

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12748 *Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estepona n.º 2 acerca de si es posible cancelar una hipoteca por el procedimiento del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, en garantía de las resultas del procedimiento criminal.*

En el recurso interpuesto por don F. J. C. M. contra la nota de calificación suscrita por el registrador de la Propiedad de Estepona número 2, don José Agustín Peña Romero, acerca de si es posible cancelar una hipoteca por el procedimiento del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, en garantía de las resultas del procedimiento criminal.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 24 de febrero de 2021 por el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, con el número 550 de protocolo, los cónyuges don C. P. A y doña M. T. G. R. solicitaban la cancelación de la hipoteca constituida unilateralmente por dichas personas sobre la finca registral número 66.641 del Registro de la Propiedad de Estepona número 2, «en garantía de las resultas del procedimiento que bajo el número de sumario Diligencias Previas 1.030/2.007, se sigue en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Estepona, contra don M. R. C.», hipoteca que causó la inscripción 3.ª de «hipoteca unilateral», a cuyo margen no constaba la aceptación de la misma, a favor del citado Juzgado, de la referida finca registral.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Estepona número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Visto por Don José Agustín Peña Romero, Registrador de la Propiedad Número Dos del Distrito Hipotecario de Estepona, Provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 1167, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes:

Hechos:

I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado por Don Jorge Moro Domingo - Notario de Estepona, el día 24/02/2021, con número 550/2021 de Protocolo, fue presentado en este Registro por C. M., F. J., el día 25/02/2021, asiento número 1426 del Diario 71

II. En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable:

1. Por el título que precede, se solicita la cancelación de una hipoteca, constituida unilateralmente por los cónyuges Don C.d P. A y Doña M.T. G. R., en garantía de las resultas del procedimiento que bajo el número de sumario Diligencias Previas 1.030/2.007, se sigue en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Estepona, contra Don M. R.

C., que causó la inscripción 3.ª de Hipoteca Unilateral no aceptada, a favor del citado Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Estepona, de la finca registral número 66.641. En dicha escritura se hace constar que los comparecientes en la misma, Don C.d P. A y su esposa Doña M. T. G. R., en su condición de parte hipotecante y titulares registrales presentaron con fecha 21 de Diciembre de 2.020 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Estepona, el requerimiento previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, y que en consecuencia, de conformidad con los citados artículos, no constando la aceptación de la hipoteca constituida unilateralmente y habiendo transcurrido el plazo contemplado en dicho artículo solicitan la cancelación de la misma. En el título se protocoliza el citado escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Instrucción Número Uno de Estepona, en el que inserta un sello de entrada del “Juzgado Decano Servicio Común del Partido Judicial Estepona” de fecha 21 de diciembre de 2020.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.

II. En relación a las circunstancias reseñadas en el hecho segundo anterior, debe tenerse en consideración:

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 de la Ley Hipotecaria, sin no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado -a la persona a cuyo favor se estableció-, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Según lo citado en el Hecho II.1 que precede, la Hipoteca objeto de la presente, quedó inscrita con carácter unilateral a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Estepona, siendo por tanto este Juzgado el “acreedor registral” y el que debe ser efectivamente requerido, para que a partir de la fecha de tal requerimiento, puede computar el plazo legalmente previsto para la cancelación que se pretende, sin que tal circunstancia resulte del escrito que se protocoliza, ya que el sello de recepción del mismo consta “Juzgado Decano Servicio Común del Partido Judicial Estepona”, sin que el Registrador que suscribe pueda presuponer que la recepción por parte de éste último, tenga los mismos efectos jurídicos que la recepción por parte del citado “acreedor” que consta en el Registro, esto es el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Estepona.

III. De conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe proceder a la notificación de la calificación negativa del documento presentado. En dicho caso, queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días desde la práctica de la última de las notificaciones que deban ser realizadas. Prórroga durante la cual, por aplicación del principio hipotecario de prioridad contenido en los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, no pueden ser despachados los títulos posteriores relativos a la misma finca, cuyos asientos de presentación, por tanto, han de entenderse igualmente prorrogados hasta el término de la vigencia, automáticamente prorrogada, del asiento anterior.

En su virtud,

Acuerdo:

Suspender, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días.

Contra la presente nota de calificación negativa cabe, potestativamente: (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por José Agustín Peña Romero registrador/a de Registro Propiedad de Estepona 2 a día diez de marzo del dos mil veintiuno.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Málaga número 7, don Juan Antonio Cartagena Felipe, quien, con fecha 15 de abril 2021, confirmó la calificación del registrador sustituido con los mismos fundamentos de Derecho.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don F. J. C. M. interpuso recurso el día 24 de abril de 2021 mediante escrito con los siguientes argumentos:

«Hechos:

Primero. Se recurre la calificación del Registrador de la Propiedad Número Dos, de Estepona, procedimiento registral identificado con el número de entrada 1167, iniciado como consecuencia de la presentación en el Registro de la escritura de cancelación de hipoteca, constituida unilateralmente por los cónyuges D. C. P. A. y D.^a M. T. G. R., otorgada ante el Notario de Estepona D. Jorge Moro Domingo, el día 24 de febrero de 2021, con número 550/2021 de Protocolo, presentada en el Registro por el recurrente D. F. J. C. M. el día 25 de febrero de 2021, asiento número 1426 del Diario 71.

La escritura señalada fue objeto de calificación sustitutoria por el Registrador de la Propiedad del N.º 7 de Málaga, D. Juan Antonio Cartagena Felipe, quien, con fecha 15 de abril de 2021, confirmó la calificación del Registrador sustituido, la cual me fue notificada el mismo día 15 de abril de 2021, por lo que queda expedita la vía para interponer el correspondiente recurso gubernativo contra la calificación del Registrador sustituido (...)

Segundo. El documento objeto de la calificación negativa lo constituye pues la escritura pública de cancelación de hipoteca constituida unilateralmente por los cónyuges D.C. P. A. y D.^a M. T. G. R. en garantía de las resultas de las Diligencias Previas 1.030/2007, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona, contra D. M. R. C., que causó la inscripción 3.^a de la Hipoteca Unilateral no

aceptada, a favor del Juzgado de Instrucción N.º 1, de Estepona, de la finca registral 66.641.

En dicha escritura se hace constar que los cónyuges D. C. P. A. y D.ª M. T. G. R., en su condición de hipotecantes y titulares registrales, presentaron con lecha 21 de Diciembre de 2020 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona, el requerimiento previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, y que, en consecuencia, y de conformidad con los citados artículos, no constando la aceptación de la hipoteca constituida unilateralmente, y habiendo transcurrido el plazo contemplado en dichos artículos, solicitan la cancelación de la misma. En la escritura se protocoliza el citado escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona, en el que consta su presentación ante el Juzgado Decano del Servicio Común de Partido Judicial de Estepona con fecha 21 de diciembre de 2021.

Tercero. En el párrafo segundo del Fundamento de Derecho segundo de la calificación recurrida, el Registrador fundamenta su calificación negativa, por considerar que la hipoteca unilateral cuya cancelación se solicita quedó inscrita a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona, siendo este el acreedor y quien debe ser requerido, para que partir de la fecha de tal requerimiento, pueda computar el plazo de dos meses previsto para la cancelación, y que tal circunstancia no resulta del escrito de requerimiento presentado ante el Juzgado Decano del Servicio Común de Partido Judicial de Estepona con fecha 21 de Diciembre de 2021. ya que el Registrador que suscribe la calificación no puede presuponer que la recepción por parte del Juzgado Decano tenga los mismos efectos jurídicos que la recepción por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona.

Cuarto. Admitiendo esta parte los hechos recogidos en la calificación negativa, muestra, no obstante, su disconformidad con la misma y con su fundamento jurídico segundo, en el que el Sr. Registrador no cita ninguna norma como fundamento a su calificación negativa, limitándose a manifestar que no puede presuponer que la recepción por parte del Juzgado Decano, tenga los mismos efectos jurídicos que la recepción por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona.

Por el contrario, esta parte considera que en base a la normativa vigente la presentación del requerimiento, y por tanto su recepción, ante el Juzgado Decano tiene los mismos efectos jurídicos que su presentación y recepción por el Juzgado de Primera Instancia N.º 1, de Estepona, según exponemos a continuación.

En primer lugar, hemos de puntualizar que los otorgantes de la escritura de cancelación de la hipoteca unilateral no solo no están obligados a comunicarse por medios telemáticos con el Juzgado, sino que en Andalucía a día de hoy es imposible que los particulares puedan presentar escritos ante los órganos judiciales de forma telemática, estando habilitado para ello tan solo los profesionales a través del sistema lexnet.

Los otorgantes de la escritura no son parte ni están por tanto representados por Procurador de los Tribunales en las Diligencias Previas 1030/2007 seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, a cuyo favor se constituyó la hipoteca, por lo que se ven impedidos de comunicar con el mismo a través del sistema telemático Lexnet. Simplemente son los hipotecantes que aportaban su vivienda para garantizar la libertad del que era su yerno en ese momento. Por tanto, carecen de medios para presentar telemáticamente escritos y recibir notificaciones en el procedimiento judicial de Diligencias Previas 1030/2007 seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, a cuyo favor se constituyó la hipoteca.

La única forma por tanto que tienen de dirigir escritos al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Estepona, es la que han usado, la presentación del mismo ante el Juzgado Decano de Estepona, siendo la ventanilla de este, el único lugar en que los particulares pueden presentar escritos dirigidos a cualquier órgano judicial de Estepona.

En segundo lugar, el artículo 135.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulador de la presentación de escritos a efectos del tiempo de los actos procesales, dispone: “Sin perjuicio de lo anterior, los escritos y documentos se presentarán en soporte papel cuando los interesados no estén obligados a utilizar los medios telemáticos y no hubieran optado por ello, cuando no sean susceptibles de conversión en formato electrónico y en los demás supuestos previstos en las leyes. Estos documentos, así como los instrumentos o efectos que se acompañen quedarán depositados y custodiados en el archivo, de gestión o definitivo, de la oficina judicial, a disposición de las partes, asignándoseles un número de orden, y dejando constancia en el expediente judicial electrónico de su existencia”.

En caso de presentación de escritos y documentos en soporte papel, el funcionario designado para ello estampará en los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio el correspondiente sello en el que se hará constar la oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación.

Es por ello, y dado que el destinatario era el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1, de Estepona, que los otorgantes hubieron de dirigirse obligatoriamente mediante la presentación del requerimiento ante el Juzgado Decano del Servicio Común del Partido Judicial de Estepona con fecha 21 de diciembre de 2020, y transcurridos más de dos meses sin que constara la aceptación de la hipoteca por el acreedor se otorgó escritura solicitando su cancelación.

El Registrador dice que no puede presuponer que la recepción por parte del Juzgado Decano de Estepona tenga los mismos efectos jurídicos que la recepción por parte del Juzgado de Primera Instancia de Estepona. Una vez acreditado que la única forma de presentar escritos al Juzgado de Primera Instancia de Estepona por parte de un particular es su presentación ante el Juzgado Decano, si los efectos jurídicos no fuesen los mismos, sería tanto como indicar que se dejaría al libre arbitrio del acreedor, en este caso un órgano judicial, determinar el día a partir del cual empezaría a contar el plazo de los dos meses desde el requerimiento, ya que se estaría admitiendo que el Juzgado Decano de Estepona podría tardar el tiempo que quisiese en entregar el documento al Juzgado Número 1 de Estepona y el plazo no comenzaría a contar hasta ese momento.

Es evidente que el plazo para el Juzgado 1 de Estepona comienza en el mismo momento en que se presenta ante el Juzgado Decano, no pudiendo hacerse depender de la eficacia, o celeridad en la entrega entre Juzgado Decano y Juzgado de Primera Instancia, el ejercicio del derecho por parte de los justiciables.

Quinto. Mencionar finalmente que, aun cuando sólo puede cancelarse la hipoteca unilateral a petición del dueño de la finca y expresando su consentimiento en escritura pública sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, cuando transcurran dos meses desde el requerimiento que le hayan realizado los deudores para que realice la aceptación sin que ésta haya tenido lugar, lo cierto es que desde la constitución de la hipoteca han transcurrido casi doce años y medio, sin que durante el largo tiempo transcurrido el Juzgado acreedor, que era perfectamente conocedor de las consecuencias de la no aceptación, la haya formalizado.

Es más, el requerimiento efectuado no es la primera comunicación que se ha realizado al Juzgado, ya que con el fin de poder cancelar la hipoteca unilateral constituida, con fecha 3 de Mayo de 2019 D. C. P. A. dirigió al Juzgado acreedor (Procedimiento Abreviado 7/2017; Diligencias Previas 1030/2007) un escrito, también mediante presentación al Juzgado Decano del Servicio Común del Partido Judicial de Estepona, en el que solicitaba el alzamiento de la medida cautelar (de aseguramiento) de la fianza impuesta a D. M. R. C. a cuyo fin se había constituido la hipoteca, sin que ni obtuviera contestación alguna ni el Juzgado aceptara tampoco en aquel entonces formalmente la hipoteca (...)

Es conocido el lamentable colapso que sufre la tramitación del procedimiento penal en el que fue constituida la hipoteca, que tiene hoy 116 tomos principales y 646 documentales, y en el que, desde que se iniciara en el año 2007, han conocido diez

Jueces y seis Secretarios Judiciales, por lo que carecería de sentido que, presentado un escrito con plazo perentorio ante la oficina judicial competente, ese plazo estuviese supeditado a circunstancias tales como la insuficiencia de los recursos humanos o técnicos del Juzgado al que va dirigido, o que el Juez titular ascendiera a la categoría de Magistrado y ocupara otro la plaza vacante, etc.

Es por lo expuesto que, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se solicita: Tenga a bien admitir este recurso junto con los documentos que lo acompañan, y ordenar, si procediera, que el Sr. Registrador de la Propiedad Número Dos de Estepona, se inscriba la escritura de cancelación de hipoteca que hemos acompañado, por haberse cumplido los requisitos necesarios para ello, solicitando igualmente resolución expresa.»

V

La registradora de la Propiedad interina de Estepona número 2, doña Belén Santa Olalla Fernández-Figares emitió el preceptivo informe, con fecha 6 de mayo de 2021, manteniendo la nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 18, 138, 141, 144 y 145 de la Ley Hipotecaria; 154, 237 y 248 del Reglamento Hipotecario; 28, 135, 149 a 168, 176 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 268 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 166 a 182, 529 a 544 y 589 a 597 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 1257 y 1875 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1968, 23 de marzo de 1988, 1 de junio de 1992 y 3 de julio de 1997; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 6 de noviembre de 1990, 4 de abril de 1991, 16 de septiembre de 1992, 22 de junio de 1995, 22 de abril de 1996, 16 de mayo de 1998, 3 de junio de 2000, 16 de mayo de 2005, 23 de octubre de 2008, 4 de marzo de 2010 y 28 de mayo de 2013, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de mayo de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de cancelación de garantía hipotecaria con requerimiento al acreedor en la que concurren las circunstancias siguientes:

– En el Registro de la Propiedad de Estepona número 2 consta inscrita una hipoteca en garantía «del cumplimiento de las condiciones de libertad provisional de una determinada persona», sobre la finca registral número 66.641 de dicho Registro, en garantía de las resultas del procedimiento que bajo el número de diligencias previas 1.030/2007 se sigue en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estepona.

– La citada hipoteca se constituyó con carácter unilateral en virtud de escritura autorizada el día 9 de diciembre del 2008 por el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, con el número de protocolo 3.552; y consta inscrita en el indicado Registro de la Propiedad, en la inscripción 3.ª de la expresada finca registral 66.641, según resulta de la nota de calificación recurrida y del informe de la registradora interina, como una «hipoteca unilateral no aceptada» a favor del citado Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estepona en garantía de las resultas de expresado procedimiento.

– La parte hipotecante y titular registral presentaron con fecha 21 de diciembre de 2020 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estepona, según resulta del sello de entrada del «Juzgado Decano Servicio Común del Partido Judicial Estepona», el requerimiento previsto en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, a los efectos de la aceptación de la hipoteca por parte

del acreedor hipotecario, habiendo transcurridos dos meses desde la citada presentación sin que tal aceptación haya tenido acceso al Registro de la Propiedad.

– Finalmente, se ha presentado una escritura autorizada el día 24 de febrero de 2021 por el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, con el número 550 su protocolo, en la que los hipotecantes solicitan la cancelación de la hipoteca citada que se ha constituido sobre la finca registral número 66.641, en aplicación del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

El registrador de la Propiedad señala como defecto que siendo el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Estepona el «acreedor registral», es él quién debe ser efectivamente requerido para la aceptación de la hipoteca, para que a partir de la fecha de tal requerimiento, puede computar el plazo legalmente previsto para la cancelación que se pretende, sin que tal circunstancia resulte del escrito que se protocoliza en la escritura de cancelación de hipoteca, ya que el sello de recepción del mismo consta «Juzgado Decano Servicio Común del Partido Judicial Estepona», lo que considera que no tiene los mismos efectos jurídicos que la recepción por parte del citado «acreedor» que consta en el Registro, cuya fecha no consta, a su juicio, debidamente acreditada.

La parte recurrente alega en síntesis que, en base a la normativa vigente la presentación del requerimiento, y por tanto su recepción, ante el Juzgado Decano tiene los mismos efectos jurídicos que su presentación y recepción por los Juzgados de Primera Instancia a los que fuera destinada, y que el plazo para estos Juzgados comienza en el mismo momento en que se presenta el escrito ante el Juzgado Decano, no pudiendo hacerse depender de la eficacia, o celeridad en la entrega entre Juzgado Decano y Juzgado de Primera Instancia, el ejercicio del derecho por parte de los justiciables. Además, los hipotecantes afectados, en cuanto particulares que no son parte en el procedimiento, no puedan presentar escritos ante los órganos judiciales de forma telemática, estando habilitado para ello tan solo los profesionales a través del sistema Lexnet, y que, en cuanto a la presentación física, la ventanilla del Juzgado Decano de Estepona es el único lugar en que los particulares pueden presentar escritos dirigidos a cualquier órgano judicial de Estepona de dicha localidad.

2. La singularidad de la figura jurídica de la hipoteca unilateral ha planteado doctrinalmente dudas en cuanto a su interpretación y aplicación práctica, incluido su acceso y cancelación registral.

Así, este Centro Directivo ha tenido oportunidad en distintas ocasiones (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») de pronunciarse sobre las diferentes posiciones jurídicas relativas a la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral y la definición del derecho que accede al Registro, declarando que, considerada inicialmente como un supuesto de reserva de rango registral, la doctrina ha evolucionado hacia su entendimiento como una figura que requiere para su válida constitución de la aceptación como «conditio iuris», y aún más allá se ha considerado que la constitución plena de la hipoteca se produce mediante la inscripción de la misma antes de su aceptación, sin perjuicio de los efectos de ésta que han de referirse a la adquisición del derecho. El Tribunal Supremo ha tendido a considerar la hipoteca unilateral como nacida en virtud de la inscripción de la escritura de constitución, mientras que este Centro Directivo se ha referido a la teoría de la constitución unilateral como reserva de rango, siendo la aceptación del acreedor «conditio iuris» para el nacimiento del derecho real, y en algún otro supuesto ha definido la inscripción de la constitución como «hecho real» con efectos frente a terceros, si bien la aceptación determinará la plena eficacia del derecho de hipoteca.

Independientemente de la consideración de su naturaleza jurídica, lo cierto es que la hipoteca unilateral una vez inscrita ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario.

Se crea mediante la inscripción de la escritura de constitución un derecho potestativo o de modificación jurídica desde el lado del acreedor y una oferta vinculante desde el lado del constituyente en los términos que resultan del Registro.

Por ello la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la aceptación.

3. En concreto, el artículo 141 de la Ley Hipotecaria dispone que la aceptación de las hipotecas constituidas unilateralmente se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de las mismas, añadiendo en su párrafo segundo que «si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

Por tanto, el artículo 141 de la Ley Hipotecaria establece como requisito esencial de eficacia de la hipoteca unilateral la aceptación del acreedor.

Así lo ha señalado también la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1997: «Se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la conditio iuris de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido», debiendo constar la aceptación por nota marginal en el Registro de la Propiedad.

Como ha observado acertadamente la doctrina, la ley no señala un plazo para formalizar la aceptación, limitándose a fijar el de dos meses, desde el requerimiento, para que se pueda cancelar la hipoteca, pero sin fijar plazo alguno para realizar el requerimiento, ni tampoco un plazo máximo distinto para declarar la aceptación, cuando no se haya producido un previo requerimiento.

Lo que sí hace el precepto es limitar la posibilidad de cancelación a petición del dueño de la finca, aunque no conste la aceptación y por dilatado que sea el plazo desde su constitución, si no media el previo requerimiento.

Es en este último requisito en el que se centra la cuestión que se ha de dilucidar en el presente expediente.

El artículo 237 del Reglamento Hipotecario, completa la regulación de esta cancelación de las hipotecas unilaterales en relación a dos extremos concretos: en primer lugar, y desde el punto de vista formal, aclaró que para la práctica de la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura pública de cancelación (no siendo suficiente su mera solicitud), y, en segundo lugar, añade en relación con el requerimiento del párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria que el mismo «determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

4. Por tanto, la operatividad de la cancelación de las hipotecas unilaterales no aceptadas se deduce con claridad del régimen establecido en el artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento: sólo puede cancelarse la hipoteca unilateral, a petición del dueño de la finca y expresando su consentimiento en escritura pública, sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (y por tanto sin seguir la regla general de consentimiento del titular registral del derecho, que se establece en el artículo 82 de la misma ley), cuando transcurran dos meses desde el requerimiento que le hayan realizado los deudores para que realice la aceptación sin que ésta haya tenido lugar.

A este respecto, es doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 4 de abril de 1991, 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2010) que, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial y efectivo intimación 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 en cuyo favor se constituyó.

Se trata, con esta cautela, de avisar al favorecido no sólo de la existencia de la formalización de la hipoteca sino también del carácter claudicante de esa situación registral.

5. En el concreto supuesto de este expediente, se practicó el requerimiento al Juzgado en el que se tramita el procedimiento cuyas resultas se encuentran garantizadas con la hipoteca unilateral, a través de los «Servicios comunes de notificación del Juzgado Decano de Estepona», para que acepte la hipoteca, apercibiendo de que si no constara la aceptación después de transcurridos dos meses a contar desde el requerimiento, se solicitará unilateralmente del registrador la cancelación de la referida hipoteca.

Se ha producido el transcurso de dos meses desde el indicado requerimiento sin constar la aceptación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, por lo que en la escritura de cancelación calificada se solicita expresamente la cancelación de la referida hipoteca.

En dicha escritura se recoge y acredita por diligencia la entrega de cédula de notificación con fijación de plazo para contestar; por lo que aparentemente se ha cumplido la advertencia específica y todos los demás requisitos previstos por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo en los términos exigidos como garantía para el acreedor.

Ahora bien, como se analiza posteriormente, la determinación de la procedencia del requerimiento realizado y, en consecuencia, de si ha tenido lugar realmente el transcurso del indicado plazo de dos meses para poder cancelar la hipoteca de que se trata es el objeto del presente recurso.

6. La cuestión relativa a la hipoteca unilateral del artículo 141 de la Ley Hipotecaria y su relación con la fianza que, en su caso, deba prestar el investigado o encausado, cuando no se hubiera acordado la prisión provisional.

A pesar de que el artículo 138 de la Ley Hipotecaria de 1861 establecía, en términos claros, que la hipoteca se podía constituir de forma bilateral o unilateral, el artículo 112 del Reglamento de 1870 introdujo el efecto retroactivo de la aceptación por el acreedor hipotecario, siendo el precedente del actual artículo 141 de la Ley Hipotecaria introducido por la reforma hipotecaria de 1944-1946.

En su redacción original este tipo de hipotecas unilaterales estaba pensada, además de la testamentaria, en las hipotecas constituidas a favor del Estado, de corporaciones civiles o entidades colectivas (cfr. artículo 112 del Reglamento de 1870).

De este modo el significado y alcance de la libertad provisional en el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal existente en 1870 (anterior a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o incluso el existente en el periodo legislativo de 1944-1946, de promulgación de la Ley Hipotecaria, es muy diferente al existente en la actualidad, y no cabe duda de que esta legislación específica, de orden público, cual es la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe determinar el alcance del contenido de la Legislación Hipotecaria, debiendo ser ésta la que deba adaptarse a aquella, en tanto no se violen principios hipotecarios básicos, en materia como la relativa a la fianza para la concesión de la libertad provisional.

En consecuencia, esta peculiar naturaleza de la obligación garantizada, la fianza para la concesión de la libertad condicional, incide de manera determinante en la configuración de este tipo de hipoteca y en la forma de su cancelación.

El artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que «cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del investigado o encausado, el juez o tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el investigado o encausado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional. En el mismo auto, si el juez o tribunal decretare la fianza, fijará la calidad y cantidad de la que hubiere de prestar. Este auto se notificará al investigado o encausado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y será recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 507».

El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «es aplicable a las fianzas que se ofrezcan para obtener la libertad provisional de un procesado todo en cuanto a su naturaleza, manera de constituirse, de ser admitidas y calificadas y de sustituirse se determina en los artículos 591 y siguientes hasta el 596 inclusive del título IX de este libro».

Por su parte, el citado artículo 591 de la ley procesal señala que «la fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate»; añadiendo el artículo 595 que la fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o «apud acta», librándose en este último caso el correspondiente mandamiento para su inscripción en el Registro de la Propiedad, y que, devuelto el mandamiento por el registrador, se unirá a la causa.

En el caso de la hipoteca «apud acta», es decir, la constituida en garantía de las resultas de un procedimiento determinado, y otorgada por el hipotecante directamente mediante comparecencia en el juzgado, es claro que no nos encontraríamos ante una hipoteca unilateral ya que la misma se debe entender aceptada por el juez al dictar el auto de aprobación de suficiencia de la fianza (artículos 594 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y exteriorizada tal aprobación mediante la remisión del indicado mandamiento para su inscripción al Registro de la Propiedad.

Se plantea la cuestión relativa de si la misma hipoteca es constituida no «apud acta», sino en escritura pública, estamos ante una hipoteca unilateral, ya que el auto de aprobación de la suficiencia de la garantía se producirá igualmente, sin que esté previsto procesalmente trámite de comunicación registral alguno.

No obstante, en el presente expediente, se considera que por aplicación del principio de protección judicial de los asientos registrales del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, inscrita la hipoteca como «unilateral pendiente de aceptación», y no constando mención ni asiento alguno que refleje el repetido auto de aprobación de su suficiente, la hipoteca deberá ser tratada jurídicamente como de esa naturaleza unilateral.

7. Ahora bien, aunque conste inscrita la hipoteca como unilateral, se ha de reiterar que estamos en presencia de una hipoteca que garantiza la fianza exigida por el juzgador para no declarar la prisión provisional, y ello determina su forma de cancelación.

El artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio. Para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505. No obstante, si a juicio del juez o tribunal concurrieren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el investigado o encausado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia. Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte».

Y el artículo 540 dice que «si el procesado no presenta o amplía la fianza en el término que se le señale, será reducido a prisión».

Por último, el artículo 541, dispone que «se cancelará la fianza: 1.º Cuando el fiador lo pidiere, presentando a la vez al procesado. 2.º Cuando éste fuere reducido a prisión. 3.º Cuando se dictare auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o,

cuando siendo condenatoria, se presentare el reo para cumplir la condena. 4.º Por muerte del procesado estando pendiente la causa».

En conclusión, debe considerarse que el papel que desempeña el juzgador en este tipo de hipotecas es trascendental, pues como dispone el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801», por lo que en el presente caso, aun cuando la hipoteca conste inscrita como unilateral, su cancelación no podrá verificarse en los términos previstos en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, sino adaptándose a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que será en juez o tribunal quien deberá, en su caso, ordenar de manera expresa su cancelación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de julio de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.