de la recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Jesús González Díez, en nombre de don Emilio González Beltrán y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 18, don Angel Badía Salillas, a inscribir un testimonio de sentencia en virtud de apelación de la recurrente.

*Hechos.—I.* En juicio oral número 529/1994, del Juzgado de lo Penal, número dos de Madrid, fue dictada sentencia con fecha 28 de abril de 1995, en la que se declara la nulidad de la escritura otorgada por P. H. A. y F. P. E. de fecha 18 de julio de 1989, ante el Notario don Pablo Barrenechea de Castro, sobre la disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de bienes y la cancelación de todas las inscripciones registrales, consecuencia de dicha escritura. La referida sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 18 de julio de 1995. El 1 de julio de 1998 se dirige mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a la anotación del fallo de la sentencia.

*II.* Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 18, fue calificado con la siguiente nota: «Calificado el precedente mandamiento no se ha practicado operación registral alguna relativa a la nulidad de la escritura que se dice porque la única finca que se ha encon-