

enervación instada por el primitivo acreedor, no quiere decir que no pueda seguir adelante con la subrogación iniciada, quedando ésta dentro del ámbito de la Ley (4). El fundamento de la enervación es la protección del deudor, pues sólo habrá efectiva enervación si en el plazo de quince días se suscribe la novación modificativa consentida por el deudor y, añade LÓPEZ LIZ, que con ello se pretende facilitar el que pueda obtener unas condiciones más favorables de su acreedor. Así, se obtiene igualmente la finalidad pretendida por la Ley, que es ofrecer condiciones más favorables para el deudor en su préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo parece compartir más la tesis expuesta en primer lugar, pues considera que «la Ley 2/1994 facilita al deudor el poder iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no presta su colaboración... Si hay tal colaboración, la subrogación iniciada quedará enervada». Admite, por tanto, que el poder enervar la subrogación por el primer acreedor hipotecario es un verdadero derecho. Y para que éste sea eficaz, basta con la comunicación fehaciente y vinculante al deudor dentro del plazo de quince días señalado. No es, entonces, necesaria la formalización de la novación dependiente del deudor para que esa enervación produzca efectos, tal y como parece desprenderse de la literalidad de la Ley.

Entiendo que el razonamiento del Tribunal Supremo es absolutamente lógico y coherente con la línea argumental que se defiende, pues sólo entendiendo que la formalización se equipara a la comunicación, se respeta verdaderamente el derecho a enervar del primer acreedor hipotecario, que, de otra forma, queda «en manos del deudor». Pero me parece que puede ser una interpretación un tanto amplia de la Ley 2/1994, que siempre debe ser interpretada de forma restrictiva. Luego, creo que teniendo en cuenta esto, y la segunda tesis expuesta en virtud de la cual el deudor no tiene porqué «soportar» la enervación si la oferta vinculante, en términos generales, es mejor, surgen dudas en torno a la decisión del Tribunal Supremo, que a lo mejor debe matizarse.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DEL TITULAR.—NO ES SUFICIENTE UNA CARTA DE «CANCELACIÓN ECONÓMICA». (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE ENERO DE 2004.)

Antecedentes.—El titular dominical de una finca solicita la cancelación de la inscripción de hipoteca que recae sobre la misma, mediante la presentación de la instancia de solicitud y certificado expedido por la entidad acreedora en el que declara que el préstamo garantizado con la hipoteca ha sido cancelado económicamente.

(4) En concreto, LÓPEZ LIZ sostiene que la Ley «en absoluto dice, ni clara, ni ambiguamente, que el desaire del deudor a la oferta igualatoria de su primitiva acreedora, le impedirá acogerse a los beneficios de la subrogación que la Ley establece», véase, *ob. cit.*, pág. 131.

El Registrador rechaza la inscripción por entender que ese certificado de cancelación económica no es suficiente para cancelar, pues para llevarla a cabo es necesaria la escritura pública conteniendo el consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario; y que no puede cancelarse en virtud del artículo 82.5 LH, por no cumplirse los plazos en él establecido.

El titular del dominio recurre la calificación del Registrador.

Doctrina.—La DGRN desestima el recurso presentado, pues el principio de legalidad recogido en el artículo 3 LH, y, en particular en el 82 LH, exigen que, para la cancelación de las inscripciones hechas en virtud de escritura pública, debe otorgarse otra escritura o documento auténtico donde conste el consentimiento para la cancelación de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción. No es aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 82.5 LH, al estar constituida la hipoteca por plazo de quince años a contar desde el 10 marzo de 1982.

COMENTARIO

El problema que se aborda en esta Resolución, como bien resume el Registrador es si, pagado un préstamo garantizado con hipoteca, y certificando el acreedor que ha sido satisfecho en un documento privado, es suficiente la solicitud del dueño acompañada de este certificado para cancelar la correspondiente hipoteca; o si, por el contrario, es necesario que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a la cancelación en escritura pública como exige el artículo 82 LH.

Está claro que pagado el préstamo garantizado con hipoteca, éste se ha extinguido, y por razón de accesoriedad, con él la hipoteca que lo aseguraba. Extinguido el derecho real de hipoteca, debe cancelarse su inscripción, pues sino este derecho sigue como vigente para los terceros hipotecarios. ¿Cómo debe llevarse a cabo esa cancelación? ¿Basta para ello con presentar prueba de extinción de la obligación garantizada que, en definitiva, supone la extinción del derecho real?

Esa es la cuestión que vamos a tratar de aclarar desde estas líneas.

Pero, primero, hay que confirmar lo que mantiene el Centro Directivo, en cuanto que no cabe alegar, en este caso concreto de cancelación de hipoteca, lo dispuesto en el artículo 82.5 LH, que es una suerte de cancelación automática sin necesidad de consentimiento del titular. En él se establece que podrán cancelarse directamente, a solicitud de cualquier titular de derecho sobre la finca afectada, las hipotecas que no tengan señalado plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías; sería, en este caso, los veinte años de prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 LH). Pero no es aplicable en este supuesto, pues la hipoteca se constituyó por un plazo de quince años a contar desde su constitución, en marzo de 1982.

Desechada la posibilidad de cancelar en virtud del artículo 82.5 LH, hay que recurrir a la regla general de cancelación.

En efecto, como regla general, para llevar a cabo la cancelación de una inscripción practicada en virtud de escritura pública, será siempre necesario que el titular del derecho que se cancela, en este caso acreedor hipotecario, preste su consentimiento en otra escritura pública a tal cancelación (art. 82.1 LH).

¿Por qué para inscribir basta constatar el nacimiento del derecho y la presentación del título que recoge ese nacimiento o modificación, y, sin embargo, para cancelar es necesario, además de la extinción del derecho y su constatación, ese consentimiento extra?

Es más, en concreto, para cancelar un crédito hipotecario, extinguido por pago, el artículo 179 RH corrobora esta regla general, ya que este artículo contempla el supuesto de que, extinguida la hipoteca al hacerlo el crédito (pues ya se pagó), la sola constatación de la extinción del derecho inscrito (hipoteca), y a diferencia de lo que ocurre para practicar un asiento de inscripción, no es suficiente para poder practicar el correspondiente asiento de cancelación. ¿Por qué? ¿Cuáles son las causas de este especial requisito?

Merece la pena detenernos a examinar el porqué de esta forma especial de cancelación de crédito hipotecario recogida en el artículo 179 RH, que repite la regla general del artículo 82.1 LH.

A primera vista, parece que, extinguida la hipoteca por razón de accesoriedad al hacerlo el crédito, debería cancelarse directa y automáticamente su inscripción. Es decir, parece que lo propio sería una cancelación automática por la extinción directa del derecho, conforme a los artículos 79.1 y 82.2 LH, ya que así se desprende del propio título, bastando, entonces, para cancelar, la acreditación de que dicha extinción se ha producido, al igual que ocurre, por ejemplo, en la cancelación de extinción del usufructo.

Pero, sin embargo, el legislador opta por una solución distinta, y establece de manera clara y concreta, con un precepto destinado a ello exclusivamente, que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago del crédito que garantiza se hará mediante la correspondiente escritura pública en la que constará el consentimiento del acreedor hipotecario a ello (art. 179 RH). Este artículo está en perfecta sintonía con el artículo 82.1 LH, del cual no es sino una redundancia, y en coherencia lógica con el 174.2 RH.

¿Por qué se exige este consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de producirse una cancelación automática? ¿Cuál es la justificación del artículo 179 RH?

Haciendo un repaso a la evolución histórica y a los antecedentes legislativos en esta materia, vemos que el artículo 179 RH pone fin a las vacilaciones legales en torno a la forma de llevarse a cabo la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, ya que en 1870 se consideraba que se podía cancelar directamente, pero, más tarde, las siguientes leyes y reglamentos no dijeron nada sobre el tema. Con la aparición del artículo 179 RH se despejan las dudas, pues queda claro que esta cancelación debe hacerse por medio de una nueva escritura, conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario para la cancelación, es decir, mediante negocio cancelatorio.

En este sentido se manifiestan las Resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, que justifican y dotan de sentido al artículo 179 RH, justamente, como precepto aclarador de cómo debe practicarse la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, ante los silencios y negativas de la legislación anterior.

Unido estrechamente al motivo anterior, y como consecuencia del mismo, se encuentra el segundo de los fundamentos del artículo 179 RH: coordinar, por fin, los textos legales y reglamentarios en esta materia. Es decir, el artículo 179 RH viene a confirmar plenamente lo establecido en el artículo 82.1 LH; es una copia o repetición del mismo, y por eso se logra una perfecta coherencia y coordinación del texto legal con el reglamentario, de la cual se

careció en etapas anteriores. El artículo 82.1 LH es la regla general, y el artículo 179 RH es una concreción de la misma, que se resalta con un artículo específico para ello, por su conflictiva evolución histórica.

Asimismo, doctrinalmente se encuentra la justificación del 179 RH en la tesis que defiende la diferenciación absoluta entre los derechos reales y los de crédito. Ésta —a diferencia de la tesis de la accesoriedad— considera que el derecho real de hipoteca es tan distinto del crédito que garantiza, que, aunque éste se extinga por pago, la hipoteca no lo hace automáticamente, sino que va a necesitar, además, otras formalidades. La extinción y consecuente y necesaria cancelación del derecho real —por implicar una enajenación— requiere en el sujeto que la lleva a cabo una capacidad mayor, la de enajenar, y en consecuencia, unos requisitos especiales. Esto se debe a que la persona que puede extinguir el crédito recibiendo el pago, no siempre puede cancelarlo, pues es necesario que tenga esa capacidad de enajenar y que consienta, además, en esa cancelación (1). Congruentemente, el artículo 179 RH, corroborando esta doctrina, exige un requisito más para cancelar la hipoteca: la necesidad de que el acreedor hipotecario —con capacidad para enajenar— preste el consentimiento a esa cancelación, sin que se pueda cancelar automáticamente la hipoteca que garantizaba el crédito que previamente se extinguió. Las palabras de ROCA SASTRE (2) resumen perfectamente esta idea: «si se parte de la diferenciación enérgica entre el crédito y la hipoteca, a base de que uno y otra son entidades respectivamente pertenecientes al campo de las obligaciones y al de los derechos reales, la conclusión será que el pago del débito garantido sólo extingue la obligación, y que, por consiguiente, la extinción del derecho real de hipoteca requiere un acto especial de cancelación. Entendido así, el consentimiento del acreedor será indispensable».

Sin embargo, en torno a esta explicación surgen dudas y puntos oscuros que no aclara suficientemente: La separación entre los derechos reales y los de crédito en relación con la extinción de crédito hipotecario por pago implica que, para extinguir uno y otro, es necesario seguir procedimientos distintos. En concreto y tal como ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia registral, la diferenciación entre ambos implica dos cosas: 1) para extinguir un derecho real frente a todos es necesario cancelarlo con el consentimiento del acreedor hipotecario a tal efecto —negocio jurídico cancelatorio—, no siendo suficiente una cancelación automática en virtud de accesoriedad del derecho de garantía respecto al crédito, pues tal cancelación supone un desprendimiento de derechos, cuyo titular debe, consecuentemente, consentir. 2) En segundo lugar, ese consentimiento cancelatorio debe prestarse por el acreedor hipotecario —titular—, que debe tener la capacidad suficiente para enajenar o disponer, pues la cancelación equivale a disposición. De este modo, como se ha reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia registral, el que

(1) La doctrina considera que así ha interpretado la DGRN el artículo 179 RH: Cfr. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV-2.º (1968), Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 1118-1120; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 342-345; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 92; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 467.

(2) Cfr. ROCA SASTRE, R. M., «Derecho Hipotecario», IV-2.º (1968), *ob. cit.*, pág. 1119.

está capacitado para cobrar créditos —y por tanto extinguirlos— no tiene porqué estar capacitado para cancelar el derecho real de hipoteca que lo asegura, ya que la propia naturaleza de la cancelación exige una capacidad y requisitos especiales en la persona que la lleva a cabo.

Pues bien, el artículo 179 RH corrobora la doctrina de la distinción entre los derechos reales y los de crédito en cuanto que exige un consentimiento «extraordinario» y necesario para cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago. Se rechaza, gracias a este artículo, la cancelación automática, que implica la extinción y cancelación de la hipoteca, directamente, al extinguirse el crédito por razón de su accesoriedad (3). Pero, sin embargo, en este artículo 179 RH no se encuentra nada que dé pie o justifique la necesidad de una capacidad especial o mayor en el acreedor hipotecario para cancelar el derecho real de hipoteca que garantiza la obligación ya pagada. En efecto, nada dice este artículo acerca de la capacidad necesaria para llevar a cabo tal cancelación, y, además, en este caso concreto de cancelación de hipoteca por haberse pagado el crédito asegurado, no se puede aplicar la regla general —tal y como hace la jurisprudencia y doctrina registral— de que para cancelar debe tenerse la capacidad de disposición, —pues la cancelación implica una enajenación—. Y esto no es posible, ya que para cancelar un crédito hipotecario extinguido en virtud del pago de la obligación, basta y es suficiente la capacidad de administrar sus bienes, al igual que para cobrar y extinguir el crédito.

Por eso, se puede decir que la doctrina está confundida cuando justifica el artículo 179 RH en la separación entre derechos de crédito y reales, lo que lleva a exigir distintas capacidades para extinguir uno y otro. Esto no es así, pues la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago necesita y exige la misma capacidad que el propio pago. Es decir, para recibir el pago y para cancelar el crédito extinguido por pago se requiere la misma capacidad, que es la de administrar. La razón de esto es que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago es un acto debido: una vez pagado el crédito por el deudor, corresponde al acreedor recibir ese pago y cancelar el crédito hipotecario, pues sino se perjudica al deudor. Al acreedor no le queda más remedio que cancelar la inscripción del crédito hipotecario cuando se pagó y se aceptó dicho pago; su voluntad no interviene, la cancelación es, en este caso especial de extinción por pago, un acto debido del acreedor, y por eso le basta con la misma capacidad que para recibir el pago: la de administrar, y no necesita una capacidad mayor. Si el acto determinante de la cancelación es un negocio de disposición, tendrá que reunir los requisitos del negocio dispositivo y se exigirá una capacidad de disposición en el cancelante (vgr. en la renuncia a la hipoteca), pero la cancelación por pago de la obligación garantizada no es un acto voluntario sino forzoso para el acreedor. Al igual que el cobro de ese pago, la cancelación no es un negocio dispositivo y, por consiguiente, no exige una capacidad de disposición para llevarla a cabo, sino que le basta la de administrar sus bienes que, como ya se ha dicho, es también la necesaria para cobrar ese crédito.

Concluyendo, debido a la naturaleza de acto debido del pago y, por supuesto, de la cancelación correspondiente, la capacidad que necesita el acree-

(3) Por eso, considero que uno de los fallos de la teoría de la accesoriedad es que no justifica suficientemente la necesidad de un consentimiento cancelatorio para poder cancelar efectivamente el crédito hipotecario.

dor hipotecario para cancelar es la de administrar. Esto queda confirmado y es la única explicación posible a los supuestos recogidos en el artículo 178.2 y 5 RH. En estos preceptos se contemplan los casos en los que tanto los padres en representación de sus hijos menores, como el cónyuge a cuyo nombre esté inscrita la hipoteca ganancial, pueden cancelar los respectivos créditos hipotecarios teniendo solamente la capacidad de administrar sus bienes.

Corroboran esta idea las RRDGRN de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964 que, pese a poner de manifiesto la distinción entre el derecho de crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, y a proclamar que, por regla general, la capacidad necesaria para cancelar es la de enajenar, concluyen que, en los casos contemplados —de extinción de la obligación garantida por pago—, basta en el acreedor hipotecario la capacidad de administrar sus bienes. Asimismo, parte de la doctrina se hace eco de esta misma idea, poniendo de manifiesto la especialidad de la cancelación del derecho real de hipoteca o crédito hipotecario, cuando se haya extinguido por pago el crédito que garantizaba, ya que, entonces, basta la capacidad de administrar, pues, por el carácter de acto debido de la cancelación, quien puede cobrar puede cancelar (4).

Por tanto, en el artículo 179 RH se exige cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago mediante una escritura pública conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de automáticamente, confirmando, así, la tesis de la diferenciación entre el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca que lo garantiza, que exigen distintas formas de extinción, y rechazando la teoría de la accesoriedad. Pero, sin embargo, puede cancelarse esa hipoteca sin tener la capacidad de enajenar, tal y como parece exigir la tesis de la distinción entre los derechos reales y los de crédito. Como consecuencia, tampoco se puede justificar plenamente el artículo 179 RH en esa teoría, pues este artículo no exige la capacidad que sería necesaria para cancelar según la misma, aunque sí se pone de relieve que el derecho real de hipoteca es distinto del crédito ordinario y no accesorio, pues requiere medidas especiales de cancelación.

Al llegar a este punto, conviene recapitular y plantearse cuál será, entonces, la razón o justificación del artículo 179 RH.

La razón última del consentimiento exigido en el artículo 179 RH no es otra que la excesiva protección que se pretende dar al titular registral. De manera que ningún acto relativo al derecho del cual es titular pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación. Esto es, lógicamente, consecuencia de un desarrollo extremo del principio de legitimación registral, y no tanto de la diferenciación entre los derechos reales y los de crédito que, como ya se ha visto, tiene sus excepciones.

Concluyendo, la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago deberá hacerse mediante otra escritura pública en la que conste el consentimiento del acreedor hipotecario (titular registral), como consecuencia de la

(4) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, pág. 512; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, págs. 467 y 545; AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 552-553; BONILLA ENCINA, J. F., «Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración», en *RCDI*, 1981, pág. 550; ZUMALACÁRREGUI, T., *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, págs. 339-341.

aplicación estricta del principio de legitimación, que trata de proteger, sobre todo, a ese titular registral, bastando para ello la capacidad de administrar sus bienes.

Además, este artículo 179 RH, está en perfecta consonancia con el 82.1 LH, que es la regla general de las cancelaciones, así como con el 144 y el 174.2 RH, que repiten y confirman los artículos citados. El conjunto de todos ellos establece la regla general de cómo llevarse a cabo una cancelación registral, exigiendo el consentimiento del titular del derecho que se pretende cancelar, pues no se puede privar al titular registral de un derecho suyo sin su consentimiento.

Ese es el verdadero sentido o justificación del consentimiento especial que se exige al titular registral para cancelar el asiento que contiene su derecho. Parece que esa cancelación implica la disposición o pérdida definitiva y frente a todos de su derecho, lo cual debe conllevar siempre una medida especial para evitar esa pérdida en contra de su voluntad.

La Dirección General hace bien en confirmar, una vez más, esta idea, exigiendo ese consentimiento especial cancelatorio, tal y como requiere la Ley. Y no da cabida a nuevas cancelaciones más rápidas o automáticas, que los textos legales no contemplan, pero que, a lo mejor, la práctica y la rapidez que parece imponerse en los últimos tiempos en el tráfico, sí que lo están reclamando.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

DIFERENCIA ENTRE UNA DONACIÓN MORTIS CAUSA Y UNA DONACIÓN SIMPLE INTER VIVOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JULIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia, P. Z. I. interpuso demanda contra su hermano E. Z. I. y contra la herencia yacente de L. I. A. y J. S. L., solicitando que antes de proceder a la liquidación y partición de dicha herencia debería tenerse en cuenta el crédito de la demandante contra dicha herencia por importe de quince millones de pesetas y abonársele, siendo el resto de la herencia de dicho demandado, asimismo se solicita la condena en costas del juicio.

El demandado contesta a la misma y formula a su vez reconvencción y solicita, en primer lugar, que se declare nulo e inexistente el contrato supuestamente suscrito por L. I. A., sobre el que se basa la demanda, por falta de consentimiento de la suscribiente al concurrir dolo grave en su obtención, o subsidiariamente, error en el objeto o en los motivos de su celebración. El mencionado contrato es nulo e inexistente porque carece de causa o es esta ilícita, al tratarse de un contrato simulado que encubre una donación, que igualmente tiene causa ilícita, por burlar la prohibición de disponer de la legítima.

De forma subsidiaria para el caso de que no se admitieran los anteriores pronunciamientos, se pide que se declare nula la donación encubierta con el