

tores del Reglamento vigente hayan vuelto a equivocarse y contemplen, otra vez de manera indistinta para las Anónimas y las Limitadas, el depósito de los libros en el Registro Mercantil, sin caer en la cuenta de que, en las anónimas, es obligatorio depositarlos porque así lo dice el artículo 278 LSA, derogando la norma del artículo 30 del Código de Comercio. En las Sociedades Limitadas, como su Ley reguladora no dice nada, prevalece la norma general del citado artículo 30, número 2: el liquidador está obligado a conservarlos en su poder durante seis años.

Resulta ingenuo que se reproche al Registrador el haberse extralimitado en la interpretación del Reglamento (por más que en este caso el reproche sea justo), y dos párrafos más abajo se quiera encubrir uno de los muchos disparates en que incurre el Reglamento vigente. Por mucho que esta Resolución se empeñe en mantener la norma reglamentaria, queda perfectamente claro —aplicando sus mismos argumentos— que el Registrador no está obligado a admitir el depósito de los libros de las Sociedades Limitadas disueltas.

J. G. G.

HIPOTECA. SUBROGACION. CARTA DE PAGO Y CANCELACION.—NO CABE APLICAR EL ARTICULO 231 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO CUANDO LOS TITULOS QUE SE PRESENTAN ORIGINAN LA CANCELACION DE LA HIPOTECA POR EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA, PUES DICHO ARTICULO 231 ES MODIFICATIVO Y NO EXTINTIVO (RESOLUCIÓN DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 11 DE ENERO DE 2000).

RESOLUCION de 2 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas, la subrogación prevista en los artículos 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en nombre de los cónyuges don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas la subrogación prevista en el artículo 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Sobre las fincas registrales números 24.878, 24.880 y 24.882, inscritas en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián a favor de los cónyuges don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, constan inscritas tres hipotecas a favor de las entidades «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima» y «Moda & Company di Iriarte, Sociedad Anónima».

En procedimiento ejecutivo ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, a instancia de «Industrias Valls, Sociedad Anónima», contra los titulares registrales, se trabó embargo sobre las tres mencionadas fincas, practicándose posteriormente las oportunas anotaciones: Letra R para la registral 24.878, letra G para la 24.880 y letra L para la 24.882.

Los días 14 de septiembre de 1990, 1 de junio de 1994 y 20 de julio de 1995, se otorgaron escrituras de carta de pago y cancelación de las hipotecas. El 18 de julio de 1996 recayó auto en el juicio ejecutivo por el que fueron adjudicadas las tres fincas a un tercero.

II. El 9 de mayo de 1996 se presentan por primera vez en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián, las mencionadas escrituras de carta de pago y cancelación de hipotecas, a las que se acompañan sendas instancias suscritas por un representante de los titulares registrales, con firmas legitimadas notarialmente, en las que tras hacer constar que, si bien en el procedimiento ejecutivo 47/91 se adjudicaron las tres referidas fincas a un tercero (pero en realidad el auto de adjudicación aún no había sido dictado), los titulares registrales habían pagado los créditos garantizados con las hipotecas, preferentes en rango registral a la carga en que se apoyaba la ejecución que motivó la enajenación judicial, y haciendo uso del derecho reconocido en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria y 231 del Reglamento, solicitan que se haga constar el pago y la subrogación por nota al margen de las inscripciones de hipoteca.

III. Dichas escrituras, acompañadas de las instancias referidas, fueron calificadas con la siguiente nota: «Reportada la precedente escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca el día 22 de este mes, una vez liquidado el impuesto, en unión de escrito firmado por don Jesús Zubiaurre Ormaeche, como representante del dueño de la finca gravada, en el que se solicita se practique nota al margen de la hipoteca haciendo constar el pago realizado por el deudor y la subrogación de éste en la cualidad de acreedor, conforme los artículos 118.2.º de la Ley Hipotecaria y 231 de su Reglamento se deniega la práctica de dicho asiento por observarse los siguientes defectos insubsanables: 1.º La instancia del presentante es contradictoria con el título público que ha de motivar la inscripción, pues en base a la escritura presentada procede cancelar la hipoteca y no reflejar registralmente su modificación por subrogación de otra persona en la titularidad del crédito. 2.º El pago hecho al acreedor por el deudor obligado extingue la obligación y la hipoteca que garantiza su cumplimiento (arts. 1.156 y 1.164 del Código Civil). 3.º La confusión en una misma persona de los derechos de acreedor y deudor extingue igualmente la obligación (arts. 1.156 y concordantes del Código Civil), y no puede operar la subrogación contra dicha extinción del crédito por confusión (art. 1.210.3.º del mismo Código). 4.º Si bien una interpretación literal del artículo 231 del Reglamento Hipotecario podría ofrecer cobertura a la pretensión del presentante, dicho precepto ha de ser objeto de una interpretación coordinada con los artículos citados y con los otros de la Ley civil que se refieren al pago hecho por persona distinta al deudor (arts. 1.158, 1.159 y 1.209 al 1.213 del Código Civil), cobrando sentido únicamente la subrogación prevista en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el tercer poseedor de los bienes gravados, o por el deudor pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario en la responsabilidad de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes, de modo que por efecto de tal asunción de deudas legalmente prevista tenga ya el deudor primitivo la condición

de tercero respecto de la obligación de pago, con lo que dicho pago no tendría ya efecto extintivo, sino de modificación por subrogación activa en el vínculo obligatorio. Contra la presente nota de calificación cabe recurso, en el plazo de cuatro meses, de conformidad con los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y concordantes ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en apelación frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado. San Sebastián, 28 de mayo de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

IV. Presentadas nuevamente estas escrituras en unión de instancias inscritas por los interesados el 8 de julio de 1996, fueron calificadas el 19 de agosto de dicho año con la misma nota, si bien se suprimió el tercer defecto.

V. La Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en representación de don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, y alegó: Que los acreedores han dado a los interesados carta de pago de las sumas adeudadas, consintiendo la cancelación de las hipotecas, no habiéndose llevado a cabo la cancelación registral por expreso deseo de los propietarios, como lo demuestra que, transcurrido mucho tiempo desde el otorgamiento de las escrituras, éstas no habían sido presentadas en el Registro. Que, dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo ni se había dictado el auto de adjudicación, se presentaron en el Registro las escrituras de carta de pago y las instancias, solicitando que se hiciese constar la subrogación vía artículo 231 del Reglamento Hipotecario, y si bien se está de acuerdo que en un primer momento se pidió la subrogación antes de tiempo, cuando los interesados aún eran titulares registrales de las fincas, esta cuestión ha sido resuelta (el auto de adjudicación recayó el 18 de julio de 1996), como reconoce el propio Registrador en su segunda nota de calificación de 19 de agosto de 1996, al señalar que no subsiste el tercer defecto de la nota anterior. Que no existe contradicción entre la instancia del presentante y el título público que ha de motivar la inscripción, pues la situación que nos ocupa está prevista en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario: Que en la escritura notarial no se expresa que se hace uso de la subrogación y establece la instancia como instrumento para dirigirse al Registro. Además, no procede cancelar las hipotecas que no han sido pedidas, como señala el Registrador, porque ello es contrario al principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Que el pago del deudor no extingue la hipoteca, ya que ello requiere la cancelación, conforme al artículo 76 de la Ley Hipotecaria, y que los artículos 1.156 y 1.164 del Código Civil se refieren al ámbito obligacional, no al real registral. Que no puede pretenderse una interpretación del artículo 231 del Reglamento Hipotecario coordinada con otro precepto que pueda conducir a la inaplicación del mismo, tal como pretende el Registrador, al señalar que la subrogación prevista sólo cobra sentido en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el deudor, pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario, ya que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario dice literalmente, «subrogado el rematante o adjudicatario, ..., si el importe de dichas cargas hubiese sido satisfecho por el deudor...» y si la Ley hubiera querido referirse al pago posterior, como pretende el Registrador, tendría que haber utilizado una expresión de futuro, no de pretérito.

VI. El Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, en defensa de su nota, informó: Que el principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria significa que la inscripción, salvo excepciones, es voluntaria, no que el interesado pueda solicitar la práctica del asiento que le resulte conveniente, y así, en base a una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, lo que procede es un asiento de cancelación, y si el presentante pretende que sea otro, el Registrador debe abstenerse de practicar asiento alguno. Que la pretensión del recurrente no puede fundarse en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, ya que los títulos presentados originan un asiento de cancelación de la hipoteca, que ha tenido lugar, dado el carácter accesorio de la garantía, o consecuencia del pago de la obligación principal asegurada, mientras que el artículo 231 se refiere a una escritura o acta notarial de pago con efecto no extintivo, sino modificativo de la obligación garantizada y de la hipoteca, que se produce cuando habiendo pagado la obligación, no el deudor, sino un tercero, nace a favor de éste, además del derecho de reembolso del artículo 1.158 del Código Civil, el de subrogación del artículo 1.159, procediendo en este caso practicar, no una cancelación, sino una nota marginal, por tener el pago un efecto modificativo, por subrogación activa de la obligación y de la hipoteca (arts. 231 y 240 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 144 de la Ley Hipotecaria y Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamo hipotecario). Que el artículo 76 de la Ley Hipotecaria es consecuencia de la protección dispensada a terceros por el ordenamiento hipotecario; no significa que la hipoteca no se extingue más que por su cancelación registral, sino que aunque la hipoteca se haya extinguido extrarregistralmente por pago de la obligación principal, mientras no sea cancelada, el asiento registral está protegido por la fe pública y registral. Que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, que hay que ponerlo en relación con los artículos 131, regla 8.ª de la Ley Hipotecaria, para el procedimiento judicial sumario, y el 1.415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el procedimiento ejecutivo ordinario, aplica el mismo principio contenido en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria: El rematante o adjudicatario en la subasta se subroga en la obligación garantizada con cargas o gravámenes anteriores o preferentes al que apoya la ejecución, de modo que, tras el remate, el primitivo deudor (al igual que el vendedor en el caso del art. 118.2) no tiene ya la condición de deudor obligado al pago y, si tras dicho remate el deudor originario paga, no se produce la extinción del vínculo obligatorio, sino la modificación de éste, por subrogación activa, originándose la situación prevista en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria, y 1.210.3.º y 1.212 del Código Civil). En cambio, con relación al tercer poseedor de los bienes hipotecados no es necesario esperar al remate para que el efecto subrogatorio tenga lugar, pues éste no es deudor, y si paga al acreedor el pago no extingue el crédito sino que lo modifica al quedar subrogado dicho tercer poseedor en el crédito y garantías del que ha cobrado (art. 1.212 del Código Civil), ya que él tenía interés en el cumplimiento de la obligación (art. 1.210.3.º del Código Civil).

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.156 y 1.206 del Código Civil; 118, 131 y 133 de la Ley Hipotecaria; 231 del Reglamento Hipotecario, y sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1999.

1. Son hechos relevantes en el presente recurso los siguientes:

En juicio ejecutivo iniciado en 1991, se toman las oportunas anotaciones de embargo sobre varias fincas que constaban anteriormente hipotecadas.

En 1990, 1994 y 1995, los respectivos acreedores otorgan las correspondientes escrituras de carta de pago y cancelación, las cuales «por deseo expreso de los propietarios —como manifiestan los representantes de los mismos en diversos escritos presentados en relación con estas actuaciones— no ha deseado llevar a cabo la cancelación registral».

También de los escritos de los recurrentes resulta que a consecuencia de las actuaciones ejecutivas, las diversas fincas fueron adjudicadas a un tercero antes del 9 de mayo de 1996.

Los propietarios y deudores «dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo» (según se dice en escrito de apelación; en otro momento informaron que el auto de adjudicación de las fincas lleva fecha de 18 de julio de 1996), en 8 de julio de 1996 presentaron las referidas escrituras de carta de pago y cancelación y, a la vez, solicitaron por instancia al Registrador que, por aplicación del artículo 232 del Reglamento Hipotecario, se hiciera constar por nota marginal la subrogación de los propietarios-deudores en las hipotecas anteriores al embargo ejecutado.

2. La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se transmita también al comprador la deuda garantizada con la hipoteca de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor (el pacto por el que se establezca que el comprador «se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la responsabilidad con ella garantizada»), el consentimiento expreso o tácito del acreedor (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205 del Código Civil). De no darse este doble consentimiento, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, e incluso en el caso de que el comprador, por haberse comprometido frente al vendedor al pago de la deuda o por cualquier otra razón, hubiere descontado del precio el importe de la obligación garantizada o hubiere retenido este importe. Y es precisamente para esta hipótesis para la que el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria prevé una especial subrogación en favor del deudor: Si «al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca (la venta precede pues al pago y, no obstante la venta, el vendedor sigue siendo el deudor), quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

3. El artículo 231 del Reglamento Hipotecario no crea una especial hipótesis de subrogación —lo que sólo sería posible por vía de Ley— sino que se limita a aclarar que la especial subrogación que, conforme al artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, se produce en favor del deudor cuando paga después de vendida la finca, se produce también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a la venta, como son el remate y la adjudicación en pago. En el caso de que se ejecute una finca gravada con hipotecas o cargas preferentes al crédito del actor, se entiende que

el rematante o adjudicatario acepta estas cargas y que, frente al deudor o dueño de la finca gravada, asume «la obligación de satisfacerlas» (cfr. arts. 131.8.^a, 10 y 13.^a y 133.11 de la Ley Hipotecaria, y 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asume esta obligación sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205, 1.252 y 1.257 del Código Civil).

4. En el caso ahora planteado no procede la subrogación prevista en el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, porque la deuda y, consiguientemente, la hipoteca, habían dejado de existir antes de producirse el remate, y ya hemos visto que constituyen presupuestos legales de esta subrogación la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca. Desde que se produjo la extinción de la deuda por el pago hecho por el deudor y propietario de la finca hipotecada, se produjo, automáticamente, la extinción de la hipoteca. Y se produjo la extinción de la hipoteca aunque aún no se hubiera practicado en el Registro la correspondiente cancelación, pues la extinción del derecho inscrito es presupuesto y no efecto de tal asiento (cfr. art. 79 de la Ley Hipotecaria), regla aplicable también al derecho de hipoteca (cfr. art. 136 de la Ley Hipotecaria). Otra cosa es que el hecho extintivo de la hipoteca no pueda «perjudicar a tercero como no se haga constar en el Registro por medio» del asiento procedente, en este caso la cancelación (cfr. arts. 76 y 144 de la Ley Hipotecaria); pero es evidente que el deudor y propietario de la finca hipotecada que pagó, no es un tercero en el acto extintivo, el pago, que provoca la extinción de la hipoteca.

5. Ciertamente, la discordancia del Registro con la realidad, en relación a las hipotecas extinguidas, plantea diversas cuestiones: Sobre la regularidad del procedimiento de ejecución si se anuncian subastas de las fincas con gravámenes que realmente no existían. Sobre si el rematante, al estimar que había que responder de cargas que realmente no existían, ha dado por las fincas un precio inferior al que habría correspondido; o si, por el contrario, por haber conocido antes el rematante la realidad de haberse extinguido las hipotecas, ofreció el precio que correspondía a una finca libre de esas cargas. Sobre la significación que haya de tener en las posibles irregularidades, el que la discordancia sea debida, precisamente, a la desidia o, quizá, a la intención fraudulenta de quien ahora pretende, en su favor, la resurrección de las hipotecas. Son, todas éstas, cuestiones distintas de las que resuelve el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, y las soluciones procedentes quedan fuera del automatismo de la vía registral.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 2 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

COMENTARIO

El problema que se le plantea a la DGRN es si es posible la subrogación del artículo 231 RH, cuando previamente a la adjudicación ya se había pagado el crédito hipotecario.

De aquí pueden deducirse dos cuestiones sobre las que parece oportuno hacer un comentario:

1. La necesidad de preexistencia y exigibilidad de la deuda garantizada, antes de la venta o adjudicación de la finca hipotecada, para que pueda llevarse a cabo dicha subrogación.

2. Si el pago y la no cancelación del crédito hipotecario extingue efectivamente el mismo, o, si por el contrario, es necesaria la cancelación para que éste se extinga definitivamente, en cuyo caso cabría la subrogación que se discute.

1. El artículo 231 RH contempla el caso del pago de una carga anterior a una hipoteca que se ejecuta, por parte del deudor o tercer poseedor, y como el adjudicatario adquiere la finca con subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, este artículo prevé la subrogación de aquéllos en los derechos de los titulares de las cargas no canceladas (aunque sí pagadas), para pedir su importe al rematante.

Este artículo se ha equiparado tradicionalmente al supuesto recogido en el artículo 118.2 LH que contempla la subrogación del deudor que, tras la venta de la finca hipotecada, pagó la obligación que garantizaba al acreedor hipotecario, en el lugar de éste, con el fin de exigir lo pagado al nuevo propietario de la finca hipotecada que descontó su importe en la compra.

Pues bien, el problema que nos ocupa en este momento es el de si para que se produzca la subrogación del artículo 231, el pago de la carga anterior hecho por el deudor, debió hacerse después de la adjudicación, al igual que el supuesto del artículo 118 LH, o por el contrario, es posible igualmente la subrogación cuando el pago se realizó antes de esa adjudicación, aunque una vez iniciada la ejecución. Todo lo cual se traduce, según mi opinión, al problema de si es necesaria la existencia y exigibilidad de la deuda antes de producirse la adjudicación.

Parte de la doctrina (1) considera que del artículo 231 RH se deduce claramente que está pensando en el supuesto del pago de gravámenes anterior a dicha adjudicación. Así lo deducen de la propia letra del artículo, pues utiliza expresiones en pasado como «si el importe hubiese sido satisfecho», que parece indicar la prioridad de dicho pago. La consecuencia inmediata de esta interpretación del artículo 231 RH es que las cargas están extinguidas en la realidad aunque no canceladas, y por lo tanto, la subrogación se produce en la responsabilidad de algo que ya está extinguido. ¿Es esto posible? Estos autores mantienen que sí, que es un caso excepcional de «resurrección de cargas» en nuestro sistema. Las razones que justifican esta admisión son que la adjudicación o remate se hace con subsistencia de cargas anteriores, y por tanto el precio de la subasta es neto y líquido, lo que quiere decir que su importe ya se descontó, y el rematante debe responder por ellas, pues de lo contrario, si no hay subrogación, se produce un enriquecimiento injusto del rematante que adquirió la finca por un precio más bajo del que corresponde, pues esas cargas ya no existen.

(1) GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 334 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, VII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 333-336; DE LA RICA Y ARENAL, *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 397-403.

Por el contrario, y al igual que entiende la DGRN en esta resolución, otros autores consideran que el artículo 231 RH debe aplicarse en aquellos casos en los que —al igual que en el 118.2 LH— el pago de las cargas anteriores debe hacerse una vez adjudicada la finca. Creo que ésta debe ser la solución adecuada, y ello por las siguientes razones:

a) Su similitud y analogía con el artículo 118.2 LH, que no ofrece dudas para la generalidad de la doctrina, nos lleva a pensar que se aplican al mismo supuesto de hecho.

b) Si el pago se realiza antes de la venta judicial, la obligación se ha extinguido, y si se ha extinguido la deuda, correlativamente se extinguió el crédito, luego se hace imposible pensar en una subrogación en el mismo si éste ya no existe. La existencia de la deuda al tiempo de la subrogación es requisito indispensable, pues carece de sentido subrogarse en algo que no existe. En este sentido, las palabras de la DGRN son muy acertadas al declarar que «constituyen presupuestos legales de esta subrogación (la del art. 231 RH) la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca».

c) No cabe alegar, como en el presente caso, que la hipoteca a pesar de estar pagada la obligación (y por tanto extinguida ésta por accesoriedad), como no está cancelada, subsiste, está viva, y que por eso es factible la subrogación del deudor que pagó esa obligación en el derecho del acreedor hipotecario. Esto carece de sentido porque, aunque no esté cancelada su inscripción, la hipoteca murió al hacerlo el crédito, y no necesita de la cancelación para extinguirse definitivamente, puesto que ésta no es constitutiva. Llegamos así a la segunda de las cuestiones que antes señalamos.

En definitiva, según mi parecer, es necesaria la preexistencia de la deuda para que pueda producirse la subrogación establecida en el artículo 231 RH; luego, me parece correcta la doctrina de la DGRN, al rechazar esta posibilidad, pues no puede existir una subrogación (cambio de sujetos en la relación jurídica), si falla la base, es decir, si ya no existe tal relación, al haberse extinguido por pago la obligación. Y, como a continuación se verá, tampoco me parece admisible sostener que puede producirse la subrogación en el derecho de hipoteca, porque éste también se extinguió.

2. La necesidad o no de la cancelación para la extensión definitiva del derecho real de hipoteca.

El recurrente parece sostener que puede subrogarse en el derecho de hipoteca (crédito hipotecario) del acreedor hipotecario, a pesar de que ya pagó la obligación que éste garantiza, porque dicho derecho está todavía vivo al no cancelarse su inscripción. Esto equivale a admitir que la cancelación de la hipoteca es constitutiva.

En efecto, que la cancelación sea constitutiva significa que el derecho inscrito sólo se extingue por ella, pasando a ser la cancelación un requisito necesario para la extinción del derecho, de manera que si ésta falta, no se extingue el derecho ni para las partes ni para terceros. Luego, la hipoteca tendrá cancelación constitutiva si sólo se extingue por ella —frente a todos—, y en caso contrario —si no hay cancelación— el derecho real subsistirá. Esto es lo que parece mantener el recurrente.

Sin embargo, estas afirmaciones no me parecen aceptables, y no creo que se pueda considerar que la cancelación es constitutiva porque no se cumplen

las premisas necesarias para ello. El derecho de hipoteca no se extingue sólo *inter partes* por la cancelación, ya que puede darse el caso de que, aunque no esté cancelada su inscripción, ésta se haya extinguido previamente, al extinguirse la obligación garantizada. Esto es lo que ocurre en el presente caso: extinguida por pago la obligación asegurada, se extingue por accesoriedad la hipoteca (2). Luego, no se cumple la consecuencia directa de la cancelación constitutiva que es que el derecho sólo se extinga por ella, y si ésta falta, el derecho subsiste. Y prueba de que esto es así es que si, por ejemplo, el acreedor hipotecario otorga carta de pago y no cancela la inscripción de hipoteca, y reclama el pago por la vía del procedimiento ejecutivo ordinario, con base en la todavía vigente inscripción de hipoteca, el deudor podrá oponer la excepción del pago de la obligación y la consecuente extinción de la hipoteca en virtud del artículo 1.464.2 LEC. A la misma conclusión debe llegarse si se ejecuta la hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Aunque es cierto que no está prevista la excepción del previo pago de la obligación para suspender o paralizar el proceso (3), los principios más elementales de la ejecución de deudas y justicia, harían que el juez no siguiera adelante con la ejecución hipotecaria al comprobar que ya se había pagado la obligación, pues entonces la hipoteca se habría extinguido. En consecuencia, la imposibilidad de ejecución de la hipoteca no cancelada, demuestra que la hipoteca se extinguió antes y sin necesidad de cancelación registral entre las partes. Esta no puede ser, entonces, constitutiva.

Tampoco puede considerarse a la cancelación constitutiva para terceros porque, en primer lugar, el hecho de que éstos puedan considerar como vivo y vigente un crédito hipotecario extinguido en la realidad extrarregistral, pero no cancelado (tal y como parece deducirse de los arts. 76 y 144 LH, y del antiguo 156 LH de 1909), no es más que una consecuencia de los principios de fe pública y oponibilidad de lo inscrito derivados de la publicidad registral, y no porque el crédito hipotecario sólo se extinga por su cancelación frente a terceros como correspondería a una eficacia constitutiva. Sólo el juego de la fe pública, con la posición inatacable que otorga al tercero protegido, puede hacer, para él, vivo y subsistente lo que en realidad está muerto, al igual que ocurre a cualquier otro tercero hipotecario respecto de cualquier otro derecho real inscrito en el Registro. Si ese tercero para el que el derecho de hipoteca está vivo —por proclamarlo así su vigente inscripción—, no cumple todas las condiciones de la protección registral del artículo 34 LH, no podrá beneficiarse de la protección de la fe pública, y una vez que se demuestre la extinción del derecho de hipoteca, también se extinguirá para él.

En el presente caso, al no ser tercero hipotecario el adjudicatario de la finca hipotecada, no actúa la fe pública; y demostrado que el derecho de

(2) A la misma conclusión se llegaría si se mantiene la teoría de la unidad del crédito hipotecario.

(3) Tras la entrada en vigor de la nueva LEC de 7 de enero de 2000, el procedimiento del artículo 131 LH queda sin efecto y la ejecución hipotecaria pasa a ser regulada por esta nueva Ley, en la que se admite en su artículo 695, como causas de oposición en el específico proceso de ejecución de hipotecas, la prueba de la extinción de la garantía o de la obligación garantizada con certificación del Registro de su cancelación o mediante escritura pública de carta de pago. De este precepto se extrae la conclusión de que, probada la extinción de la obligación, debe admitirse la extinción de la hipoteca y su no-ejecución.

hipoteca se extinguió al hacerlo el crédito, aunque no esté cancelada su inscripción, éste debe considerarse extinguido. Por lo tanto, según lo que dije en el epígrafe anterior, no cabe la subrogación en el mismo, pues, si ya no existe, no es posible un cambio de titular, tal y como afirma la DGRN.

La presente resolución y la doctrina que en ella sienta la DGRN es importante y muy adecuada, pues confirma que la cancelación de hipoteca no es constitutiva, y que no cabe una cancelación de este tipo en nuestro sistema, porque toda cancelación tiene necesariamente como fundamento la previa extinción del derecho inscrito, y no como consecuencia. De este modo, se aclaran las dudas y se pone fin a las vacilaciones doctrinales que todavía existen en esta materia.

M. G. R. A.

HIPOTECA. INTERESES.—NO HAY RAZON PARA ENTENDER QUE LA COBERTURA DE LOS INTERESES MORATORIOS NO PUEDE EXCEDER DE LA CANTIDAD QUE RESULTE DE APLICAR EL CAPITAL DEL PRESTAMO DURANTE TRES AÑOS, AL TIPO DE INTERES REMUNERATORIO INICIAL (RESOLUCIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 3 DE FEBRERO DE 2000).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Luis Álvarez Fernández, en nombre del «Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don César García Arango y Díaz Saavedra, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 9 de abril de 1996, mediante escritura otorgada ante el Notario de La Coruña, don José Miguel Sánchez Andrade Fernández, el Banco Hispano Americano concedió un préstamo de 6.000.000 de pesetas a don Ricardo Tormo Massignani, en su propio nombre y, además, en nombre y representación de su esposa, la cual, en garantía de su devolución, constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad. En la citada escritura se establece, en lo referente a los intereses, lo que se expresa en el fundamento de Derecho número 1.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente título, en cuanto a la hipoteca constituida, con excepción de las cláusulas sin trascendencia real, y de las que establecen el vencimiento anticipado del plazo, por obligaciones accesorias y distintas del préstamo concertado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario; en el tomo 2.885 del archivo, libro 2.103 de la sección 1.ª de este Registro, folio 62, inscripción 3.ª, de la finca registral 6.776. Se deniega la inclusión en la garantía hipotecaria por costas y gastos, de otros distintos de los legalmente tasados. Así como se deniega parcialmente la inscripción de la garantía hipotecaria por intereses moratorios, en cuanto excede de 1.500.000 pesetas. Oviedo, 18 de mayo de 1996. El Registrador. Fdo. César García Arango».

III. El Procurador de los Tribunales, don Luis Álvarez Fernández, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que, conforme al