

presente o representada en la citada Junta la totalidad de los socios. En apoyo de esta tesis la Resolución de 11 de marzo de 1980 declaró que la suscripción de cada acción ha de ir acompañada de una real e inicial aportación mínima, como lo confirma el artículo 90 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando exige que la parte de capital que no se desembolse no exceda del 75 por 100 del valor nominal de cada acción suscrita.

Lo que esto quiere decir es que al no poder existir acciones suscritas y no desembolsadas, siempre que esté presente todo el capital suscrito lo está el capital desembolsado, y, de la misma forma, la presencia de todo el capital desembolsado asegura la concurrencia de todo el suscrito. En definitiva, están todos los socios, que es lo decisivo para que pueda celebrarse una Junta universal. Por ello la débil argumentación del Registrador que alegaba que el concepto de capital desembolsado había desaparecido en la actual legislación en cumplimiento de las directivas comunitarias no fue tenida en cuenta por la Dirección General. Literalmente, el Centro directivo dijo que "ciertamente son conceptos distintos los de capital suscrito y capital desembolsado" y que la nueva Ley ha sustituido uno por otro. Pero de acuerdo con los argumentos que antes adelantamos, según los cuales el desembolso mínimo afecta a cada una de las acciones, tanto el capital suscrito como el desembolsado aseguran la presencia en la Junta de todos los socios, "que el el requisito que la Ley, en definitiva, impone".

Poco más podemos añadir al comentario de esta resolución. El temor del Registrador, que alegaba que la referencia del artículo 15 de los estatutos al capital desembolsado podía dar pie a entender que el quórum de votación en las Juntas universales lo sería en relación a tal cualidad de capital y que estando éste desembolsado en un 25 por 100 sería un quórum inferior al mínimo legal carecía de base. Y es que, como han destacado en sus recientes comentarios URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ (4), "al hablar la Ley de presencia de todo el capital social se refiere, sin duda, a todas las acciones suscritas y desembolsadas total o parcialmente".

JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
Registrador Mercantil de Guipúzcoa

NECESIDAD DE REQUERIMIENTO EXPRESO PARA LA CANCELACION POR EL PROPIETARIO DE UNA HIPOTECA UNILATERAL NO ACEPTADA POR EL ACREEDOR. (RESOLUCIÓN DE 4 DE ABRIL DE 1991. BOE DE 22 DE MAYO DE 1991.)

Antecedentes.—El día 22 de noviembre de 1989, Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, otorgó ante el Notario de Madrid don Juan Antonio Villena Ramírez, escritura de cancelación de hipoteca unilateral constituida sobre varias fincas de su propiedad a favor del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, con fecha 21 de enero de 1983, ante el Notario de Madrid don Antonio Pérez Sanz, como superposición de garantía y en cobertura de una deuda de 613.608.936,44 pesetas, así como de sus intereses al 8

(4) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y JOSÉ M.ª MUÑOZ, *Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles*, tomo V, "La Junta General de Accionistas", Civitas, 1992.

por 100 hasta un máximo de tres anualidades y la suma de 92.041.340,46 pesetas para costas y gastos. En el exponendo II de la escritura de cancelación se dice: Que de la existencia de la mencionada hipoteca unilateral, relacionada en el apartado anterior, tuvo conocimiento el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, toda vez que según consta en segunda copia de la misma, expedida para Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, se expidió el día 23 de febrero de 1983 primera copia para el Fondo de Garantía.

Calificación registral.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Mijas, fue calificada con la siguiente nota: Presentado el precedente documento el día 15 de diciembre de 1989, retirado por el presentante el día 26 siguiente y devuelto a esta oficina el día 15 de los corrientes, se suspende la cancelación solicitada por los defectos subsanables siguientes: Primero: Faltan las copias de los poderes citados de Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima. Segundo: Falta el requerimiento con la advertencia de cancelación transcurridos dos meses desde su fecha a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, ya que el simple conocimiento de la inscripción de la hipoteca no es suficiente para que el constituyente pueda por sí solo cancelarla. Tercero: Haberse presentado con fecha 12 de los corrientes copia de la escritura de aceptación otorgada el día 19 de enero último por el acreedor a cuyo favor se constituyó, lo que convierte en insubsanable el defecto segundo. Contra esta calificación puede interponerse recurso en plazo de cuatro meses desde hoy ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (art. 113 del Reglamento citado). Mijas, 20 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.

Recurso gubernativo.—El Procurador de los Tribunales don Rafael García-Valdecasas Ruiz, en representación de Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tratándose de hipotecas unilaterales, lo que pretendió el legislador con la redacción del artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento es que el acreedor tuviera conocimiento de que un deudor había hecho a su favor hipoteca de bienes y a partir de ese conocimiento pudiera aceptarla o no, concediéndole un plazo de dos meses, transcurridos los cuales el deudor podrá cancelar la hipoteca sin consentimiento del acreedor. Que el legislador para reforzar dicho conocimiento utiliza la palabra "requerimiento". Que partiendo del significado que dicha palabra tiene en el Diccionario de la Lengua Española está claro que lo que se pretende es que el acreedor hipotecario conozca plenamente la constitución de la hipoteca unilateral a su favor y, si se prueba, ¿qué más requerimiento haría falta? Que en el caso que se estudia, al día siguiente del otorgamiento de la escritura se entregó al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios la primera copia de dicha escritura otorgada a su favor y, por tanto, debe entenderse cumplida la notificación y requerimiento establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Todo esto queda probado y recogido tanto en la escritura de constitución de hipoteca como en la de cancelación. Que aunque la Ley no establezca un plazo de caducidad para aceptar la hipoteca unilateral, es evidente que existe el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y la retirada de la primera copia de la escritura por el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios supone un conocimiento que suple al requerimiento prevenido en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda dejarse indefinidamente.

te la aceptación de la hipoteca al arbitrio del acreedor. Que parece lógico que se pueda pedir la cancelación, siempre que no esté extendida la nota constituida (*sic*) de la aceptación al margen de la inscripción de hipoteca unilateral. Que la "buena fe" es un principio hipotecario, manifestado sobre todo en el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para proteger al adquirente a título oneroso e iría contra la "buena fe" que el acreedor alegase que no conocía el otorgamiento de la hipoteca unilateral por no haberse practicado por el deudor el referido requerimiento. Que habiendo transcurrido dos meses desde la constitución de la hipoteca sin que el acreedor hiciera constar su aceptación en el Registro de la Propiedad, el deudor puede sin necesidad de su consentimiento otorgar la correspondiente escritura de cancelación para su inscripción. Que, por tanto, han quedado cumplidos y son de aplicación los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, así como los artículos 34, 35, 36 y 40 de la citada Ley.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1) En cuanto al primer defecto: Que según reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Registrador puede, en todo caso, exigir la presentación de los poderes, y más en el presente caso que no se cumple lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento Notarial. 2) Segundo defecto: Que la hipoteca unilateral admitida por el artículo 138 de la Ley Hipotecaria como excepción a la regla general de la necesidad del convenio *inter partes*, supone que el constituyente de la misma debe mantener la inscripción-oferta del derecho real hasta que sea aceptada o repudiada expresa y no tácitamente por el destinatario, y el artículo 141 de dicha Ley le permite que mediante una intimidación (*sic*) o requerimiento, no de conocimiento, sino de aceptación en el plazo de dos meses, bajo sanción de cancelación (art. 237 del Reglamento de la misma Ley), puede dejar sin efecto la inscripción de la hipoteca y libre la finca de la carga. Que para el Registro de la Propiedad sólo cuenta la aceptación expresa anotada al margen de la inscripción de la hipoteca y el constituyente tiene en su mano la posibilidad de iniciar el plazo de aceptación mediante el requerimiento. Que, por tanto, para el Registrador mientras no conste anotada al margen de la inscripción de la hipoteca la aceptación o la renuncia expresa, en virtud de documento público y auténtico o de resolución judicial firme, la situación se prolongará indefinidamente mientras que el dueño de la finca no decida iniciar el plazo de dos meses para la caducidad del derecho de adquirir del llamado a la hipoteca, y ello mediante el requerimiento directo y fehaciente, único que puede apreciar el Registrador. 3) Tercer defecto: Que la escritura de cancelación es insuficiente para producir los efectos que pretende porque necesita de la previa caducidad del derecho a aceptar por el Fondo de Garantía de Depósitos y ello requiere como formalidad indispensable el requerimiento fehaciente; y como éste no consta ni siquiera alegado por el recurrente, ello quiere decir que tendría que requerir cuando ya consta presentada la escritura de aceptación, lo que haría inútil por no ser posible cancelar la hipoteca si se espera que transcurran los dos meses.

Auto del Presidente.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en que no consta de forma fehaciente la existencia del requerimiento en la forma que establece el artículo 237 del Reglamento Hipotecario, siendo este defecto insubsanable por

haberse presentado con fecha 12 de febrero de 1990 copia de la escritura de aceptación, otorgada el 19 de enero anterior, por el acreedor a cuyo favor se constituyó la hipoteca.

Apelación del recurrente.—El Procurador recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, insistiendo sobre el significado e interpretación de la palabra requerimiento, el principio hipotecario de buena fe y los hechos que motivaron el otorgamiento de las escrituras de constitución y cancelación de la hipoteca unilateral.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990.

1. La única cuestión que plantea el recurrente es igual a la resuelta por Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990: Si para que sea posible a petición del dueño de una finca la cancelación de una hipoteca constituida unilateralmente es bastante acreditar que transcurrieron dos meses desde que se expidió copia de la escritura de constitución de esta hipoteca por (*sic*) la entidad a cuyo favor se constituía. Evidentemente, y conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por la entidad favorecida para que, desde entonces, empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren; para que empiece a correr este plazo se requiere una especial intimidación (*sic*) o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. No se trata ahora de enjuiciar si el ejercicio del derecho a aceptar sería o no conforme a la buena fe —lo que además escaparía a las posibilidades de calificación registral—, sino sólo de determinar si el ejercicio del derecho a cancelar aparece ajustado a las condiciones estrictas que señala el Ordenamiento, y, evidentemente, no aparece que estas condiciones hayan sido cumplidas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.—1. La resolución sometida a comentario, de 4 de abril de 1991, es una de esa larga ristra de las aparecidas en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de mayo de 1991. Mucho se ha trabajado en la Dirección durante 1991 y, no obstante, se ha mantenido la costumbre de no firmar más de una resolución de recurso gubernativo cada día. Así, cuando citamos una resolución por su fecha nos estamos refiriendo a una sola porque no existe otra de igual fecha. Costumbre esta que es plausible se mantenga a pesar de la avalancha sufrida en cuanto a recursos gubernativos y que el Tribunal Supremo, por ejemplo, no ha podido conservar con sus sentencias.

2. Sin embargo, conviene aclarar de entrada que la resolución sujeta a comentario ha dado poco trabajo en el Centro directivo porque la cuestión debatida ya había sido resuelta —por presentar supuestos de hecho sustancialmente idénticos— por las Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990, citadas ambas en los “vistos” y en el fundamento de Derecho único. También, de algún modo, en la de 23 de septiembre de 1987, no citada, acaso, porque en ésta el supuesto de hecho era distinto y más complejo. La Dirección esta vez se limita a copiar el fundamento de las resoluciones predecesoras, con la única

diferencia de que ahora en lugar de decir que “se requiere una especial intimidación”, se dice que “se requiere una especial *intimidación*”. Y la verdad es que esta permuta de palabras pseudohomófonas (intimidación por intimidación), que también vemos en el informe del Registrador de Mijas, puede atribuirse normalmente a un descuido del mecanógrafo de la Dirección o del teclista del *Boletín Oficial del Estado*, pero no es del todo desacertada. Mucho miedo debieron de pasar los responsables del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios —entidad acreedora— cuando después de tener la hipoteca inscrita a su favor y sin aceptar durante más de seis años, se apresuraron a hacerlo por medio de la escritura de 12 de febrero de 1990, posterior a la de cancelación.

3. Antes de adentrarnos en el núcleo doctrinal de la resolución, quiero detenerme brevemente en la irregularidad que observo en la tramitación de este recurso, consistente en omitir el informe del Notario. El artículo 115 del Reglamento Hipotecario establece que el Presidente deberá pedir informe, entre otros, al Notario autorizante no recurrente cuando la nota recurrida atribuyese al instrumento defectos de redacción o autorización. En el caso que analizamos creo que existe una patente atribución de un defecto de autorización, pues el Notario que autorizó la escritura de cancelación debió haber comprobado la existencia del requerimiento que contempla el artículo 237 del Reglamento Hipotecario. Esta misma omisión se advierte en la Resolución de 21 de noviembre de 1990 y no así en la de 6 de noviembre de 1990. ¿Por qué la Dirección no suplió la deficiencia aunque hubiera sido solicitando el informe omitido por la vía del acuerdo para mejor proveer del artículo 125 del Reglamento Hipotecario? La explicación habrá que buscarla en la necesidad de no demorar más la terminación del expediente y en entender que la existencia de tal informe no es requisito esencial de validez del recurso gubernativo. Acaso en el supuesto analizado no sea tan importante, pero en otros recursos hemos podido apreciar la conveniencia de esa aportación del Notario no recurrente para clarificar o centrar adecuadamente la cuestión debatida. No es prudente, por tanto, desde mi punto de vista, prescindir de algo que, en cualquier caso, es una exigencia reglamentaria sabiamente introducida.

4. También llamo la atención sobre la nota de calificación recurrida, extendida en el Registro de Mijas el 20 de febrero de 1990 por una “firma ilegible” (¿por qué para la Dirección casi todas las firmas de los Registradores son ilegibles?). Esta nota, redactada con una precisión e integridad dignas de ser imitadas, habla de tres “defectos subsanables”, pero posteriormente, al formular el tercero, que es el que nos revela la existencia de aquella escritura de aceptación presurosa, dice que el segundo de los defectos se convierte en insubsanable. Realmente, no es que se trate de tres defectos, sino de dos. El primero alude a una falta de presentación del poder de la entidad constituyente y ahora cancelante de la hipoteca unilateral que no fue objeto de recurso, aunque el Registrador, por laudable cautela procesal, lo defiende en su informe; y el segundo es el meollo de la cuestión y el único objeto del recurso. Lo que el Registrador apunta como tercer defecto no es tal: se trata de un asiento de presentación posterior —que, según doctrina reiterada de la Dirección General, puede ser tenido en cuenta para una mejor calificación— y es el dato que le permite calificar de insubsanable el segundo defecto. En definitiva, no me parece demasiado relevante esa aceptación aparecida a destiempo. Si los argumentos del defecto segundo no fueran suficientes para denegar (no suspender) la cancelación solicitada, de poco serviría la existencia de un asiento

de presentación relativo a una escritura de aceptación posterior en fecha a la de cancelación.

5. Y es que, en el fondo, la discordia jurídica, y en la cual hizo hincapié el recurrente, se centró en si la prueba de que el acreedor tenía conocimiento suficiente de la hipoteca unilateral (que en este caso se apoyaba en la existencia de una primera copia expedida para el Fondo de Garantía, apoyo ciertamente endeble para demostrar un hecho de tanta trascendencia) podía suplir el requerimiento preceptuado por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y desarrollado en el artículo 237 del Reglamento. La Dirección —siguiendo a la letra la argumentación ya establecida meses antes— entendió que no, que no es suficiente tal prueba, sino que debe existir el documento auténtico (normalmente un acta notarial, aunque también es posible un requerimiento judicial) que demuestre que el deudor notificó al acreedor su voluntad de cancelar y cuya fecha determinará el inicio del cómputo de los dos meses de plazo exigidos por aquellos preceptos.

6. La doctrina de la Dirección es, a mi juicio, plenamente acertada porque en el procedimiento registral no puede introducirse, como trató de hacer el recurrente con atractivos argumentos, un concepto como el de la buena fe, cuya apreciación sólo corresponde a los Tribunales de Justicia. Díez-PICAZO y GULLÓN recuerdan y sistematizan la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre las vertientes de la buena fe a la hora del ejercicio de los derechos: una de ellas hace referencia al problema del retraso desleal, y así —siguiendo a esos autores— un derecho subjetivo no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que, incluso, ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que le derecho ya no se ejercitará. Y citan la Sentencia de 21 de mayo de 1982 como receptora de tal doctrina en nuestra jurisprudencia. Algo de esto aparece en la resolución que comentamos. La recurrente había hipotecado unilateralmente sus fincas en 1983 a favor del Fondo de Garantía de Depósitos como superposición de garantía para una deuda de más de seiscientos millones de pesetas. Ignoramos los avatares de la deuda garantizada, pero el tiempo pasa (más de seis años) y la hipoteca unilateral sigue sin ser aceptada por la entidad acreedora. No cabe duda de que la aceptación, producida después de la escritura de cancelación, roza el “retraso desleal” que nos enseñan Díez-PICAZO y GULLÓN. Sin embargo, la Dirección General se mantiene en la buena doctrina y elude la tentación de buscar una interpretación transliteralista de los preceptos invocados que convierta al Registrador en árbitro peripatético de derechos en litigio. Por eso se dice en el fundamento único que “no se trata ahora de enjuiciar si el ejercicio del derecho a aceptar sería o no conforme a la buena fe —lo que además se escaparía a las posibilidades de calificación registral—, sino sólo de determinar si el ejercicio del derecho a cancelar aparece ajustado a las condiciones estrictas que señala el Ordenamiento, y, evidentemente, no parece que estas condiciones hayan sido cumplidas”.

7. En lo que no entra la resolución comentada es en el problema de analizar la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral, porque la penetración en este problema no era esencial para la resolución de la cuestión planteada en Mijas. Conozco un caso en que sí hubiera podido provocarse un pronunciamiento de la Dirección sobre la naturaleza de tan curiosa figura jurídica. Se trata del recurso gubernativo interpuesto en el Registro de Logroño número 1 en 1985. Siempre lamentaré que el entonces Registrador de aquella ciu-

dad se aquietara con la decisión del Presidente de la Audiencia Territorial y no hubiera apelado en su día. A veces, aun a sabiendas de que se puede perder, es bueno agotar todas las posibilidades, porque gracias a ello se originan unas decisiones de la Dirección las cuales contienen doctrinas que preparan el avance de la ciencia jurídica y nos iluminan a todos por vericuetos de poca luz.

8. Aunque el comentario a la Resolución de 4 de abril de 1991 ya puede darse por concluido, voy a transcribir en lo sustancial el informe del Registrador de Logroño y el subsiguiente Auto del Presidente de Burgos de 27 de noviembre de 1985, previo un resumen de los antecedentes de hecho de aquel caso, para quienes tengan curiosidad por profundizar en algo que todavía no ha recibido una respuesta concluyente del Tribunal Supremo; tampoco de la Dirección General, aunque ésta, en Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 parece querer inclinarse (aunque no decididamente) por la teoría de la reserva de rango.

9. El caso planteado en Logroño es muy raro y a la vez muy sencillo de explicar. Un deudor constituye una hipoteca unilateral a favor de un acreedor del cual reconoce haber recibido un préstamo. La escritura se inscribe lógicamente con ese carácter unilateral. Antes de que llegara al Registro la escritura de aceptación, se presenta e inscribe la escritura de venta de la finca hipotecada, que resultó ser (¡atención!) de *fecha anterior* a la de la escritura de la hipoteca (lo que significa que el deudor hipotecó una finca que no era suya por haberla vendido antes, aunque en el Registro continuaba figurando como propietario). Presentada la escritura de aceptación, el Registrador denegó la nota marginal "porque al constituirse la hipoteca por escritura de 5 de noviembre de 1984, el hipotecante no era dueño de la finca, ya que por escritura de 21 de marzo de 1983, presentada el 21 de febrero de 1985 e inscrita el 4 de marzo siguiente, la había vendido a don G. M. R.". En defensa de esta nota —y tras el correspondiente recurso— el Registrador de Logroño, en su informe dijo, entre otras cosas, lo siguiente: "Ha sido constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que los Registradores han de promover un verdadero juicio hipotecario al resolver los problemas de calificación, con preferente sumisión a los asientos del Registro, y tienen plenas facultades para valorar los obstáculos que pueden apreciar. Al calificar deben investigar el Registro por si en él hay obstáculos que impidan la inscripción, y han de atenerse a lo que resulte de los asientos del mismo; los cuales habrán de guardar relación directa con el que se pretenda practicar. A este respecto son de especial interés las Resoluciones de 14 de diciembre de 1953 y 5 de junio de 1964, según las cuales el Registrador deberá desenvolver su función calificadora atendiendo también a los asientos del Registro porque la conjunción de todos los elementos permitirá apreciar la procedencia del asiento solicitado y evitará ulteriores contiendas y a la vez mantendrá la armonía entre los asientos y los derechos de los interesados. La construcción jurídica de la figura de la hipoteca unilateral ha sido debatida por la doctrina científica, elaborando diversas teorías: consentimiento formal, reserva de rango, condición suspensiva, negocio jurídico unilateral, etc. ROCA SASTRE considera que el negocio dispositivo unilateral provoca la constitución de la hipoteca, siendo necesaria la aceptación del favorecido para que éste la adquiera. Su inscripción es posible por la trascendencia real inmobiliaria que lleva consigo, pero esto no quiere decir que la hipoteca quede plenamente constituida hasta la aceptación del acreedor. (Mas en este caso) cuando ésta accede al Registro se ha produ-

cido en él un acto de indudable trascendencia real inmobiliaria: la constatación de que el hipotecante no era dueño de la finca cuando impuso el gravamen. Por su parte, ALBALADEJO entiende que la sola voluntad del disponente no constituye la hipoteca, o sea, no modifica la realidad jurídica; el contrato es necesario para constituir la hipoteca. La inscripción de la hipoteca unilateral está desempeñando el papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva, porque no publica ningún derecho de hipoteca. En cuanto a la forma de hacer constar la aceptación, será por nota marginal, según el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Dicha nota es calificada por ROCA SASTRE de nota jurídica, no de mera oficina. La expresión del precepto da a entender que atribuye valor constitutivo a tal asiento: puesto que habla de *efectos de la nota marginal*, no de efectos de la aceptación en sí. Según ALBALADEJO, la extensión de la nota marginal es constitutiva de la hipoteca. (...) La situación jurídica que proclaman las inscripciones vigentes, en cuanto a sus efectos respecto de terceros de todo orden, queda atendida exclusivamente a lo que publica el Registro: una hipoteca unilateral impuesta por el titular registral y una inscripción de compraventa de la finca hipotecada *otorgada antes que la hipoteca, pero inscrita después*. De esta situación proclamada por el Registro “se aprecia” lo que CAMY denomina una nulidad aparente: es la que resulta del contenido de los asientos del Registro, de forma que su simple lectura la pone de manifiesto. Resulta de una manera directa de los asientos, en relación con las normas legales aplicables. El Registro “publica” la nulidad, y esta publicidad perjudica a todo adquirente posterior al asiento de donde resulta. Es adquirente posterior la entidad a cuyo favor se estableció la hipoteca, puesto que cuando solicita la protección del Registro ya consta en éste la llamada nulidad aparente; y como ya se ha indicado antes, la adquisición de la hipoteca se produce por la nota marginal, es nota constitutiva. Según el citado ALBALADEJO, antes de la registración de la nota marginal no hay hipoteca. La entidad acreedora ha descuidado la oportunidad de su inscripción, entendido este término en el sentido amplio de asiento, y debe quedar postergada por el título de compraventa anterior que ha tenido acceso al Registro. Puede aplicarse aquí lo que MEYER denomina principio de la ocasión, según el cual el que descuida inscribir su título da ocasión a que las apariencias jurídicas se vuelvan contra él, como si el perjuicio debiera soportarlo a modo de sanción a su negligencia. La hipoteca ingresó antes en el Registro, pero la aceptación que motiva una nota marginal constitutiva pretende ingresar después de la venta, en cuyo momento el Registro “publica” que el hipotecante no era dueño de la finca gravada, por que no puede haber contrato según los artículos 1.857-2.º del Código Civil y 138 de la Ley Hipotecaria. Sin perjuicio, para el acreedor, de las acciones y responsabilidades que puedan dirimirse ante los Tribunales, según los artículos 105 de la Ley y 1.911 del Código. El principio de prioridad, básico en nuestro Ordenamiento hipotecario, obliga al Registrador a despachar los títulos por el orden de su presentación en el Registro, conforme se deduce de los artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria, determinando el rango de los mismos caso de que sean compatibles y en otro caso impidiendo la inscripción del título que, presentado posteriormente, esté en contradicción o se le oponga. La venta de don M. C. a don G. M. es título posterior en el rango registral a la hipoteca unilateral, pero no se opone a ella: pueden coexistir. En cambio, la aceptación de dicha hipoteca, que —se repite por enésima vez— se tiene que hacer constar por nota marginal constitutiva, se opone y es incompatible con una venta anterior a la hipoteca y que ya está

registrada". Hasta aquí el informe, a cuyo autor agradezco desde estas líneas su autorización para transcribirlo, así como el envío de las fotocopias de éste y del Auto.

10. El Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la nota y, en su Auto, recogió la siguiente doctrina: "Ciertamente, la anómala situación producida en este caso a consecuencia de que, inscrita la hipoteca unilateral, la de la aceptación que ha dado lugar a la nota denegatoria contra la que se recurre es un problema que en definitiva habrá de resolverse por los Tribunales si las partes de conformidad no le dan solución; no tiene especial trascendencia hipotecaria si, limitándonos a los principios reguladores de la Institución, no se adelantan las consecuencias a determinados actos que a aquellas oficinas llegan, cual ocurre en este caso respecto de la escritura de aceptación cuya anotación marginal se deniega con base en que es dicha anotación la constitutiva y no la inscripción de la hipoteca unilateral. Aunque, ciertamente, se ha discutido el alcance de la oferta unilateral que este tipo de hipoteca supone y alguna parte de la doctrina le dio a la aceptación marginal carácter constitutivo, es lo cierto que aun antes y, desde luego, a partir de la reforma del artículo 141 de la Ley Hipotecaria aquella doctrina entiende con carácter casi general que la imposición de un derecho real de ajena pertenencia producido a través de la oferta unilateral vinculante del o de los que establecen ese gravamen basta, como acto unilateral consentido por el deudor inscrito, para que la hipoteca se produzca constitutivamente, sin que ello obste el que el Registro refleje separadamente dos momentos en el tiempo: el de la voluntad unilateral constitutiva por parte del deudor y el de la aceptación del acreedor que perfecciona el negocio jurídico, siendo el primero el que da nacimiento a la hipoteca constituida por aquella declaración unilateral con todas las exigencias necesarias e, incluso, la designación del acreedor a favor del cual se establece tal derecho real, sin que el que no se produzca al mismo tiempo o de momento la aceptación del mismo deje de producir efectos contra terceros en cuanto se inscribe, encontrándonos con una oferta vinculante que no produce el cierre del Registro ni dificulta la inscripción posterior a la de la hipoteca de la adquisición anterior no inscrita hasta mucho después, ni puede, en definitiva, impedir, dado que el Registro predica su existencia, el derecho del acreedor a aceptar la oferta que consta en un acto inscrito anterior que debe acreditarse por nota marginal. Siendo ello así, no tiene por qué llegarse en este momento de la calificación a negarle la entrada para la aceptación, sin perjuicio de que sean los Tribunales o las partes las que saquen las conclusiones que puedan afectar a sus respectivos derechos, bien en vía ordinaria e incluso con la posibilidad de la apertura de una vía penal, pues es lo cierto que del juego de los principios hipotecarios de inscripción, de legitimación y de prioridad no cabe negar que la toma de razón por el Registro de aquella oferta unilateral es factor esencial y constitutivo para que exista la hipoteca, siendo medio exteriorizador o de publicidad del gravamen ya operado en la relación jurídica, que se aprovecha de la presunción *iuris tantum* de exactitud, que de no estar de acuerdo con la realidad extrarregistral obligará a la parte que se estime perjudicada a formular la oportuna pretensión, carga que con la denegación de la nota marginal se impone indebidamente al beneficiario de la primera inscripción registral, cuyo ingreso anterior en el Registro, aunque el otro acto dispositivo se hubiere producido mucho tiempo antes, goza también de rango preferente mientras no se declare inexacta aquélla, facultad que no corresponde al encargado del Registro al cumplir con su obligación calificado-

ra, sino a los Tribunales o al órgano administrativo competente si fuera esa su naturaleza”.

11. Termino aquí la transcripción y todo el comentario en espera de que otro supuesto de hecho similar permita un pronunciamiento jurisprudencial expreso sobre tan debatido problema.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA