

Es de esperar que a partir de ahora se confirme, tal y como ya lo ha hecho la Resolución de 17 de marzo de 2000, para la que, al igual que ésta, «la computación conjunta de uno y otro tipo de interés, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, más respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos».

M. G. R. A.

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR. CANCELACION.—SOLO CUANDO SE ACREDITE LA DESTRUCCION O INUTILIZACION DEL TITULO AL PORTADOR, SE PUEDE PRACTICAR LA CANCELACION DE LA HIPOTECA, NO BASTANDO LA ASEVERACION DE ESTAR EN PODER DEL QUE SOLICITA DICHA CANCELACION (RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 3 DE FEBRERO DE 2000).

RESOLUCION de 22 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de la misma capital, don Fernando Alonso-Mencía Alvarez, a cancelar una hipoteca en garantía de obligaciones al portador en virtud de apelación del Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de la misma capital, don Fernando Alonso-Mencía Alvarez, a cancelar una hipoteca en garantía de obligaciones al portador en virtud de apelación del Registrador.

Hechos.—I. En fecha 3 de junio de 1996 se autorizó acta por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, a requerimiento de los cónyuges don Isidro González Oñoro y doña María Magdalena López Señor, en la que se hizo constar, conforme al párrafo 2.º del artículo 156 de la Ley Hipotecaria, que los requirentes exhibían al Notario cuatro obligaciones hipotecarias al portador, serie A, números 6 a 9, de la emisión integrada por un total de nueve obligaciones de la misma serie emitidas por don M. D. T. y doña P. A. C., formalizada en escritura autorizada el 8 de abril de 1991 por el Notario de Madrid, don Antonio de la Esperanza Martínez-Radío garantizadas con hipoteca sobre la finca 3.880 del Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara, finca actualmente inscrita a favor de los requirentes por habérsela adjudicado en procedimiento judicial seguido precisamente para

la ejecución de la misma hipoteca en cuanto garantizaba las restantes obligaciones integrantes de la misma emisión. El Notario hizo constar que se le exhiben dichos títulos y previo cotejo con la escritura de emisión los inutilizó.

II. Presentada copia de dicha acta en el Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de que no se ajusta a lo establecido en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, que exige para cancelar las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador, que los títulos se encuentren en poder del deudor, cosa que no sucede en el caso de la escritura calificada ya que se encuentran en poder del titular actual de la finca hipotecada, persona distinta del emitente de las obligaciones, es decir, del deudor. Dicha persona no tiene la facultad de cancelar la hipoteca a que se refiere el documento por haber desaparecido esta posibilidad (que sí tenía, según el Reglamento Hipotecario de 1915) de la actual legislación hipotecaria. Al ser insubsanable el defecto no se practica anotación de suspensión, la cual tampoco ha sido solicitada. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de la misma, según se regula en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes del Reglamento para su aplicación. Guadalajara, 2 de agosto de 1996. El Registrador». Sigue la firma.

III. El Notario autorizante del acta interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación, argumentando: Que si bien los títulos se encuentran en poder de los actuales titulares de la finca, éstos también son deudores actuales subrogados en el préstamo incorporado a las obligaciones garantizadas con la hipoteca, pues adquirieron tal finca en virtud de procedimiento de ejecución seguido para el cobro de los restantes títulos, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria para el caso de ejecución de parte de ellos, y conforme al cual queda subsistente la hipoteca correspondiente al valor de los no ejecutados, entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas sin destinar a su pago o extinción el precio del remate, subrogación sobre la que existe casi unanimidad en la doctrina que lo es no sólo en la hipoteca sino también en la responsabilidad personal; que por ello el artículo 231 del Reglamento Hipotecario contempla el supuesto de que, subrogado el rematante en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores, su importe sea satisfecho por el primitivo deudor, entendiendo que éste se subroga, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unos y otros para exigir su importe al rematante o adjudicatario; que por tanto no es cierta la afirmación de la nota de que no están los títulos en poder del deudor; que, además, entiende el recurrente que aunque no se hubiera producido esa subrogación en la deuda también procedía la cancelación, habida cuenta de que aunque los otorgantes del instrumento cuya inscripción se deniega no se hubieran subrogado en la deuda, al pagar a los tenedores de las obligaciones el importe de la deuda han adquirido el crédito, convirtiéndose en acreedores (art. 150 de la Ley) y pueden: O transmitirlo a un tercero o extinguirlo; que esto último es lo que han realizado mediante la inutilización de los títulos con lo que extinguido el crédito procede la cancelación de la hipoteca conforme al artículo 79 de la Ley para lo que prestan el consentimiento exigido por el artículo 82; que si bien el artículo 156 regula procedimientos especiales de cancelación es por la

dificultad práctica de poder obtener el consentimiento de los tenedores o de todos ellos, pero que si se presentan los títulos y consiente la cancelación su titular no es preciso acudir a ninguno de estos procedimientos; y por último, que si bien el vigente Reglamento Hipotecario no ha recogido la regla del artículo 183 del Reglamento de 1915, ello no quiere decir que los principios que se inspira no estén recogidos en la legislación vigente, pues si bien en ésta no hay norma que contemple la cancelación a instancia del hipotecante por deuda ajena o por el tercer poseedor, es evidente que los interesados en la cancelación son éstos y no el deudor al que sólo le interesará la carta de pago de la deuda, pero no la cancelación de la hipoteca que tan sólo tendrán interés en obtener si son titulares de la finca o derecho hipotecado, por lo que las normas sobre cancelación a solicitud del deudor han de entenderse aplicables al tercer poseedor o propietario de la finca como verdaderos interesados en la cancelación.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota acudiendo a los siguientes fundamentos: Que como consecuencia de la doctrina de la Resolución de 29 de diciembre de 1914, el artículo 183 del Reglamento Hipotecario de 1915, vino a admitir la cancelación de las hipotecas en garantía de títulos endosables pudieran cancelarse por el deudor o tercer poseedor en cuyo poder estuvieran los títulos, posibilidad que la Orden de 5 de febrero de 1940 extendió al caso de títulos al portador y al supuesto de que estuvieran en poder de cualquier persona que tuviera interés conocido en la cancelación; que si la reforma de 1944 mantuvo los mismos criterios que la Ley anterior en materia de hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador y, por el contrario, el Reglamento suprimió la posibilidad de cancelaciones de las constituidas en garantía de títulos al portador a solicitud del tercer poseedor o interesado ha de entenderse que quiso suprimir tal posibilidad; que la pretendida casi unanimidad de la doctrina, al considerar al rematante de la finca hipotecada como subrogado en la deuda garantizada con cargas preferentes no es tal, pues son muchos los autores, cuya doctrina examina, que entienden limitada la subrogación a la responsabilidad real y no en el sentido de que opere una asunción de la obligación personal; que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, aducido por el recurrente, lo que contempla es el supuesto de que la obligación garantizada por la carga preferente que subsiste en la ejecución hubiera sido pagada con anterioridad por el deudor o tercer poseedor, no el supuesto de que la misma haya sido pagada después, sin olvidar que se remite al artículo 118 de la Ley, remisión que ha de entenderse realizada a su apartado 2.º en el que no se contempla la asunción de la deuda; que no se cumplen las reglas generales de la Ley Hipotecaria sobre cancelación, pues la doctrina fundamental, recogida en los artículos 82 y 83, es la necesidad de consentimiento del titular registral, dejando a salvo las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en la propia Ley, entre las que está el artículo 156 para las hipotecas en garantía de títulos, dada la dificultad de obtener en tal caso el consentimiento de unos acreedores plurales e indeterminados; que tampoco concurre la regla general del artículo 179 del Reglamento Hipotecario en orden a la prestación de consentimiento por el acreedor, pues tal consentimiento ha de prestarse en escritura pública, y en este caso estamos en presencia de un acta notarial que no puede, por su propia naturaleza, recoger esa prestación de consentimiento; y que, por último, no puede tomarse en consideración la diferencia que establece el legislador para la cancelación de hipoteca en garantía de títulos endosables y al

portador, pues los primeros, al estar identificado el acreedor por el endoso, cabe la cancelación en virtud de escritura otorgada por el mismo, en tanto que la falta de identificación del acreedor en los segundos obliga a acudir a la solución de que la cancelación la solicite el deudor previa recogida e inutilización de los títulos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó auto estimando el recurso y revocando la nota de calificación fundándose en que los rematantes de la finca se subrogaron en la condición de deudores en virtud del remate en cuanto a la obligación de pago del resto de los títulos que no acudieron en su día a la ejecución y como tales deudores están legitimados para cancelar la hipoteca.

VI. El Registrador apeló el anterior auto refutando su argumentación sobre la existencia de una asunción de la deuda en virtud del remate de la finca como consecuencia de la ejecución hipotecaria y la consiguiente legitimación de los solicitantes como deudores para solicitar la cancelación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.861 del Código Civil; 6, 79.2.º, 80.2.º, 82, 105 y 156 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1914, 3 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1989.

1. Se plantea en el presente recurso la posibilidad de cancelar una hipoteca en garantía de títulos al portador a solicitud del tenedor de los mismos, que en este caso es el tercer poseedor de la finca hipotecada, previa su exhibición al Notario autorizante del acta en que aquélla se solicita, que da fe de haberlos cotejado e inutilizado.

2. Conforme establecen los artículos 79.2.º y 80.2.º de la Ley Hipotecaria, podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total o parcial de las inscripciones cuando se extinga por completo o se reduzca el derecho inscrito, siendo necesario para ello presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de tal derecho (art. 173 del Reglamento Hipotecario). El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 1.861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), determina que la extinción del crédito conlleve la del derecho de garantía.

3. En el caso de títulos al portador, la incorporación del derecho al documento, unida a la legitimación que la posesión de éste brinda para el ejercicio de aquél, implican que la destrucción o inutilización del título acarree la extinción del derecho incorporado, por lo que, acreditada fehacientemente a través de acta notarial aquella inutilización, se dan los presupuestos legales para la cancelación de la garantía, tal como expresamente se recoge en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, sin que la referencia del mismo al supuesto de que aquéllos obren en poder del deudor, sin duda por ser el más frecuente, pueda excluir la misma solución cuando lo solicite cualquier persona legitimada conforme al artículo 6.º de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 22 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

Se plantea el problema de cómo debe cancelarse la inscripción de una hipoteca en garantía de obligaciones al portador, y si es posible proceder a dicha cancelación cuando los títulos emitidos estén en manos de un tercer poseedor, en lugar del deudor que expresamente establece el artículo 156.2 LH.

En principio, la regla general para practicar cancelaciones se encuentra recogida en el artículo 82 LH, que exige para ello la escritura pública que contenga el consentimiento del titular del derecho que se va a cancelar, o en su defecto, la correspondiente sentencia firme que ordene la cancelación.

Pero las especiales características de los títulos al portador hace que sea inaplicable dicha regla general para su cancelación. Estos se caracterizan por la indeterminación personal del acreedor o titular de los títulos a la orden o al portador, y la incorporación del crédito a los mismos. Luego, en las hipotecas que los garantizan el titular es indeterminado, cambia incesantemente, haciéndose imposible o muy difícil obtener un consentimiento cancelatorio tal y como exige el artículo 82 LH. Además, esto se complica si tenemos en cuenta que la hipoteca va distribuida entre varios títulos, y por lo tanto, existe una pluralidad de acreedores hipotecarios, lo que dificulta todavía más el obtener su consentimiento y su acuerdo para ello.

Por todo esto, su cancelación debe someterse a reglas especiales que se recogen en los artículos 156 LH, y 211 y 212 RH, cuya admisibilidad tiene base en el propio artículo 82, último párrafo, al decir que «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley».

El artículo 156 LH establece cómo debe cancelarse la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, distinguiendo, según se trate, de una cancelación total o parcial, y los supuestos en los que se hayan emitido efectivamente, o no, las obligaciones garantizadas. En el caso de la presente resolución, se pretende la cancelación total de la inscripción de la hipoteca, y como las obligaciones han sido emitidas efectivamente para su cancelación, habrá que aplicar lo que a tal efecto dispone el artículo 156.2 LH. Este artículo dice que «las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador se cancelarán totalmente si se hiciere constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados».

Esta regla sustituye el consentimiento cancelatorio de los acreedores hipotecarios (ante la imposibilidad de obtenerlo), y con el que se prueba que han sido reintegrados en su crédito y aceptan, consecuentemente, la cancelación de la hipoteca que lo garantiza, por el hecho de que las obligaciones se encuentren debidamente inutilizadas en poder del deudor, pues esto demuestra sobradamente que el crédito establecido —y con él la hipoteca— se ha extinguido (ya que el crédito va incorporado al título), cumpliéndose, al igual que en el caso del artículo 82.1 LH, la premisa fundamental de la cancelación que no es otra que la extinción del derecho inscrito.

Siendo ésta la *ratio legis* del artículo 156.2 LH, el Registrador de la Propiedad rechaza la cancelación de la hipoteca correspondiente, ya que los títulos no se encuentran en poder del deudor emitente, sino del adjudicatario o rematante, nuevo propietario de la finca hipotecada, y según él, no se cumple con lo establecido en el artículo 156 LH.

La Resolución de 29 de diciembre de 1914 consideró legitimado para pedir la cancelación de una hipoteca en garantía de títulos al portador, no sólo al emitente, sino también al tercer poseedor de finca hipotecada. En concreto esta resolución mantuvo que «por sujetar las hipotecas directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, el tercer poseedor puede verse perturbado en el aprovechamiento de la cosa por las reclamaciones del acreedor, ser requerido de pago con las formalidades legales, o sufrir quebranto en su patrimonio como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, y tiene por lo tanto un interés tan directo en la extinción de la deuda principal como el mismo obligado, ostentando asimismo, en cierto sentido, el carácter de deudor subsidiario respecto de la prestación garantizada por la finca sobre la que recae el gravamen. A mayor abundamiento, en el presente caso, los títulos recogidos por la sociedad emisora, o por la comanditaria que la sucedió en sus derechos y obligaciones, han estado realmente en poder del deudor, y están actualmente en poder del tercer poseedor, quien además de hallarse implícitamente autorizado para otorgar el acta de cancelación por el hecho de la transmisión de la propiedad en concepto de libre de cargas, garantizar con su propio interés el cumplimiento escrupuloso de las condiciones de amortización e inutilización de los títulos representativos». Así lo ha admitido también la mayoría de la doctrina (1), basándose principalmente en el hecho de que la tenencia por el tercer poseedor de los títulos emitidos e inutilizados, justifica plenamente la extinción del derecho, que es lo que pretendía el artículo 156 LH, con la exigencia de que fuera el deudor emitente el que los tuviera recogidos y debidamente inutilizados.

Esta tesis puede aplicarse perfectamente al caso de la resolución que se analiza, pues la tenencia por el adjudicatario (tercer poseedor de finca hipotecada) de los títulos inutilizados equivale, en el sentido de prueba de extinción del derecho, a la tenencia de los mismos por el deudor, ya que es la inutilización por el notario lo verdaderamente relevante, pues significa la comprobación del previo pago de las obligaciones, y su correspondiente extinción. Luego, parece que, en principio, el adjudicatario, propietario de la finca hipotecada, podrá asimismo solicitar la cancelación.

Si tenemos en cuenta, como hemos dicho, que lo que subyace en el artículo 156.2, es la prueba de la extinción del derecho como premisa o fundamento de la cancelación, una vez probada ésta, debería poder procederse a la cancelación. La DGRN sigue esta argumentación, y considera que una vez acreditada suficientemente la extinción del derecho (lo cual sucede, pues se presenta acta notarial de inutilización de los títulos, lo que se traduce en la extinción del derecho, pues éste va inexorablemente incorporado a aquél), se cumplen los presupuestos legales para la cancelación de la garantía. Y añade la DGRN que la referencia que hace el artículo 156 LH a que los títulos estén en poder del deudor, no puede «excluir la misma solución cuando lo solicite cualquier persona legitimada conforme al artículo 6 LH».

Esta misma doctrina es la que subyace en las Resoluciones de la DGRN de 3 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1989, pues de ellas se extrae la idea

(1) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 173; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 1568 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 418.

de que para cancelar una inscripción basta con acreditar fehacientemente la extinción del derecho inscrito. En concreto, la DGRN mantiene que «dicho principio (el de salvaguardia judicial de los asientos registrales, que tiene como consecuencia la exigencia del consentimiento del titular registral para su cancelación) ha de cohererse con el no menos importante de concordancia entre el contenido tabular y la realidad jurídica extrarregistral; de modo que acreditada suficientemente (art. 3 LH) la extinción del derecho inscrito, cualquiera que fuese su causa determinante, procederá la cancelación del asiento respectivo sin que sea necesario el consentimiento cancelatorio de su titular, y así ha de ocurrir, igualmente, dada su accesoriidad con el derecho real de hipoteca, cuando la obligación asegurada queda extinguida por pago y éste sea debidamente justificado al Registrador...»

Pues bien, no podemos objetar nada al hecho de que si se acredita la extinción del derecho debe cancelarse la inscripción del asiento que lo publica para concordar el Registro con la realidad jurídica extrarregistral, pues ésta es una de las misiones del asiento de cancelación. Además, el asiento de cancelación tiene siempre como fundamento la extinción del derecho inscrito —salvo los supuestos de ineficacia del asiento—, la cual es, por lo tanto, previa al mismo, y no al revés, como a veces se ha mantenido, debido a que el asiento de cancelación no extingue derechos, sino que constata esa extinción antecedente. Es más, me parece correcto, en aras de la rapidez y eficacia del tráfico, que para cancelar baste con la prueba de la extinción del derecho inscrito. De esta forma se flexibiliza el rígido sistema contenido en los artículos 82.1 LH y 179 RH que exigen el consentimiento del titular inscrito. Consentimiento cuya única justificación se encuentra en el «miedo» que tuvo el legislador de privar de un derecho a su titular, sin su anuencia, como consecuencia de la «excesiva» protección que se pretendió dar al titular registral en un desarrollo extremo del principio de legitimación.

Con esta nueva línea doctrinal se facilitan mucho las cosas, pero hay que poner de relieve que se corre el riesgo de «inutilizar», primero el artículo 82.1, pero, por extensión, y como en este caso, determinados preceptos legales especiales en materia de cancelación, no teniendo en cuenta su letra; lo que nos lleva a considerar más adecuada una aplicación moderada de estas ideas mientras no vayan precedidas del correspondiente cambio legislativo.

M. G. R. A.