

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7187 *Resolución de 18 de mayo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Igualada n.º 2 a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don José Antonio García Vila, notario de Barcelona, contra la negativa del registrador de la propiedad de Igualada número 2, don David Jesús Melgar García, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

Hechos

I

El día 15 de diciembre de 2017 y con el número 2.697 de protocolo, el notario de Barcelona, don José Antonio García Vila, autorizó una escritura por la cual la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», debidamente representada, cancelaba la hipoteca constituida sobre la finca registral número 9.103 de Piera, en garantía de un crédito formalizado en escritura autorizada por la notaria de Barcelona, doña Rosa María Pérez Paniagua, el día 30 de marzo de 2007, causante de la inscripción 6.ª del Registro de la Propiedad de Igualada número 2. Dicha hipoteca fue objeto de ulteriores cancelaciones parciales, subrogaciones y novaciones, operaciones todas que tuvieron el correspondiente reflejo registral (inscripciones 9.ª, 10.ª y 11.ª). En dicha escritura de cancelación se indicaba lo siguiente: «Otorga: Cláusula primera.–Cancelación de hipoteca y condición suspensiva- En cuanto a la cuenta de crédito garantizada con hipoteca, causante de la inscripción 6.ª, transmitida por la 8.ª, cancelada parcialmente por la 9.ª, subrogada por la 10.ª y novada por la 11.ª, la compareciente, por así convenir a los intereses de la entidad financiera representada, renuncia a la garantía hipotecaria existente sobre la finca y consiente la cancelación de la hipoteca causante de la misma, quedando supeditada dicha renuncia y cancelación a que la finca objeto de la presente escritura sea transmitida a un tercero en un plazo máximo de tres meses desde el día de hoy, por un precio mínimo de ciento noventa y dos mil quinientos euros (192.500 €) y se acredite el medio de pago utilizado, de lo que dejaré constancia mediante diligencia o diligencias posteriores».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Igualada número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Escritura: Asiento: 898 Diario: 92 Entrada: 2440/2017 Nota de calificación Hechos Único: Se presenta escritura de cancelación de hipoteca autorizada por el Notario de Barcelona D. José Antonio García Vila (...) En la misma se contiene la siguiente cláusula: «Cláusula primera.–Cancelación de hipoteca y condición suspensiva.–En cuanto a la cuenta de crédito... el [sic] compareciente, por así convenir a los intereses de la entidad financiera representada, renuncia a la garantía hipotecaria existente sobre la finca y consiente la cancelación de la hipoteca causante de la misma, quedando supeditada dicha renuncia y cancelación a que la finca objeto de la presente escritura sea transmitida a un tercero en un plazo máximo de tres meses desde el día de hoy, por un precio mínimo de (...) y se acredite el medio de pago utilizado, de lo que dejaré constancia mediante diligencia o diligencias posteriores». La cláusula, tal como está redactada, impide la inscripción del documento en virtud de los siguientes Fundamentos jurídicos I La inscripción de la

cancelación, en los términos en que está redactada la escritura, no resulta posible. En efecto, el derecho de hipoteca consta ya inscrito y, por supuesto, es susceptible de renuncia. Ahora bien, cuestión distinta es que pueda inscribirse una renuncia de derechos ya inscritos hecha bajo condición suspensiva. Según reiterado criterio jurisprudencial, la renuncia de los derechos exige una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca y sin condicionamiento alguno, por virtud de la cual el titular de un derecho hace dejación del mismo (v. Ss. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 495/1995 de 30 mayo, de 16 octubre 1987, 31 octubre 1991, 14 febrero y 3 abril 1992, 1 abril 1993, de 30 de octubre de 2001 25 de noviembre de 2002 y 3 diciembre de 2007 -Sección 1.ª- entre otras). Requisitos los expresados que son incompatibles con el sometimiento de la renuncia a condición suspensiva, como se hace en la escritura calificada. En otras palabras, una renuncia bajo condición no es una verdadera renuncia y no merece ser tenida por tal. II En relación con los derechos inscritos, la renuncia ha de ser examinada con especial rigor, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 párrafo 3.º LH: «Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.» En relación con el asiento de cancelación, el artículo 76 dice que: «Las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación...». Y conforme al artículo 97 LH: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera.» Una renuncia a la hipoteca ya inscrita como la que se contiene en la escritura calificada supondría extender un asiento de cancelación que no sería realmente tal, pues a través de él no publicaría el Registro la extinción de la inscripción anterior, con la presunción de extinción del derecho inscrito que establece el artículo 97 LH transcrito más arriba, sino una situación más que dudosa e incierta. En efecto, el examen de los asientos registrales no permitiría saber a ciencia cierta y sin ningún género de dudas si el derecho en cuestión, cuya inscripción se produjo en su día sin sumisión a condición alguna y está bajo la salvaguarda de los Tribunales, sigue existiendo realmente en la forma y con el alcance que publica el asiento (artículo 38.1 LH) o no. Algo poco compatible con el principio de especialidad registral y, en definitiva, con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) que constituye la base misma del Registro de la Propiedad. En este sentido, cabe citar la Resolución de la DGRN de 18/09/2012, conforme a la cual: «Las Resoluciones de este Centro directivo de 8 y 9 de junio de 2000, entre otras, aluden a la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales en función del alcance 'erga omnes' de sus pronunciamientos, para evitar que se genere todo tipo de dudas sobre el contenido del derecho y del asiento registral... No puede olvidarse tampoco la función del Registro de la Propiedad, ya recogida en sus primeros antecedentes, de evitar que se generen pleitos derivados de la confusión padecida en los documentos y en los asientos. En este sentido, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, de 19 de abril de 2006, declaró, al anular la Resolución de este Centro Directivo de 18 de junio de 2004, que el principio de legalidad no soporta el acceso al Registro de actos dudosos con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y de los derechos conllevaría.» III Aunque se aceptara, a efectos puramente dialécticos, la posibilidad de un asiento de cancelación bajo condición, tampoco sería inscribible la que es objeto de la escritura calificada. En efecto, el hecho futuro o incierto en que la misma consiste es que el titular inscrito enajene la finca a un tercero por determinado precio y en determinado plazo. Algo que, si bien precisa el concurso de un tercero que quiera comprar y pague el precio, no puede tener lugar sin la previa decisión de poner el inmueble a la venta, la cual depende exclusivamente de la voluntad del titular de la finca y deudor hipotecario. Ello hace que la condición sea potestativa y por tanto, nula (artículo 1115 del Código Civil). El defecto se considera subsanable, mediante la eliminación de la condición suspensiva. No se practica anotación preventiva... El defecto se considera subsanable, no tomándose anotación

preventiva por no haberse solicitado. Contra la presente calificación (...) Igualada, doce de enero de dos mil dieciocho El Registrador, Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don David Melgar García con firma electrónica reconocida».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Antonio García Vila, notario de Barcelona, interpuso recurso el día 19 de febrero de 2018, presentado al efecto el pertinente escrito, junto con una diligencia extendida por él mismo el día 5 de enero de 2018, por la que hacía constar el efectivo cumplimiento de la condición suspensiva impuesta en la escritura de cancelación. En el escrito de recurso, el notario recurrente alegó lo siguiente: «(...) Fundamentos de derecho. 1.–El artículo 9.3 de la Constitución española establece que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Recoge así, entre los principios que son propios del Estado de Derecho, el principio de seguridad jurídica. Como es obvio, dentro de los límites de este recurso no puede realizarse un estudio pormenorizado del principio de seguridad jurídica. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por seguridad jurídica debe entenderse la «cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación». Se trata, sin embargo, de un concepto discutido. Según la Memoria de Actividades del Consejo de Estado de 1992 «la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 de la CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho». Por lo tanto, y tratando de evitar confusión con otros principios constitucionales, según reiterada doctrina, recogida por el Tribunal Constitucional, el principio de seguridad jurídica tiene, al menos, dos vectores: uno dirigido al legislador, en cuanto exigencia de técnica legislativa, que permita claridad en la redacción de las Leyes (lo que afecta también al contenido, sirviendo para excluir la técnica de las «leyes ómnibus»), y, otro vector dirigido a los órganos encargados de la aplicación del Derecho, en cuanto que implica una razonable predictibilidad de las decisiones tomadas en la aplicación del conjunto normativo (lo que afecta, entre otras materias, al cambio de criterio de los órganos y la especial necesidad de justificación del cambio de orientación). Es cierto que la doctrina se ha ocupado normalmente de la previsibilidad de las sentencias, pues los Jueces y Tribunales son, con mucho, los órganos más importantes en la aplicación de la Ley. Este principio constituye la base misma del Registro de la Propiedad. O, creo que más exactamente, el Registro es un instrumento para el logro del principio de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario. Y ello resulta así desde la ya lejana Ley Hipotecaria de 1861, según expresiones magistrales de su Exposición de Motivos (debida a la pluma de Gómez de la Serna, según confesiones de Cárdenas). Que se pueda comprar y dar a préstamo con suficientes garantías para el adquirente o prestamista fue la finalidad básica del nuevo Registro en la convicción de que ello supondría una importante disminución de los costes que para los propietarios tenía la inseguridad en que los adquirentes o prestamistas del viejo régimen estaban inmersos. La Exposición de Motivos de la Ley, así, se adelantaba en un siglo a las exposiciones de los «costes de transacción» de Coase. Pero el principio de seguridad jurídica afecta también a los Registradores de la Propiedad, ya que su carácter de órgano de aplicación del Derecho, a través de la calificación (y la consiguiente inscripción o denegación), no presenta, a mi entender, duda alguna. Y les afecta en el sentido de que debe ser razonablemente previsible la calificación. El Notario autorizante ha firmado (y los

Registradores han inscrito) muchas escrituras iguales a la indicada. Soy concedor de la doctrina sobre la no vinculación del Registrador a la actividad de sus compañeros de cuerpo, y ni siquiera a su vinculación a los actos de los titulares anteriores del mismo Registro, ya que reconozco en el Registrador una razonable independencia (jamás equiparable a la independencia judicial, consagrada constitucionalmente). Aceptado todo esto, permítaseme una razonable sorpresa ante la nota de calificación, cuyo contenido no comparto en absoluto. 2.—Comienza el señor Registrador con una cita abundante de la jurisprudencia en el sentido de que la renuncia exige «una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca y sin condicionamiento alguno». Pero, si se examina la jurisprudencia citada, se comprueba que la cita está tomada de una única sentencia, la de 30 de mayo de 1995, que es cierto que se manifiesta en esos términos. La STS de 30 de octubre de 2001 (que, a su vez, cita las sentencias de 4 de mayo de 1976, 26 de septiembre de 1983, 16 de octubre de 1987 y 5 de mayo de 1989) y en la que el supuesto de hecho era la renuncia al ejercicio de las acciones nacidas de hechos litigiosos (en el caso de autos los actores hablan dicho que «no tienen nada que reclamar por la muerte de su hija», manifestación que el Tribunal interpreta, adecuadamente, como renuncia) se nos pone de manifiesto que «si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita». Esta sentencia es, en mi opinión, enormemente interesante. No sólo porque no hace referencia ninguna a la no condicionalidad de la renuncia como un requisito sustancial de la misma (como si habla hecho la sentencia de 1995) sino porque diferencia adecuadamente entre renuncia expresa y renuncia tácita. Mucho más clara en este sentido es la sentencia de 25 de noviembre de 2002. Esta sentencia señala de modo expreso que «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario e indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia. La mayor o menor tardanza en el ejercicio de una acción dentro del plazo legal concedido no es por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima de aquel acto o conducta al que no hemos referido». Es decir, al lado de la renuncia como manifestación de voluntad nos encontramos con una renuncia que resulta de actos que de modo inequívoco muestren una voluntad de renunciar al derecho o acción. El mismo criterio de admisión de la renuncia tácita es el que inspira la STS de 3 de diciembre de 2007, que cita expresamente las de 2001 y 2002 antes citadas. Por lo tanto, parece que hemos de concluir que no constituye doctrina jurisprudencial de que la renuncia deba hacerse sin condicionamiento alguno. La jurisprudencia exige que haya una voluntad clara, terminante e inequívoca de renunciar, y admite que resulte de una manifestación de voluntad expresa o tácita y deducida de un comportamiento especial. Y ello sin perjuicio de que, en determinados casos, sólo quepa o sea admisible la renuncia expresa y no sea admisible la renuncia tácita. Frente a la regla del art. 999 CC de que la aceptación pura y simple de la herencia puede ser expresa o tácita, la aceptación a beneficio de inventario ha de hacerse ante Notario (art. 1011 CC) y la repudiación (art. 1008 CC) de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público. Creo que no vale ahora la pena diferenciar entre repudiación y renuncia, diferenciación que tanto juego ha dado a la doctrina italiana. En el mismo sentido, el art. 1187 CC admite tanto la condonación expresa como la tácita, y aunque se liga más tarde la condonación a la donación a los efectos de inoficiosidad, no parece dudoso que la condonación está también íntimamente ligada a la renuncia al derecho de crédito. Pero de lo anterior resulta, a mi juicio con claridad, que cuando el Código Civil exige para un caso que la renuncia sea expresa es porque la regla general, tal y como recoge la jurisprudencia, es que cabe la renuncia o la repudiación tácita, con una referencia a la doctrina de los actos propios que es inequívoca en las sentencias citadas. Pues bien, creo que vale la pena insistir en que cuando la legislación exige para un caso determinado un requisito,

ello es porque la regla general es precisamente la contraria. Y así, el art. 990 CC nos dice que «la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente». La conclusión es, pues, insisto, que frente a la regla general de que las manifestaciones de voluntad pueden someterse en cuanto a sus efectos a plazo o condición, en esta materia específica, la sucesoria, el Código, con el fin de evitar las inseguridades que ciertamente puede derivarse de otra regulación, impone la no condicionalidad tanto de la aceptación como de la repudiación. Y es que, frente a lo que implícitamente afirma el señor Registrador, la regla general es que las manifestaciones de voluntad pueden someter sus efectos jurídicos a la concurrencia de una condición. Es cierto que no hay en el sistema del Código Civil una regulación especial del negocio jurídico, en cuanto figura doctrinal separada, pero su concepto puede derivarse, y así se hace por la doctrina y la jurisprudencia, no sólo de la teoría general de las obligaciones que sí contiene el Código como de los diferentes tipos negociales que se contienen en el Código. La regla resulta ser justamente la contraria que la sostenida por el señor Registrador. Salvo que otra cosa se establezca para un caso especial, los efectos jurídicos de la declaración de voluntad negocial pueden someterse a condición. El señor Registrador no cita en su fundamento jurídico I ni un solo artículo de una Ley que pueda considerarse infringido, aunque de la cita jurisprudencial parece ser el art. 6.2 CC. Pues bien, nada en el art. 6.2 CC parece limitar la posibilidad de que la renuncia deba ser incondicionada, sino que los únicos límites que pone el artículo indicado es que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público o pueda ser causa de perjuicio de los derechos de terceros. Y así, en una materia tan imperativa como es el Derecho regulador de las relaciones laborales, el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, ligando renuncia y disposición del derecho, establece que «los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo». Pues bien, la STS de 6 de febrero de 2000 (Sala de lo Social) estableció inequívocamente que era admisible una renuncia a una indemnización laboral condicionada a la obtención de un traslado a una plaza determinada y a cuya obtención no tenía un derecho preferente el trabajador, con una remisión explícita a la libertad contractual en cuanto no fuera una materia indisponible o no quedara el contrato al arbitrio de una de las partes contratantes. Cabe traer ahora a colación, sin duda, el art. 23 LH, que sin distinción en cuanto al objeto de la inscripción, establece que «el cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse». Para las hipotecas sujetas a condición, véanse los arts. 238 a 240. Si nos fijamos en el art. 23 habla de «acto o contrato». Es evidente que la cancelación (más exactamente, el consentimiento cancelatorio que ha de estar siempre causalizado) no es un contrato, sino un negocio jurídico unilateral en virtud del cual el otorgante dispone de su derecho, en nuestro caso el derecho real de hipoteca. Como tal negocio jurídico unilateral no hay, en principio, norma que impida su condicionalidad; al contrario, el art. 23 nos muestra que cabe, como en todo negocio jurídico que produce una mutación jurídico inmobiliaria (en nuestro caso, la extinción del derecho real de hipoteca). Es cierto que el artículo parece pensar (al menos en su mecánica y la relación con sus efectos) más en los negocios de adquisición de derechos. Pero no hay inconveniente alguno en admitir que también ha de comprender, precisamente porque no lo prohíbe, el asiento de cancelación, ya que la cancelación es también una inscripción, como resulta con claridad del art. 41 RH (aunque después distinga entre inscripciones «propriadamente dichas» y cancelaciones). En resumen, la condición es un elemento accesorio a una declaración de voluntad negocial; la legislación no prohíbe la renuncia condicionada; la ley en los casos en que quiere excluir la condicionalidad, la prohíbe expresamente (manifestación de que rige el principio contrario) y la propia

legislación hipotecaria contempla el acto o contrato sujeto a condición. Es cierto que la doctrina (y ello desde las tempranas obras de Gómez de la Serna y Galindo y Escosura) ha criticado siempre la oscura dicción de la Ley en cuanto al modo de hacer constar la producción o no producción del evento en la Ley (extremo aclarado, en gran medida para los asientos de hipoteca); pero esta oscuridad sin duda habrá de ser superada por la ciencia del señor Registrador. 3.—Y es que, como profesional del Derecho, me he quedado perplejo con la manifestación del señor Registrador de que si se inscribiera la cancelación de la hipoteca condicionada suspensivamente el examen de los asientos no permitiría saber a ciencia cierta y sin género de dudas si el derecho sigue existiendo. Practicado un asiento de inscripción bajo condición suspensiva el Registro nos publica una titularidad actual y una titularidad eventual o futura condicionada a que acontezca un hecho cierto. ¿Podríamos decir que quien consulta el Registro no conoce o no puede conocer el estado jurídico de la finca por el hecho de que haya una condición? A mi juicio, no. Y la propia Ley prevé este supuesto; por lo tanto, debe entender el legislador que la situación creada no atenta contra el principio de seguridad jurídica. Reconozco, sin embargo, que no acabo de entender la referencia al principio de especialidad registral. En primer lugar, porque los principios deben estar establecidos en la Ley (pero no es momento ahora de reiterar los argumentos doctrinales contra la existencia de principios registrales, ya que, entre otras cosas, el Notario recurrente admite su existencia), pero, sustancialmente, porque el principio de especialidad registral afecta, sustancialmente, a la extensión y alcance de lo inscrito. No obstante, como quiera que el Director General al que tengo el honor de dirigirme ha sido el autor de un trabajo sobre este principio en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, a su docta opinión me remito. Pero lo que sí ha de quedar claro es que la mejor o peor determinación de la eficacia de la cancelación cuya práctica se solicita dependerá, en gran medida, de la pericia del señor Registrador, que, por otro lado, simplemente tiene que transcribir el cuerpo de la escritura, del que resulta (y el propio señor Registrador lo admite) que la cancelación viene condicionada a que la finca sea vendida por un precio determinado y en un cierto plazo. A mi juicio, la mecánica sería la siguiente: se practica la cancelación sometida a condición suspensiva y se hace constar por nota marginal el cumplimiento de la condición suspensiva. Nadie puede, por tanto, llamarse a engaño. La claridad del asiento es así, a mi juicio, meridiana. El «consultor medio» del Registro podrá conocer exactamente el alcance de la subsistencia de la hipoteca, y, en todo caso, le queda siempre la consulta al señor Registrador, quien, actuando en su función de profesional del Derecho, le asesorará adecuadamente, sin duda alguna. 4.—El último de los defectos alegados es que la condición suspensiva tiene el carácter de potestativa, y, por lo tanto, es nula. El estudio de las condiciones, como ya he señalado, lo hace nuestro Código Civil al estudiar las obligaciones. Concretamente, el art. 1115 establece que «cuando cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva del deudor, la obligación condicional será dependiente de la suerte o de la voluntad de una obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a disposiciones de este Código». Pues bien, la doctrina absolutamente, mayoritaria (la cita sería aburrida) nos dice que «las condiciones, como elementos accidentales de las obligaciones, pueden ser casuales, si consisten en un hecho exterior o en la voluntad de un tercero ajeno a la relación obligatoria. Potestativas, cuando el evento depende de la voluntad de una de las partes, y mixtas cuando depende en parte de la voluntad de los interesados y en parte de un hecho extraño» (Santos Briz). Por lo que hace a las potestativas, se distingue entre «rigurosamente potestativas» (diferenciando, a su vez, que dependan de la voluntad del deudor, en cuyo caso se sostiene la nulidad de la obligación, o de la voluntad del acreedor, en que parece que no se produce el mismo efecto, como hace toda la doctrina siguiendo el ya lejano trabajo de 1963 de Beltrán de Heredia) y «simplemente potestativas» cuando depende de la voluntad de uno o de ambos contratantes junto con ciertos hechos externos, cuyo efecto no es la nulidad, al serle aplicable el inciso final del artículo. Pero si nos fijamos con detenimiento, el Código Civil en este artículo se está refiriendo

propriadamente a las condiciones que están insertas en contratos o negocios jurídicos bilaterales. Y es que en los negocios jurídicos unilaterales rige un principio distinto. Valga ahora como botón de muestra el art. 795 CC que establece que «la condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Exceptúese el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse». Pero en este caso, la condición es puramente potestativa de aquél que ha sido llamado por el testador a título de heredero o de legatario; y es que, en el fondo, o nos encontramos en casos como éste ante una condición del tipo si voluerit (de por sí inútil pues hoy el heredero o legatario puede aceptar o repudiar libremente) o en realidad (Albaladejo) el Código se está refiriendo a la simplemente potestativa, como resulta de la necesidad de cumplimiento por parte del favorecido. Sin embargo, y aunque esta doctrina puede venir en nuestro apoyo, creo que es innecesaria. En el negocio jurídico documentado en la escritura calificada negativamente el titular del derecho real de hipoteca renuncia al mismo y consiente su extinción haciendo depender esta extinción no de su propia voluntad, sino de la actuación de un tercero en un plazo fijado y con unas condiciones determinadas. Es decir, no estamos ante una condición puramente potestativa (en cuanto que el efecto dependa de un acontecimiento futuro que consista en la mera voluntad del otorgante) sino ante una condición que depende de la voluntad de un tercero extraño al negocio jurídico unilateral. No es un «renuncio si me da la gana», sino un renuncio siempre que tú, beneficiario de la extinción del derecho real, hagas algo que depende de tu voluntad: vendas en plazo y por cierto precio. Y detrás de esto lo que hay es una voluntad de facilitar la negociabilidad de la finca y la transmisión, voluntad económica que no trasciende a la declaración de voluntad, aunque sin duda existente. El efecto jurídico buscado, que nace de la libérrima voluntad del renunciante, puede hacerse depender (en último término) de la voluntad de un tercero, que no está obligado. Y digo que el efecto depende de la libérrima voluntad del renunciante porque la causalización del consentimiento cancelatorio lo único que exige es la voluntad de extinguir el derecho en el titular del mismo y la expresión de esta voluntad en el documento público. Nada puede oponerse, en un negocio jurídico de este tenor, a que el renunciante lo haga depender de la voluntad de un tercero. Añádase, además, que este tercero, el titular registral, no fue parte en el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca, sino que es un tercer poseedor de finca hipotecada. Por lo tanto, no hay un «deudor» o un «obligado» de cuya voluntad dependa la eficacia de la obligación, que es el supuesto de hecho en que se basa el art. 1115 CC y el art. 1256, ya que éstos, como he dicho, se refieren a negocios bilaterales, y la renuncia es siempre unilateral. Y, finalmente, creo que la calificación es contraria a la doctrina ya sentada por la Dirección General en diversas ocasiones. En la resolución de 15 febrero 2002 la Dirección General se enfrentó a una venta de una finca bajo la condición suspensiva de que cualquiera de las partes proporcione un arrendatario, cesionario o explotador que alquile la totalidad de la misma -un «aparta-hotel»-. Uno de los defectos alegado fue la vulneración del art. 1256 CC pues, se decía, quedaba al arbitrio del comprador vincularse o no y con ello quedaba el cumplimiento del contrato dependiente de su voluntad. Pues bien, la Dirección General, basándose precisamente en la jurisprudencia que distingue las condiciones puramente potestativas -que dependen de la exclusiva voluntad del deudor- y las simplemente potestativas -que dependen, además, de otros factores- así como en el criterio restrictivo en cuanto a la apreciación de las primeras, llegó a la conclusión de que en un caso como el señalado no nos encontramos ante una condición puramente potestativa. Es forzoso reconocer, sin embargo, que también concurrían en el supuesto de hecho otros elementos que permitían entender que la eficacia del negocio de otros hechos. Y, finalmente, y para no hacer excesivamente largo este recurso, habría que recordar las múltiples inscripciones de donaciones condicionadas (suspensiva o resolutoriamente) a la realización de ciertos actos por el beneficiario de la donación, actos que, lógicamente, dependerán de su voluntad. El «te dono si te matriculas en Derecho y terminas la carrera en cinco

años» o si destinabas el bien a un asilo. Y es que el señor Registrador, insisto, confunde la naturaleza de la condición puesta en la escritura calificada. Matricularse en Derecho o destinar el bien a un asilo son hechos que dependen, no en última, sino en primera instancia de la voluntad de hacerlo. De ahí la distinción entre los distintos tipos de condiciones potestativas. Que llueva mañana no depende (hasta donde llega el estado actual de la ciencia) de mi voluntad (...).

IV

Mediante escrito, de fecha 27 de febrero de 2018, el registrador emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6.2, 990, 1114, 1115, 1255 y 1256 del Código Civil; 1, 23, 76, 82, 97, 142, 143 y 326 de la Ley Hipotecaria; 524.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 108 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945, 28 de febrero de 1994, 4 de abril de 1960, 12 de noviembre de 1990, 15 de febrero de 2002, 22 de julio de 2004, 5 de diciembre de 2006, 12 de mayo de 2010 y 6 de julio de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto de este recurso se solicita la cancelación de una hipoteca en los siguientes términos: «Cláusula primera.—Cancelación de hipoteca y condición suspensiva- En cuanto a la cuenta de crédito garantizada con hipoteca, causante de la inscripción 6.^a, transmitida por la 8.^a, cancelada parcialmente por la 9.^a, subrogada por la 10.^a y novada por la 11.^a, la compareciente, por así convenir a los intereses de la entidad financiera representada, renuncia a la garantía hipotecaria existente sobre la finca y consiente la cancelación de la hipoteca causante de la misma, quedando supeditada dicha renuncia y cancelación a que la finca objeto de la presente escritura sea transmitida a un tercero en un plazo máximo de tres meses desde el día de hoy, por un precio mínimo de ciento noventa y dos mil quinientos euros (192.500 €) y se acredite el medio de pago utilizado, de lo que dejaré constancia mediante diligencia o diligencias posteriores».

El registrador de la Propiedad rechaza la inscripción porque, a su juicio, no caben las renunciaciones condicionales, y tampoco las cancelaciones de asientos sometidas a condición, por atentar ello contra los principios de especialidad y seguridad jurídica, y, además, porque, aun admitiendo su validez, el hecho en que consiste la condición es un hecho cuya realización o cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del deudor titular registral, lo que es contrario al artículo 1115 del Código Civil.

El notario recurrente entiende, en esencia, que tal inscripción es posible porque, en primer lugar, no hay precepto alguno que impida que la renuncia, y en general cualquier negocio jurídico pueda ser sometida a condición, sin que el artículo 6.2 del Código Civil imponga limitación alguna en este sentido, ni exista prohibición expresa alguna fuera de supuestos concretos, como ocurre en el ámbito sucesorio; en segundo lugar, tampoco hay precepto alguno en la legislación hipotecaria que prohíba expresamente las cancelaciones condicionales, más bien lo contrario al permitir artículos como el 23 o 142 y 143 de la Ley Hipotecaria la inscripción de actos y contratos o hipotecas sometidos a condición; y, por fin, la condición en cuestión entra dentro de la categoría de las calificadas como «simplemente potestativas», en contraposición con las «puramente potestativas», siendo las primeras admitidas por esta Dirección General.

2. Como cuestión procedimental previa, la diligencia acreditativa de cumplimiento de la condición autorizada por el notario y presentada por este con ocasión de la interposición del recurso no puede ser tenida en cuenta al amparo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, según el cual «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del

Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». De igual forma, no resulta del expediente que dicha presentación haya sido realizada con fin de subsanar los defectos observados, por lo que debe resolverse el recurso sólo a la vista de los documentos aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación, sin perjuicio de que, llevándose a cabo una nueva presentación, se adopte un nuevo acuerdo de calificación referidos a tales documentos nuevos (cfr. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

3. Entrando ya en el fondo del asunto, el registrador opone que la condición objeto de debate vulnera la prohibición del artículo 1115 del Código Civil, conforme al cual «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código».

Cabe recordar que la propia literalidad de la norma (como acontece también respecto del artículo 1256 del mismo Código) y la gravedad de la sanción establecida han dado lugar a una interpretación restrictiva de la misma y a la habitual distinción entre las condiciones puramente potestativas, basadas en la pura arbitrariedad (pura condición de querer -«si volam», «si voluero»-), y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros intereses e impulsos, de suerte que rara vez se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de las primeras, inclinada como está a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado (vid. las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de febrero de 1994, 15 de febrero de 2002, 22 de julio de 2004, 12 de mayo de 2010 y 6 de julio de 2015).

La condición que tiene por objeto la mera transmisión de una finca sin más matizaciones puede considerarse que depende en exclusiva de la voluntad del deudor, lo que supone dejar a su arbitrio la venta, lo que viene proscrito por lo dispuesto en los artículos 1256 y 1258 y es una condición puramente potestativa que está sancionada con la nulidad prevista en el artículo 1115 del Código Civil, dado que en esta clase de condiciones suspensivas falta el elemento necesario de incertidumbre no dependiente de la voluntad de uno de los contratantes. Por lo tanto no se estaría en el ámbito de las denominadas condiciones «simplemente potestativas», las cuales dependen en parte de la voluntad del contratante pero también de la producción de un hecho incierto o avatar externo o de la voluntad de la otra parte contratante (Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, sentencia número 177/2015, de 6 julio).

Sin embargo, en el presente caso la fijación de un plazo (breve) y un precio concreto para efectuar la transmisión determina que no cabe, por tanto, calificar de puramente potestativa la condición que ahora se analiza dado que su posible cumplimiento no depende de la pura arbitrariedad del deudor, sino también de hechos y voluntades externas, pues si bien compete al deudor la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para lograr un acuerdo con un eventual comprador en el plazo y por el precio fijados, la efectiva celebración del contrato de compraventa depende en última instancia de la decisión de un tercero.

4. Habida cuenta de la validez de la referida condición debe determinarse si cabe o no practicar el asiento de cancelación de la hipoteca en la forma en que se ha solicitado en el título, ya que, como se indicó en la Resolución de 28 de febrero de 1994, si la validez sustantiva de un negocio es presupuesto de su inscripción, no todo negocio válido es necesariamente inscribible, ya que para ello ha de adecuarse a las exigencias del sistema registral cuya finalidad última es brindar seguridad jurídica.

Es tradicional por parte de la doctrina, a la hora de conceptuar y definir los caracteres del asiento de cancelación, calificarlo como un asiento negativo, accesorio de otro

principal al que extingue (si bien algunos autores entienden que, además, es un asiento en sí mismo principal), extintivo (cfr. artículos 76 y 97 de la Ley Hipotecaria), y definitivo.

Esta última nota es la que debe analizarse en el presente caso; y a ella se ha referido este Centro Directivo en varias ocasiones.

La Resolución de 27 de diciembre de 1945 se refirió a «una cancelación condicional de la última inscripción de dominio, que no debió hacerse, porque en buenos principios hipotecarios no parecen admisibles cancelaciones sujetas a limitación o condicionamiento, ya que los asientos de esta clase por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, que no son otros de tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos, no consienten la simultaneidad de la extinción y la existencia». En el caso analizado, como consecuencia del ejercicio de la acción pauliana, se había practicado la cancelación del dominio «en cuanto hace relación a la nulidad de la venta efectuada sobre esta finca y supeditada a las causas referidas», es decir en los términos expresados en la sentencia (que declaraba la nulidad del contrato en lo necesario para cubrir el crédito). Añade la Resolución que «(...) no obstante, en el caso del recurso se extendió una cancelación condicional originadora de una situación registral firme, por hallarse los asientos del Registro bajo el amparo de los Tribunales de Justicia (...) y que impide la discusión acerca de si debió o no ser extendida en tales términos»; para concluir que «la inscripción de la compraventa por consecuencia de la cancelación condicional quedó sometida a la condición resolutoria de que el acreedor, en uso del derecho que le reconocía, instare la ejecución y apremio de la finca y su consiguiente venta judicial, y como esta situación no sólo no ha tenido lugar sino que por el contrario, el pago se halla autenticado en autos (...), hay que reconocer justificado el incumplimiento de la condición que amenazaba al comprador con la pérdida total y definitiva de su derecho de propiedad, debe ser consignada esta circunstancia en el Registro mediante nota marginal, conforme a lo previsto en el párrafo primero del artículo 16 de la Ley Hipotecaria [actual artículo 23]».

Respecto de la calificación negativa de una sentencia declarativa del dominio de determinada finca -que ordenaba la rectificación del Registro- por entender el registrador que no era firme, la Resolución de 4 de abril de 1960 estimó el recurso, atendidas diversas circunstancias, al entender «que no se trata de practicar una cancelación provisional de la inscripción de dominio, que no sería admisible, puesto que, como tiene declarado la Resolución de 27 de diciembre de 1945, por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, los asientos de cancelación no consienten la sumisión a limitaciones o condicionamientos, ni se avienen a la simultaneidad de extinción y existencia, sino lo que se pretende es ejecutar una sentencia firme, y para ello se debe rectificar el Registro mediante las cancelaciones ordenadas».

La Resolución de 12 de noviembre de 1990, en relación con la práctica de una cancelación en virtud de una resolución judicial no firme, en el considerando cuarto, después de afirmar que «en el presente caso en que la sentencia no es firme, el órgano judicial que lleva acabo la ejecución provisional no es el competente (...) para ordenar asientos, como la cancelación de las inscripciones de hipoteca, que presuponen pronunciamientos definitivos sobre los derechos en litigio», añade que «de otra parte, tampoco la situación jurídica que manifiestan los títulos presentados, que como litigiosa es de carácter provisional, guarda congruencia, conforme a nuestro ordenamiento registral, con el asiento pretendido, el de cancelación, que por su naturaleza tiene una significación incondicionalmente negativa con la consiguiente trascendencia en el ascenso incondicionado de los gravámenes de rango inferior a la hipoteca cancelada y en la definitiva protección del derecho cancelado del tercer adquirente amparado por la fe pública registral».

Por último, más recientemente, este mismo Centro Directivo, en Resolución de 5 de diciembre de 2006, puso de relieve que «(...) nunca la cancelación de un asiento puede ser provisional o condicionada, dado su carácter definitivo (cfr. artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 524.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)». Se trataba de un supuesto en que se presentó un mandamiento judicial en el Registro para hacer

constar en éste, como consecuencia del ejercicio de una acción rescisoria, que la nulidad y cancelación de una inscripción de dominio lo es sólo en la medida necesaria para que el banco pueda resarcirse del principal, intereses y costas reclamadas en el procedimiento y que la rescisión sólo favorezca al actor (el registrador ya había practicado la cancelación de la venta y la reinscripción a favor del vendedor). Esta Dirección General confirmó calificación porque, al estar los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), no puede discutirse la procedencia de tal asiento en el recurso contra la calificación y para ello sólo caben los procedimientos de rectificación previstos en la legislación hipotecaria. Añade que la forma de llevar a cabo la sentencia no puede ser otra que la cancelación total del asiento como consecuencia de la restitución de prestaciones propia de la rescisión, y la pretensión de que la rescisión sólo favorezca al actor es una pretensión puramente personal no inscribible.

A la vista de los anteriores pronunciamientos, cabe afirmar que, indudablemente, debe rechazarse que la cancelación de la hipoteca quede sujeta a condición resolutoria, pues el asiento de cancelación produce efectos extintivos absolutos (ya sea totales o parciales), como resulta de los artículos 76 y siguientes y 97 de la Ley Hipotecaria, poniendo fin irreversiblemente al reflejo registral del bien o derecho inscrito. Y lo mismo puede decirse de la renuncia al derecho de hipoteca sujeta a condición resolutoria.

El tratamiento registral de la renuncia y cancelación de hipoteca sujeta a condición suspensiva no puede ser distinto. Aunque es comúnmente admitido que cabe someter a condición suspensiva -o término suspensivo- la extinción de un derecho y, como afirma el recurrente, todo negocio jurídico puede ser sometido a plazo o condición en tanto no exista norma que lo prohíba, como ocurre en el caso previsto por el artículo 990 del Código Civil (de hecho el artículo 1114 del Código Civil admite la posibilidad de que la extinción de una obligación se haga depender de una condición), ello no significa que tenga cabida en el sistema registral destinado a dar certeza a las relaciones jurídicas inmobiliarias y, en base a ella, seguridad a los terceros.

Los indicados efectos extintivos absolutos de la cancelación (cfr. artículos 76 y siguientes y 97 de la Ley Hipotecaria) y la irreversibilidad de su reflejo registral, determinan que no pueda admitirse una renuncia y cancelación de hipoteca condicionada suspensivamente. Ello supondría publicar una situación de pendencia sobre la existencia del derecho en la que queda indeterminado el régimen jurídico al que éste queda sometido en tal situación, resultando dudosa, tal y como indica el registrador en su calificación, la existencia misma del derecho, la posibilidad de ejecución forzosa o la retroactividad de los efectos de la cancelación en caso de cumplimiento. Todo ello resulta incompatible con la claridad que precisan los pronunciamientos registrales y las presunciones que de ellos se derivan, más aún considerando el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y tratándose en este caso de un derecho real de garantía que lleva aparejado un procedimiento especial de ejecución.

Por cuanto antecede, y habida cuenta de que en la escritura calificada se expresa que el acreedor «renuncia a la garantía hipotecaria existente sobre la finca y consiente la cancelación de la hipoteca causante de la misma, quedando supeditada dicha renuncia y cancelación a que la finca objeto de la presente escritura sea transmitida a un tercero» en los términos que se detallan, debe concluirse que no puede accederse a la cancelación solicitada hasta que se produzca la transmisión de la finca en los términos convenidos.

Distinto sería el supuesto en que los interesados consientan no la cancelación de la hipoteca sino una mera novación de la misma sujeta la expresada condición suspensiva. En tal caso ningún inconveniente habría en practicar la inscripción de tal novación condicionada, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

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

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, 18 de mayo de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.