

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. PROCEDE PRACTICAR EL ASIENTO DE CANCELACIÓN DE HIPOTECA SI LA ESCRITURA, ADEMÁS DE CONTENER CLÁUSULA DE CARTA DE PAGO O DE ESTAR REINTEGRADO DEL PRÉSTAMO EL ACREEDOR, INCLUYE LA EXPRESIÓN DE QUE ÉSTE CANCELA LA HIPOTECA, SIN QUE SE REQUIERA NINGUNA FÓRMULA SACRAMENTAL EXPRESA DE SOLICITAR O CONSENTIR EL ASIENTO DE CANCELACIÓN.

Resolución de 22 de agosto de 1978 (B. O. del E. de 9 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Puente la Reina el 27 de enero de 1978 ante el Notario don Pedro Soler Dorda, con el número 14 de protocolo, la Caja de Ahorro de Navarra, representada por don Manuel Osés Astiz, declaró estar reintegrada de un préstamo que en su día concedió la expresada Entidad y, en consecuencia, canceló la hipoteca que garantizaba el pago de aquél.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Pamplona primera copia de la referida escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción, por observarse el defecto, que se estima insubsanable, de no prestar el acreedor el consentimiento que, para la práctica de la cancelación, exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y reitera el 179 del Reglamento para su ejecución».

El Notario autorizante de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción y alegó: Que los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento no exigen al acreedor hipotecario que manifieste su voluntad cancelatoria utilizando ineludiblemente las mismas palabras empleadas por el legislador; que en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del acreedor hipotecario, en el sentido de que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su voluntad de cancelar; que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ponen de relieve que la voluntad cancelatoria no requiere fórmulas especiales, y así la de 8 de octubre de 1886 estimó válida, a estos efectos, la manifestación por la que se declaraba totalmente extinguida la hipoteca; que igualmente válidas fueron declaradas las expresiones de que se entendiera liberada la finca gravada con la hipoteca (Resolución de 10 de diciembre de 1889) y la de que «Cancela y deja sin ningún valor ni efecto de hipoteca constituida a su favor sobre la misma finca» (Resolución de 28 de junio de 1909); que la escritura calificada no se limita a dar carta de pago, sino que el representante de la Entidad acreedora manifiesta su voluntad cancelatoria, es decir, ni calla respecto a la cancelación, ni dice «no cancela», sino que expresamente dice «cancela», con lo que exterioriza la voluntad de cancelar; que el artículo 178, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario establece que podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por menores emancipados, no empleando el legislador aquí la palabra «consiente», sino que habla sólo de cancelaciones otorgadas; que el artículo 213 del mismo Reglamento dice que «los herederos podrán cancelar...», de donde se deducirá, siguiendo el razonamiento del Registrador, que el heredero del titular registral es de mejor condición que éste, puesto que podrá emplear indistintamente las fórmulas «consiente la cancelación» (art. 82 de la Ley Hipotecaria), o bien simplemente «cancelo» (art. 213 del Reglamento Hipotecario), mientras que según la nota resumida, el titular registral sólo puede emplear la expresión «consiento la cancelación»; que los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento abonan la tesis del recurrente.

El Registrador informó que en ningún momento ha exigido el empleo de las mismas palabras utilizadas por el legislador, sino que, de una forma u otra, el acreedor dé su conformidad o exprese su consentimiento para que el Registrador extienda el asiento de cancelación, lo que es distinto a la simple manifestación de cancelar la hipoteca; que si la hipoteca quedase cancelada por esta lacónica declaración de voluntad del acreedor hipotecario, holgaría la extensión del asiento de cancelación; que en la práctica notarial, las escrituras de cancelación de hipoteca contienen una declaración de voluntad relativa a la práctica del asiento de cancelación; que en la escritura calificada se aprecia la existencia de una declaración de voluntad de cancelar, pero, en cambio, no figura ninguna dirigida a consentir el asiento de cancelación, que son cosas totalmente distintas; que las resoluciones invocadas por el Notario recurrente son anteriores al término inicial de vigencia del artículo 179 del Reglamento Hipotecario invocado por el informante en la nota de calificación, fragmentarias en cuanto a su cita, y no encajan perfectamente en el caso del presente recurso; que, por el contrario, es de destacar la Resolución de 23 de agosto de 1900 en la que se declara que el simple pago no puede producir la cancelación de la Hipoteca en el Registro, siendo necesario para ello obtener el consentimien-

to expreso del acreedor hipotecario, el cual podía deducirse de los términos del acuerdo tomado por la Entidad acreedora para interponer el recurso, pero que por causas que se desconocen se abstuvo dicha Entidad de consignar que consentía expresamente en tal cancelación; que el modelo XV, anejo al Reglamento Hipotecario, relativo a la cancelación extensa de hipoteca, dice que «la inscripción de crédito hipotecario se cancela totalmente por haber satisfecho el deudor al acreedor el capital con sus intereses, y consentir éste expresamente en la cancelación», que la alegación por el Notario recurrente de los artículos 178, párrafo, 3.º y 213 del Reglamento Hipotecario es improcedente a los efectos del presente recurso por cuanto que en ellos se regulan cuestiones de capacidad, pero nada se dice en ellos sobre la forma en que las personas que cita deberán prestar su consentimiento para la cancelación, siendo así que en la nota resumida no se discute un problema de capacidad o de autorización para cancelar, sino que sólo se sostiene la falta de consentimiento; que de igual manera es improcedente la alegación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador aduciendo que si bien es cierto que una cosa es la extinción de la hipoteca por el pago del préstamo al que sirve de garantía, y otra su traducción registral mediante la cancelación, y que ésta no puede ser hecha por el acreedor, pues sólo puede consentir a que la practique el Registrador, es también verdad que el propio legislador no sigue esta última distinción, según se demuestra en los artículos 178, párrafo 3.º, y 213 del Reglamento Hipotecario; que el verbo cancelar, dentro del campo jurídico, tiene un sentido inequívoco referido siempre a la extinción de un asiento registral, que, por tanto, la expresión «cancelar» tiene un significado claro tendente a obtener en el Registro dicha extinción, corroborado en este caso por la posterior presentación de la escritura en el Registro con tal fin; que el objeto perseguido por las normas hipotecarias en que se basa la nota denegatoria, al que hay que estar de conformidad con el artículo 3.º del Código Civil, es la constancia de la declaración de voluntad del acreedor de poner fin al asiento que le favorece y este propósito resulta patente de las palabras empleadas, cualquiera que sean los reparos terminológicos que puedan ponerseles.

Interpuesta apelación por el Registrador contra el Auto presidencial, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—El problema planteado en este recurso se concreta a dilucidar si la expresión empleada en la escritura motivadora del mismo por el representante de la Entidad acreedora de que «da carta de pago, es decir, declara estar reintegrada del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca» es suficiente como expresión del consentimiento del acreedor exigido para la cancelación por los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento.

Ninguno de estos dos artículos exigen en su cumplimiento formalidades de carácter sacramental, sino sólo la constancia en la correspondiente es-

(1) VISTOS los artículos 3 del Código Civil, 82 de la Ley Hipotecaria, 178, 179 y 213 de su Reglamento y las Resoluciones de este Centro de 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909.

critura de la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria.

Los preceptos de referencia no aluden a la forma del consentimiento por lo que la expresión recogida en la escritura calificada, y ahora discutida, viene a constituir una modalidad de prestación del mismo.

Una interpretación teleológica, abonada por el artículo 3.º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos, permiten llegar a la conclusión de que la utilización de la expresión «Cancela la hipoteca» suministra al Registrador una base suficiente para apreciar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 82, por cuanto con ella se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en la escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta.

La cancelación, en Derecho Inmobiliario Registral, tiene un significado preciso y concreto, referido a obtener la extinción de un asiento registral, y por eso la escritura denominada de «carta de pago y cancelación de hipoteca» con la expresión discutida y contenida en ella ha de entenderse en tal sentido y no en otro.

Estas afirmaciones vienen avaladas por las expresiones que el propio legislador utiliza en los artículos 178, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, que alude a las «cancelaciones otorgadas por los menores», 213 del mismo texto legal, que establece que «los herederos podrán cancelar...», o en el artículo 46, párrafo 3.º, de la Compilación Catalana: «la mujer podrá cancelar...»

COMENTARIO.—A) La nota de calificación denegó por no prestar el acreedor el consentimiento que exigen el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y el 179 de su Reglamento. Si tenemos en cuenta que en la escritura el representante de la Entidad acreedora daba carta de pago, es decir, declaraba estar reintegrado del préstamo y, además, cancelaba la hipoteca, no hay duda de que el Registrador interpretaba los preceptos citados en el sentido de que el consentimiento que exigen debe ir directamente referido al asiento registral, de manera que el acreedor hipotecario debe consentir o pedir expresamente el asiento de cancelación de la inscripción de crédito hipotecario. En su informe queda esto claro cuando dice que son cosas totalmente distintas la simple manifestación de cancelar la hipoteca y la declaración de voluntad dirigida a consentir el asiento de cancelación. En otras palabras, el Registrador entiende que los indicados preceptos hipotecarios exigen el consentimiento formal de que tanto se habla, aunque tiene buen cuidado de no mencionar este principio.

El Notario, si saca a relucir el tan traído y llevado consentimiento formal, afirmando que está reflejado en la escritura, desde el momento en que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada, su voluntad de cancelar; cita a su favor varias resoluciones de la Dirección que luego recogería el Vistos; insiste en que el representante de la Entidad acreedora no se limitó a dar carta de pago, sino que manifiesta su voluntad cancelatoria y termina con consideraciones terminológicas extraídas de los mismos textos legales para demostrar que éstos identifican la simple expresión cancelar con la de consentir el asiento de cancelación.

El Registrador, en su informe, después de aclararnos el sentido que daba al artículo 82 de la Ley, conforme vimos, alega que las resoluciones

invocadas por el Notario son anteriores al actual artículo 179 del Reglamento y no encajan perfectamente en el caso, destaca, en cambio, la de 23 de agosto de 1900, cita el Modelo XV de los anejos al Reglamento y rechaza la alegación de los textos reglamentarios citados por el Notario recurrente, por cuanto regulan cuestiones de capacidad, pero nada sobre la forma de otorgarse el consentimiento de cancelación.

El Presidente de la Audiencia dice que, aunque una cosa es la extinción de la hipoteca y otra su cancelación en el Registro, no hay duda de que cuando se habla de cancelar una hipoteca resulta clara la voluntad de referirse a la cancelación del asiento registral. Y la Dirección General, en seis claros y breves considerandos, que no es necesario glosar, justifica la revocación de la nota. El considerando fundamental es el cuarto, cuando, en relación con el tercero, afirma que la utilización de la expresión «cancela la hipoteca» es base suficiente para apreciar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 82.

Si el considerando terminase aquí, todos hubiésemos quedado contentos, incluso el Registrador de Pamplona, al que en ningún momento se le nota entusiasmo ninguno por el principio del consentimiento formal.

Pero, desgraciadamente, el considerando termina afirmando que con la expresión «cancela la hipoteca» se cumple el objetivo perseguido por el legislador de que en la escritura conste la voluntad de la persona a quien perjudica la cancelación, dirigida a la consecución de ésta. Es claro que si la voluntad del legislador en el artículo 82 fue que en la escritura constase la voluntad del acreedor hipotecario dirigida a la consecución del asiento registral de cancelación entonces es porque dicho artículo exige un consentimiento formal o tabular directamente referido al asiento registral y entonces el Registrador tenía razón porque tal consentimiento no aparecía expreso en la escritura.

La frase final del considerando cuarto, que parece entender que el consentimiento dirigido al asiento de cancelación es lo que exige el artículo 82, 1.º—aunque estime suficientemente expresado tal consentimiento con la frase por la que el acreedor hipotecario «cancela la hipoteca»—cae en la trampa del consentimiento formal y deja abiertos dos graves interrogantes: 1.º Si la frase de la escritura, y alguna otra similar, pueden estimarse expresivas de un consentimiento compendioso que incluye tanto el material de extinción del derecho real como el formal de cancelación del asiento registral, o si es sólo expresiva del formal. 2.º Si una frase más claramente referida sólo al material, como sería la de dar por extinguida la hipoteca y libre la finca de ella, sin referencia ninguna al asiento de hipoteca, ni a la cancelación, hubiese sido insuficiente para cancelar. En mi opinión, la Resolución de 28 de junio de 1909 (2) era algo más clara para deducir que

(2) La Resolución de 28 de junio de 1909 versó sobre una escritura en la que el acreedor hipotecario se limitaba a declarar que hallándose reintegrado del capital e intereses, cancela y deja sin efecto la hipoteca. El Registrador practicó cancelación parcial en cuanto al capital e intereses y no en cuanto a las costas explicando después en el informe, cosa que no había hecho en la nota, que sólo había practicado la cancelación respecto a los dos primeros conceptos porque sólo a ellos se refería la escritura. La Dirección entendió que estaba clara la escritura en el sentido de que la cancelación era total, disponiendo que para ésta es suficiente la expresión: «hallándose (el acreedor hipotecario) reintegrado por completo del capital e intereses, cancela y deja sin valor y efecto la hipoteca constituida en su favor sobre la misma finca», la que queda libre de toda responsabilidad por este concepto.

Las otras dos Resoluciones alegadas por el Notario y recogidas en el Vistos son las siguientes:

La Resolución de 8 de octubre de 1886, que consideró suficiente para cancelar por implicar el consentimiento exigido por el artículo 82, 1.º, el declarar el acreedor totalmente extinguida la obligación hipotecaria y autorizar a la deudora para que pidiera la cancelación en el Registro, lo cual, lejos de

es más importante y menos apto para estimarle dado implícitamente, el material que el formal.

El problema concreto del recurso es la relación existente entre el consentimiento material de extinción del derecho de hipoteca y el formal de cancelación del asiento, para determinar cuál de los dos, si es que son distintos y separables, debe estimarse por el Registrador como condición *sine qua non* del asiento de cancelación. No obstante, dada la situación en que se encuentra el tema del consentimiento cancelatorio en nuestra doctrina, tendremos que hacer referencia a problemas conexos que se estudian frecuentemente confundidos.

B) 1. ROCA SASTRE, si prescindimos de la breve referencia que hace a la distinción entre el consentimiento material y el formal al estudiar el sistema registral alemán (3), trata en tres lugares principalmente la cuestión del consentimiento de cancelación: a) Al estudiar la inscripción y la causa, fatigado acaso por su triunfal lucha contra los mantenedores del negocio abstracto inmobiliario y contra los simpatizantes con el consentimiento formal en nuestro sistema, al llegar al consentimiento formal de cancelación se rinde y termina admitiendo que hay que reconocerle actualmente en el artículo 82, 1.º, de la Ley (4). A partir de esta rendición y este reconocimiento invierte los términos en que sería lógico hacer la glosa y el análisis de dicho precepto, haciendo la mera enumeración de los caracteres del consentimiento formal, fijados apriorísticamente o por mera traducción del sistema alemán (unilateral, recepticio, carente de expresión causal, sin que ello signifique que sea abstracto y constitutivo de un negocio de disposición), en lugar de analizar las múltiples posibilidades que para el consentimiento y el negocio cancelatorio permiten los inexpressivos términos literales del precepto y sus concordantes. Es excesivo atrevimiento por mi parte opinar que en algún momento da la impresión de mezclar indebidamente el consentimiento material extintivo del derecho y el formal cancelatorio del asiento sin perfilar completamente la relación entre ellos. b) Al tratar del asiento de cancelación, afirma que éste puede expresar o no la causa que la origina, porque a veces la causa es el sólo consentimiento puramente cancelatorio, o sea, lo que se estima como un excepcional supuesto de aplicación del llamado principio de consentimiento formal (5). De esta manera, entiendo que la cancelación «ex art. 82, 1.º», sería un tipo especial de cancelación abstracta o sin expresión de la causa

ser un mero apoderamiento, es una manera de consentir en la extinción de la hipoteca, que ya no tiene objeto por haberse satisfecho la obligación.

Y la Resolución de 10 de diciembre de 1889, que estimó suficiente para cancelar la escritura en la que el acreedor manifestaba clara y explícitamente que su crédito estaba pagado y por ello la otorgaba al acreedor para que le sirviera de carta de pago y mediante ella se entendiera liberada la finca, porque esto es en esencia lo mismo que consentir en la cancelación de la hipoteca, dado que a los efectos de la Ley no queda la finca liberada del gravamen mientras no se extinga su inscripción, y el artículo 82 sólo exige para la cancelación que conste en escritura o documento auténtico el consentimiento de la persona a cuyo favor esté extendida la inscripción, que si recae de un modo indudable sobre la extinción del asiento es bastante a los fines del artículo, cualquiera que sea la forma que el interesado hubiese usado para expresarla.

Vemos que ambas resoluciones, igual que la de 28 de junio de 1909 y la que ahora comentamos, se limitan a decidir si los términos concretos de las escrituras en cuestión implican el consentimiento exigido por la Ley hipotecaria, sin entrar en profundos distinguos entre el consentimiento material y el formal. Más bien cabe deducir de ellas que van indisolublemente unidos. Sólo en la que nos ocupa hay una leve tendencia a estimar que la escritura se declara apta para producir la cancelación porque hay consentimiento para la cancelación del asiento, si bien por medio de una frase que acaso fuese más apropiada para referirse a la extinción del derecho.

(3) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, I, págs. 162 y 163.

(4) En la obra citada, II, págs. 61 a 102, 102 a 107 y 107 a 112, respectivamente.

(5) En la obra citada, tomo III, págs. 235 y ss.

y dicha norma dejaría de ser el básico en materia de cancelación con consentimiento del titular. c) Por último, al tratar de la extinción de la hipoteca y de las formalidades de su cancelación (6), estudia con relativa extensión el supuesto de la cancelación por extinción de la obligación garantizada, principalmente por pago; pero como da por estudiado todo lo referente al consentimiento cancelatorio, no llega a plantearse el problema concreto de nuestra Resolución.

2. SANZ (6 bis), aunque opina que el consentimiento formal de cancelación cabe mantenerle en base al artículo 82, 1.º, cree que en materia de inscripciones y cancelaciones hay que coordinar el artículo 82 con los artículos 79 y 80 de la misma Ley y la manifestación de voluntad cancelatoria no es una renuncia del asiento (posible en materia de anotaciones preventivas), sino la constancia de la desaparición del derecho.

SANZ nos deja de esta manera sin desentrañar del todo el sentido del artículo 82, en torno a la pregunta crucial de si una escritura que contenga exclusivamente cláusula de consentimiento formal (consentimiento de cancelación de determinado asiento) es suficiente para provocar la cancelación de un asiento de derecho real y concretamente de una inscripción de crédito hipotecario que es lo que ahora nos interesa. Por otra parte, tampoco lleva a sus últimas consecuencias la distinción causa de la cancelación (que ha de constar) y causa de la extinción del derecho (que no es preciso expresar).

3. Como en otros casos, resulta útil para diagnosticar conflicto doctrinal pendiente en este tema, la comparación entre el LACRUZ (7) y el LACRUZ-SANCHO (8). En ambas obras se dice que la regulación de la cancelación difiere respecto a la inscripción por cierta independencia que la Ley establece entre la extinción del derecho y la cancelación, y despreocupándose de la exactitud del Registro, estima eficaz la mera voluntad de cancelar sin cerciorarse de si la eliminación del asiento coincide o no con la desaparición del derecho, como sucede en los supuestos de consentimiento formal, en los que se hace abstracción de si la extinción tuvo o no lugar en la realidad. Y añaden que generalmente la cancelación publica una extinción del derecho, pero no hay que excluir la posibilidad de que no sea así.

Pero más adelante observamos cambio en un pasaje importante. Glosando el artículo 82, 1.º, LACRUZ decía que regula la cancelación por consentimiento del perjudicado y que éste puede ser un acto causal y bilateral, pero también puede ser una declaración abstracta y unilateral, aunque recepticia, en la que no es preciso probar la aceptación del favorecido porque se dirige sólo a suprimir la eficacia del asiento y no del derecho. En cam-

(6) *Obra citada*, tomo IV, vol. 2.º, págs. 1117 y ss. ROCA estudia aquí la evolución histórica que va desde los artículos 67, 70 y 72 del Reglamento de 1870 hasta el 179 del vigente, pasando por la antigua Resolución de 20 de octubre de 1875, que inició la corriente contraria al acta notarial, y por las más recientes de 8 de enero de 1921, 27 de septiembre de 1924, 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936, etc.

(6 bis) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, páginas 26 a 33. Aunque, en definitiva, SANZ no sirva para resolver el caso concreto planteado en el recurso, hay que reconocerle al menos gran cautela en la implantación del consentimiento formal en nuestra Ley.

(7) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, páginas 333 y ss.

(8) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, págs. 285 y ss.

bio, el LACRUZ-SANCHO, después de citar a ZUMALACÁRREGUI, acaso alertados por su trabajo, dicen simplemente que la prestación de consentimiento del perjudicado puede ser un acto bilateral dirigido a la extinción del derecho o también un acto unilateral, como en el caso de renuncia, y continúan adhiriéndose a la opinión de ZUMALACÁRREGUI, afirmando que no es preciso un consentimiento cancelatorio distinto del dirigido a la supresión del derecho inscrito (art. 174, 2.º, del Reglamento en relación con el artículo 174, 1.º, del mismo). A pesar de ello, insisten en que al amparo del artículo 82, 1.º, de la Ley cabe también una declaración abstracta y unilateral encaminada de modo exclusivo a eliminar la eficacia del asiento, no del derecho.

La opinión de estos autores consiste, al parecer, en hacer del consentimiento formal requisito suficiente para la cancelación; pero no necesario cuando la escritura contiene consentimiento material de la extinción del derecho. De todas maneras, las diferencias entre los dos textos, las imprecisiones sobre causa y abstracción de la causa en uno y otro consentimiento y la interferencia de la bilateralidad y unilateralidad, que acaso sea otra cuestión, hacen que en este punto LACRUZ no pueda estimarse tan decisivo como acostumbra (9).

4. La arribada de los causalistas discípulos de DE CASTRO al Derecho hipotecario trae planteamientos distintos en el tema del consentimiento cancelatorio. Una conferencia de DÍEZ PICAZO (10) nos explicó los problemas subyacentes en tres mitos hipotecarios para convertirlos en ideas jurídicas actuantes. Su estudio es imprescindible para analizar el supuesto del recurso, pero la relación práctica entre el consentimiento sustantivo y formal de cancelación desde el punto de vista de la calificación del Registrador no resulta directamente planteada.

El mito del consentimiento formal, aisladamente atacado, es presa fácil para DÍEZ PICAZO. Nuestra Ley de 1861 mal podía recoger una norma particularísima de la Ordenanza registral alemana—que desborda el mismo B. G. B.—en un artículo cuyo texto presenta tanto parecido con el artículo 2.157 del «Code» (11). En los tratados españoles hasta los trabajos

(9) Cuando LACRUZ y SANCHO REBULLIDA tratan, en general, del principio del consentimiento, la causa y el consentimiento formal (págs. 146 y ss. de la obra últimamente citada) tampoco despejan la cuestión de la interrelación entre consentimiento material y formal en nuestro sistema. Siguiendo a URSICINO ALVAREZ consideran inscribible, en base al artículo 1.277 del Código, el negocio jurídico de transmisión cuya causa no aparezca en el documento (como si manifestado que transfirió la finca a Primus y no digo si por venta, donación, etc.), porque ni del artículo 2 ni del 9 de la Ley hipotecaria resulta la exigencia de la causa. Apurando aún la tesis dicen que seguramente (¿probablemente?) es posible en determinados casos la toma de razón de escrituras que no contienen ningún cambio real y si solamente la declaración de voluntad de provocar un asiento, hecha por el perjudicado por el mismo. Es verdad que inmediatamente dicen que esto se halla restringido a la cancelación y que resulta del artículo 82, 1.º, de la Ley al hablar de consentimiento para la cancelación; pero lo cierto es que LACRUZ lleva a sus últimas consecuencias la aplicación del consentimiento formal (al menos en la cancelación), en el que —dicen—«se juega exclusivamente con el folio», prescindiendo de la transmisión, constitución, modificación, etc., del derecho real, cancelándose el asiento que lo publica sin decir por qué ni siquiera si el derecho continúa subsistente o se ha extinguido. Creo que la mejor manera de impugnar tan extrema y anticausalista posición en la interpretación del artículo 82 de la Ley es aprovechar sus mismas palabras que hemos entrecomillado y mantener que con el folio registral no se debe jugar.

(10) Publicada en esta Revista, núm. 462, septiembre-octubre de 1967, pág. 1263: «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación».

(11) Para desentrañar el sentido del artículo 82 de nuestra Ley tampoco es suficiente decir que se inspiró en precedentes franceses, si bien extendiendo una norma prevista para privilegios e hipotecas a la cancelación de derechos reales de todo tipo. La verdad es que el sistema cancelatorio francés tampoco resulta muy claro si nos limitamos a los artículos 2.157 y 2.160 del «Code», dedicados a la cancelación de las inscripciones (*radiation*) y a la simplicidad con que el tema aparece en tratados generales, como el MARTY y RAYNAUD, por ejemplo. La primera muestra de este simplismo es la alegría con la que emplean indistintamente los términos *radiation* y *mainlevée*, y a partir de aquí podemos ob-

de don JERÓNIMO nunca se habló del consentimiento formal al comentar el artículo 82 de la Ley. Pero el que este principio no pueda ni deba estar recogido en este precepto legal no obliga a dar por segura alguna conclusión de DÍEZ PICAZO, como la de que la cancelación de hipoteca por pago de la deuda garantizada deba ser trasladada totalmente del apartado 1.º al 2.º de dicho artículo por tratarse de una extinción por declaración de la Ley.

Para acabar con el mito del carácter abstracto del negocio cancelatorio, da por supuesto, sin prueba alguna como LACRUZ, que el acreedor hipotecario puede limitarse a declarar que consiente la cancelación del asiento y no decir nada más, y estima que esto no es especialidad, sino principio general previsto en el artículo 1.277 del Código, que no obsta a que el negocio cancelatorio si, en definitiva, resultase sin causa, con causa ilícita o falsa, sería ineficaz, porque no es abstracto, sino causal, como constata la práctica jurídica en la cual siempre se hace referencia a la causa. No estoy tan seguro de que del contexto de la Ley resulte que el Registrador ha de admitir la cancelación sin expresión de causa y haya de esperarse a que el Juez declare la ineficacia del negocio cancelatorio. Además hay que distinguir los supuestos de que la escritura contenga el consentimiento de extinción del derecho solamente o el consentimiento de cancelación del asiento solamente.

Aún menos esfuerzo le cuesta acabar con el mito del negocio de disposición. Pero opino que frente a la doctrina, jurisprudencia registral y Reglamento Hipotecario, referida a materias concretas de capacidad para cancelar, y frente al grave problema de la estructura del negocio cancelatorio de la hipoteca por pago del crédito, no basta la afirmación de que conocida y examinada la causa, deben separarse los negocios que reúnen la declaración de voluntad extintiva del derecho y la cancelatoria del asiento, que sí son dispositivos y aquellos en los que el derecho real está previamente extinguido y el titular se limita a consentir la cancelación, que son meros «actos debidos» según la terminología de CARNELUTTI.

Como dijimos al principio, en el trabajo de DÍEZ PICAZO, que tuvo el indudable mérito de retornar la teoría del negocio cancelatorio a los tiempos anteriores a las exageraciones germanistas de la doctrina hipotecaria, no encontramos directamente resuelto nuestro caso por no plantearse pura y simplemente cuál de los dos consentimientos es requisito *sine qua non* de la calificación favorable del Registrador: el sustantivo referido a la extinción del derecho, o el formal referido a la cancelación del asiento. O bien si es que ninguno de ellos debe faltar en la escritura.

servar la tranquilidad con la que despejan cuestiones en las que nuestra doctrina no se cansa de emplear páginas abundantes. Así, por ejemplo:

El problema de la capacidad para cancelar lo despachan diciendo que si la cancelación es acordada en razón al pago será suficiente la capacidad para cobrar, y si es acordada sin pago, entonces hace falta la capacidad para renunciar a un derecho real inmobiliario, porque implica renuncia a la hipoteca misma. Y en nota al pie, de medio renglón, citan las fechas de jurisprudencia en que basan este distinguo. En cuanto a si el acto cancelatorio es unilateral o bilateral, afirman que la cancelación voluntaria resulta de convenio entre acreedor y deudor, por el cual el primero consiente en la cancelación de la inscripción, y con parecida despreocupación continúan diciendo: esta convención «puede ser porque el acreedor ha sido pagado o bien porque consiente una condonación de la deuda, o bien porque renuncia sea a la hipoteca, sea sólo a la inscripción de la misma. En este último caso el acreedor podría después tomar una nueva inscripción». Suponemos que las cosas no serán tan simples cuando se abandone el nivel de un tratado general, y que la bilateralidad y causalismo del convenio cancelatorio no serán tan seguros después del nuevo texto del artículo 2.149 introducido por el Decreto de 4 de enero de 1955; pero de todas maneras estimamos en cierto sentido admirable la tendencia a eliminar discusiones inútiles propia de la metodología jurídica francesa (GABRIEL MARTY y PIERRE RAYNAUD: *Droit Civil*, tomo III, vol. 1.º: *Les Sûretés*, La Publicité foncière, París, 1971, págs. 422 y 423).

5. El año 1967 fue desgraciado para el artículo 82 de la Ley Hipotecaria porque también en él TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI (12) se ensaña con dicho precepto, dando por supuesto que exige un consentimiento específico dirigido al asiento, además del consentimiento material que deriva del artículo 1.261, 1.º, del Código Civil. Utiliza contra este consentimiento específico de cancelación del asiento un argumento *a fortiori*: no puede ser de peor condición el dueño en el que se consolida el derecho real limitado cancelado, que el adquirente del mismo por transmisión; y un argumento *ad absurdum*: el de que haga falta un juicio declarativo ordinario para obligar al titular de un derecho real, que ha dado el consentimiento material de extinción, a que le complete con el formal. El tratamiento clínico del artículo 82 le hace a través de una antinomia legal (art. 103, apartado 2.º, frente al 82, no totalmente convincente), a través de la doctrina de la Dirección (Resolución 26 junio 1909 y 30 junio 1933) y a través de la doctrina de los autores que, aunque con planteamiento muy diverso, han puesto en entredicho el principio de consentimiento (13).

Recientemente, TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI ha vuelto a tratar del negocio cancelatorio en su importante tesis doctoral (14). Su exposición de 1967 ha sido notablemente remozada y resulta imposible resumir las densas páginas que dedica al consentimiento formal. No obstante, haré constar que encuentro algo exagerada y un tanto injusta la inquina de ZUMALACÁRREGUI al artículo 82, al que llega a calificar de verdadera noche triste del legislador. Como tantos otros da por supuesto sin probarlo que el precepto recoge el principio de consentimiento formal y le vapulea por ello. Encuentra sospechosamente similar la norma del artículo 82, 1.º, de la Ley a la del parágrafo 875 del B. G. B.; pero, a mi juicio, esto no significa nada, porque este parágrafo consagra precisamente el consentimiento material (declaración de voluntad de abandono del derecho) y no el formal recogido en la Ordenanza. En relación con el problema del recurso, encuentro especialmente peligroso un pasaje de ZUMALACÁRREGUI: aquel en que dice que la hipoteca, en cuanto derecho real, puede morir: *a)* por convenio entre los interesados subsistiendo íntegra la obligación; *b)* por extinción de la obligación garantizada, razón de ser del derecho real y elemento del mismo, y *c)* por decisión unilateral del titular de quitar al derecho real el oxígeno del asiento registral, a través del consentimiento unilateral a que alude el artículo 82, 1.º, de la Ley.

Estoy disconforme con esta «trilogía del ocaso de la hipoteca». Las cau-

(12) TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI: «Meditaciones en torno a la cancelación», núm. 460, mayo-junio de 1967 de esta Revista, págs. 779 y ss.

(13) ZUMALACÁRREGUI cita a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que ya destacó los peligros del consentimiento formal; a ROCA cuando afirma que la notoriedad de la extinción del derecho debe imponerse al consentimiento expreso mismo (cancelación automática); a GIMÉNEZ ARNÁU cuando acusa al artículo 82 de sofisticado y difícil de entender para un meridional, a lo que se adhiere CASSO, y a LACRUZ cuando estima que una escritura de consentimiento formal única y exclusivamente será siempre un caso más discutido en la teoría que frecuente en la práctica.

En relación con esta idea de lo infrecuente en la práctica de las escrituras de mero consentimiento formal, ZUMALACÁRREGUI termina su trabajo con el resultado de una pequeña encuesta demostrativa de que en los escasísimos casos en que se habían otorgado escrituras de dicho tipo, lo habían sido como remedios, propuestos por los mismos Registradores que habían de calificar, para resolver casos excepcionales marcadamente patológicos. Estimo que aquí la infrecuencia no debe despreocuparnos del problema porque acaso la frecuencia aumentará pronto con tal despreocupación.

(14) TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍN CORDOVA: *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977, págs. 289 y ss.

sas de extinción son muchas y variadas; una de ellas es la extinción del crédito garantizado que a su vez puede proceder de muchas y variadas causas. La estructura del consentimiento cancelatorio y el formulario de la escritura de cancelación debe ser distinto en cada caso; pero el artículo 82, 1.º, no introduce una causa, modo o forma más de extinción de la hipoteca, ni siquiera una modalidad especial de cancelación, por simple consentimiento formal del titular al que habrían de añadirse, como no incluidos en el precepto, y, por tanto, sin sus requisitos, los casos a) y b) de la trilogía de ZUMALACÁRREGUI.

6. Algo más cerca del toro, o sea, de la calificación registral de las escrituras de cancelación se sitúa BONILLA (15). Comienza afirmando que SANZ, ROCA y LACRUZ ven en el artículo 82, 1.º, de la Ley un caso de consentimiento formal, sin entrar en detalles de sus particulares enfoques, y dice que los tres señalan como caracteres de tal consentimiento el ser unilateral, acto dispositivo, expreso y en escritura pública, negocio real que tiende directamente a obtener la modificación del Registro y que no exige expresión de causa. Adhiriéndose a la postura que dice iniciada por DÍEZ PICAZO, destaca tres fallos en la tesis mayoritaria, que son: el título extintivo cancelatorio no es siempre un acto de disposición; no tiende a producir la cancelación del asiento, sino la extinción del derecho en principio; desconoce que el consentimiento formal requiere abstracción de causa, que es algo diferente de su no expresión. De ello deduce su doctrina sobre el consentimiento de cancelación, que expone en cuatro puntos: 1.º Para la cancelación se requiere documento público que contenga el acto extintivo del derecho (art. 2 de la Ley y 173 del Reglamento). 2.º El consentimiento cancelatorio se encamina en principio a la extinción del derecho, igual que ocurre en sentido contrario en el proceso de inscripción positiva (16). 3.º A pesar de la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección, no son consentimientos distintos, sino el mismo el de la extinción del derecho y el de cancelación del asiento. Aquí BONILLA, deslumbrado en exceso por la tesis de DÍEZ PICAZO, basada en el «acto debido» de CARNELUTTI, quiere hacer tabla rasa de toda la doctrina de la Dirección (tanto de la antigua, aferrada al tópico del acto de disposición, como la moderna, que no sabe salir de él—dice—) y de los términos rigoristas y contradictorios del artículo 178 del Reglamento Hipotecario (17). Y 4.º, si no se admite el negocio abstracto, tampoco debe admitirse el consentimiento formal, y por ello,

(15) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: «El consentimiento como requisito para el proceso de registración», núm. 484 de esta Revista, mayo-junio de 1971, págs. 531 y ss., en especial 545 a 551.

(16) Encuentra curioso BONILLA que nadie haya destacado lo absurdo de este distinto trato del proceso de registración positiva, en el que el título se dirige a la constitución o transmisión del derecho y del de la registración negativa, en el que el consentimiento no iría dirigido a la extinción del derecho, sino directamente a la cancelación del asiento registral. La extrañeza de BONILLA implica cierta injusticia para ZUMALACÁRREGUI, cuyo trabajo de 1967 tuvo como *leit motiv* destacar esta incongruencia que atribuye al artículo 82, 1.º.

(17) Encontramos excesiva la pretensión de BONILLA, que termina por quitar al negocio o consentimiento extintivo del derecho real de hipoteca toda trascendencia, convirtiéndole en una obligada secuela del negocio o acto extintivo del crédito personal, porque creemos que en este apartado de su trabajo mezcla las relaciones entre la extinción del crédito personal y la extinción de la hipoteca con las relaciones entre el consentimiento material de extinción del derecho y el formal de cancelación del asiento correspondiente. Tal fallo no es exclusivo de BONILLA, sino muy general. Creo que los equívocos surgidos en torno a aquellas relaciones se desvanecerían mucho recordando la sencilla fórmula ecléctica con la que el Código Civil en el artículo 1.964 ha solucionado el problema de la prescripción de la acción hipotecaria (híbrida de personal y real) y que las vacilaciones existentes sobre las relaciones citadas en segundo lugar (entre el consentimiento material y el formal) se salvarían haciendo comparatismo de problemas sobre el consentimiento formal de la Ordenanza registral alemana.

Algunos otros trabajos relativos a la cancelación aportan menos luz a nuestro problema. Así el de

apoyado en los artículos 79 y 80, estima que la causa debe aparecer en todo consentimiento cancelatorio. Pero preguntamos: ¿qué causa?, ¿hasta dónde?

C) Descansemos un momento del moderno exceso doctrinal retrocediendo a tiempos más lejanos para contemplar la cuestión de la causa en la cancelación desde el punto de vista del asiento y del documento.

1. Tanto la Ley de 1861 como la de 1909 exigían en la lista de circunstancias de la cancelación (arts. 104, 5.ª, y 101, 5.ª, respectivamente) «la forma en que la cancelación se haya hecho», equívoca y criticada expresión que en la reforma 1944-46 fue sustituida por las tres circunstancias siguientes: a) la expresión de ser total o parcial la cancelación; b) la parte del inmueble que ha desaparecido o la del derecho que se extingue y la que subsiste si se trata de cancelación parcial, y c) la razón determinante de la extinción del derecho inscrito, cuando la inscripción se practique en el caso del apartado 2.º del artículo 82. MORELL Y TERRY en 1917 se preguntaba (18) qué sería la circunstancia «forma de la cancelación» exigida por la Ley, y se contestaba afirmando que lo racional sería exigir la causa, el motivo de la extinción del derecho y de la cancelación y, aunque tampoco en el Reglamento aparece la necesidad de que la cancelación exprese el porqué se hace, cuál es la causa de la extinción del derecho inscrito—porque sólo se acuerda de ello en la cancelación parcial—, concluye que, no obstante tantas omisiones, no hay más remedio que hacer constar en el asiento de cancelación su causa, su fundamento o razón de la extinción (del derecho) y pone como ejemplos la expropiación del terreno, el fallecimiento del usufructuario, por haber pagado el deudor, por no quedar sobrante para el pago en una ejecución, por confusión, etc., así como la justificación de esas causas o prueba de su verdad. Y el mismo autor reitera esta opinión en otro pasaje de su obra (19) cuando hace el comentario del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 196 (hoy, 240) del Reglamento Hipotecario. Efectivamente, no hay duda que estos preceptos enfocan el fenómeno de la cancelación de hipoteca desde un plano sustantivo muy distinto del extraído por la doctrina moderna del artículo 82, apartado 1.º, y nos demuestran que en ningún momento el consentimiento de cancelación de este precepto agota toda la mecánica hipotecaria de la cancelación de los derechos reales ni siquiera del de hipoteca y no pasa de ser una norma más, que principalmente va dirigida a consagrar, como el 83, el principio *unus quisque disolvitur eo modo quo colligatum est* (20), y no cabe aislarla de los principios generales de la registración.

2. También es muy antigua la cuestión de si la escritura de carta de pago otorgada por el acreedor hipotecario sin expreso consentimiento de extinción del derecho ni de extinción del asiento es suficiente para cancelar éste.

PRADA (*), curioso trabajo de lógica-matemática-hipotecaria, por excesivamente apegado a los conceptos *a priori*, y el de LA RICA MARITORENA (**) por su excesiva obsesión de no desbordar nunca la claridad y sencillez del didáctico.

(*) PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA: «Notas para una teoría general de la extinción de los asientos registrales», *Revista Crítica*, núm. 497, julio-agosto de 1973, págs. 811 y ss.

(**) RAMÓN DE LA RICA MARITORENA: «La cancelación registral», núm. 505 de esta Revista, noviembre-diciembre de 1974, págs. 1287 y ss.

(18) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 1917, tomo III, págs. 592 y ss.

(19) El mismo en los mismos *Comentarios*, tomo IV, págs. 213 y ss.

(20) LA RICA MARITORENA, trabajo citado, pág. 1298.

La evolución histórica ha sido de endurecimiento de la calificación. El Reglamento Hipotecario de 1870 (arts. 67, 70 y 72) consideró bastante para cancelar, el testimonio del acta notarial de carta de pago puesto a continuación de la nota de inscripción de la escritura de constitución. Suponemos que desde mucho antes de la obra de GALINDO Y ESCOSURA sería criticada esta posibilidad por entenderse que el pago no es un simple hecho jurídico, sino un verdadero negocio jurídico cuya formalización debe hacerse en escritura y no en acta (21). Más tarde, a este argumento se añadiría otro más decisivo, el de que una cosa es la extinción del crédito personal y otra cosa la extinción del derecho real de hipoteca, pues si éste es accesorio de aquél, en cierto sentido tiene una trascendencia jurídica superior y en materia de capacidad y de forma requisitos más exigentes. Luego, el tema cobra inusitada agudeza con la reforma del artículo 1.413 del Código: cancelación de hipotecas gananciales.

La Resolución de 2 de noviembre de 1959 admitió que el marido pudiese cancelar por sí solo la hipoteca constituida en garantía de un crédito presuntivamente ganancial con anterioridad a la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, a pesar del carácter accesorio del derecho real de hipoteca (el considerando habla por error del carácter accesorio de la obligación respecto al derecho real de hipoteca), porque cualquiera que sea la naturaleza del pago—hecho o negocio jurídico—no ha de verse afectado por las limitaciones introducidas por el artículo 1.413, que deja subsistente la facultad del marido como administrador para cobrar créditos gananciales y sin que con ello se niegue la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación, toda vez que el artículo 170 del Reglamento Hipotecario estima título bastante el otorgado por el marido, sin necesidad de que intervenga la mujer (22).

D) También desde otros ángulos la Jurisprudencia registral ha rozado los problemas de la causa del consentimiento de cancelación y del consentimiento formal.

El Registrador de Pamplona alega en la nota de calificación el artículo 179 del Reglamento Hipotecario y en el informe destaca que este precepto deja sin efecto las resoluciones citadas por el Notario recurrente (Resoluciones de 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909). Efectivamente, el artículo 179 del vigente Reglamento aparece en la reforma de 1947 y en la Tabla de concordancias con el Reglamento anterior de la edición oficial (1947) de la Ley y Reglamento, aparece sin ninguna, como precepto nuevo, inspirado en las Resoluciones de 27 de septiembre de 1924 y 25 de octubre de 1932. Estas dos resoluciones, bastante similares, se suelen citar por los autores para justificar la afirmación de que el artículo 82, 1.º, de la Ley y el 179 del Reglamento siguen el principio del consentimiento formal y hacen de tal consentimiento expreso y dirigido directamente al asiento de cancelación, un requisito suficiente y necesario para que el Registrador cancele. Pero no vemos muy claro que las resoluciones justifiquen tales afirmaciones (23).

(21) Ya durante la vigencia del Reglamento de 1870 la Dirección había encontrado insuficiente el acta notarial en el caso de que no fuese verdadera acta de pago, sino confesión de la recepción del débito.

(22) Imposible tratar esta cuestión ni siquiera citar la abundante bibliografía muy conocida.

(23) La Resolución de 27 de septiembre de 1924 trató el siguiente caso: Uno de los herederos, a la vez albacea de un acreedor hipotecario difunto, a quien éste había autorizado en su testamento para hacer efectivos los créditos de la herencia, cobra uno de ellos y otorga a favor del deudor escritura de carta de pago autorizándole consiguientemente para obtener la cancelación de la hipoteca. El Registrador

No estamos muy seguros de que toda la culpa de los excesos germanistas, en esta y otras materias, fuese de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. En todo caso, las Resoluciones de la Dirección por aquellos tiempos, cualquiera que fuesen las concesiones hechas al sistema alemán en los considerandos, no dejaban de ser prudentes cuando llegaba la hora de la verdad y el fallo solía ceñirse al caso (24).

E) Estimo que un argumento nada despreciable en contra de la tesis del consentimiento formal como suficiente para la cancelación es el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Este precepto fue introducido por la reforma de 1944-46, inspirándose en el segundo apartado del parágrafo 891 del B. G. B., probablemente para evitar las dudas que venía originando el artículo 97 de la Ley de 1909, que a su vez había rectificado el primitivo 97 de 1861 en forma paralela a como se había rectificado el artículo 34 por la

mantiene que el albacea-heredero no resulta especialmente facultado por el testador para cancelar hipotecas, por lo que debían consentir la cancelación los demás herederos. La Dirección comienza con un considerando (claramente puesto incidentalmente) en el que se recogen las conocidas frases sobre la diferenciación absoluta entre los actos jurídicos de cobro (extintivo del crédito personal) y cancelación de préstamos hipotecarios (extintivo del derecho real), y sobre la distinta importancia del crédito y el derecho real, de los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o un efecto hipotecario, únicas que suelen recogerse en las citas de la Resolución. Pero después considerando que hay que determinar si el que canceló se hallaba autorizado para ello por las cláusulas testamentarias, o sólo para cobrar, deduce de varios elementos de interpretación que la voluntad del testador fue autorizarle para que liquidara y distribuyera los créditos existentes en el caudal relicto sin necesidad de que concurrieran los demás, y por ello resuelve que no existe el defecto señalado. Viendo, pues, completa la resolución cabe deducir: 1.º, que el considerando que suele citarse era claramente *obiter dictum*, pues, en definitiva, termina por aproximarse, al máximo, cobro y cancelación, extinción del crédito y de la hipoteca al efecto de declarar inscribible el documento. 2.º Que si el considerando célebre, aunque *obiter dictum*, puede valer para estimar insuficiente la escritura de mera carta de pago para cancelar la hipoteca, no puede valer para decidir si el artículo 82 de la Ley exige consentimiento material y además formal, o, por el contrario, se conforma con cualquiera de ellos indistintamente. 3.º Que el artículo 179 del Reglamento inspirado en esta Resolución no puede servir para lo que no sirve la Resolución que le inspiró.

La de 25 de octubre de 1932 es muy similar. El albacea de la acreedora hipotecaria testadora estaba facultado para... hacer toda clase de cobros y pagos... y para cuanto sea preciso para cumplir la gestión que le encomienda (muy amplia)..., como si todo ello lo realizara su propia personalidad. Dicho albacea otorga una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, consintiendo en la cancelación por haber recibido del deudor el capital y los intereses, siendo denegada la cancelación por no estar facultado el albacea para consentirla. La Dirección, después de reconocer que la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación y que en muchas ocasiones una persona autorizada para recibir pagos no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda, teniendo en cuenta las cláusulas testamentarias, estima evidente que la testadora ha querido facultar al albacea para consentir la cancelación discutida.

(24) En el recurso resuelto por la Resolución de 28 de abril de 1927 se discutió si podía ser objeto de renuncia unilateral el derecho concedido al vendedor por un pacto añadido a una venta con pacto de retro, según el cual, transcurrido el plazo establecido para retraer sin haberse ejercitado el retracto, el vendedor habría de vender la finca en pública subasta notarial, entregando al vendedor la diferencia en más del precio de subasta sobre el de venta. La escritura de renuncia unilateral se hizo después de transcurrido el plazo de retracto. El Registrador exigía la aceptación de la renuncia por el comprador, pero la Dirección revocó la nota de suspensión en base a la naturaleza de manifestación de voluntad unilateral, abstracta y no recepticia de la renuncia abdicativa cuando levanta una traba impuesta al dominio, principio inmobiliario desenvuelto en algunas legislaciones sobre la base del llamado consentimiento formal que responde a la triple conveniencia de aligerar las formas de transmisión, otorgar un valor decisivo a la voluntad del perjudicado por la cancelación y reconocer al dominio la facultad de absorber cuantas facultades le hayan sido desgajadas y después queden privadas de existencia separada y razón jurídica para ella. Continúa considerando la Dirección que ésta es la doctrina mantenida por los artículos 513 y 546 del Código y 82 de la Ley Hipotecaria, y termina indicando que el lógico desenvolvimiento de estos postulados ha sido llevado hasta el extremo de afirmar algunos que si el acreedor renuncia en escritura al crédito hipotecario y la Ley no permitiera la extinción del derecho personal por faltar las formalidades de la condonación, subsistiría únicamente la obligación, pero el derecho real podría ser cancelado en los libros del Registro.

La opinión a que hace la referencia este último considerando, sin decidirse a consagrarla ni a rechazarla por excesiva, viene a decir que la renuncia del crédito hipotecario sin expresión de causa podría ser considerada inválida civilmente en cuanto al crédito por tal falta de causa, pero ello no obstaría a que la hipoteca y, por tanto, el crédito hipotecario fuese cancelado en el Registro de la Propiedad. Mi opinión es que el considerando no refrenda estas tendencias que conducen a la validez del consentimiento abstracto material de extinción de los derechos reales, a pesar de que por falta de causa resultase inválida la extinción en cuanto a la relación personal o inter partes subyacente o garantizada.

Ley de 1909. Pero argumentar contra el consentimiento formal por medio de la evolución histórica del artículo 97, que siempre se ha mantenido en el campo de los principios de publicidad, legitimación y fe pública, sería complicado y encontramos suficiente destacar lo absurdo de establecer una presunción de extinción del derecho, ya sea *juris tantum* o *juris et de jure*, en base a una escritura de cancelación que tenga por único contenido la cláusula de consentimiento formal o material. El párrafo 891 del B. G. B. en sus dos apartados es congruente con la totalidad del sistema alemán, pero en nuestro sistema la presunción, tratándose de una escritura de mero consentimiento formal, tendría que ser invertida. LACRUZ dice que sólo en el caso—más discutido en la teoría que frecuente en la práctica—del consentimiento formal la presunción del artículo 97 tiene una eficacia positiva superior a la meramente supletoria de los títulos, pues el deducir de la renuncia al asiento la extinción del derecho dota al favorecido de un arma de lucha que sin este precepto nunca podría tener. Creo más justo decir que le dota de un arma de lucha que nunca debió dársele, pues está claro que en el clima de nuestro sistema y dada la escasa frecuencia de tales escrituras de consentimiento formal, el silencio en el documento cancelatorio sobre la extinción del derecho y sobre la causa del consentimiento formal de cancelación del asiento deberá ser base de una presunción de subsistencia más que de una presunción de extinción.

Hay otro precepto en la Ley Hipotecaria que por haberse salvado milagrosamente del vendaval germanista de la reforma de 1944-46 nos coloca en un clima causalista y antiformal suficiente para entender el 82 en su justo y limitado sentido. Nos referimos al artículo 144, retrotrayéndonos al Morell. La terminología podrá ser arcaica y poco técnica, pero el texto nos demuestra que la cancelación registral persigue el que surta efecto contra tercero el pago y todos los demás hechos o convenios que modifiquen o destruyan la eficacia de una obligación hipotecaria. La cancelación debe servir ante todo para hacer oponible a tercero la extinción del derecho que se cancela.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que se viene abusando del conceptualismo al tratar del consentimiento de cancelación y de la interpretación del artículo 82 de la Ley. No sólo cada derecho real presenta un cuadro distinto de modos de extinción, sino incluso un distinto campo de causas del negocio extintivo. Especiales particularidades presenta la extinción y cancelación de los derechos reales de garantía y sobre todo las de la hipoteca en la que el principio de accesoriedad y la relación crédito-derecho real introduce variables más ricas en la cuestión.

Por ello, si nos centramos en la cancelación de la hipoteca por consecuencia del pago del crédito garantizado, que es nuestro caso, y descendemos del paraíso de los conceptos al prosaico mundo de la práctica, de las fórmulas notariales, de la calificación registral y de las circunstancias mínimas del asiento de cancelación, partiremos de la que podríamos considerar escritura pluscuamperfecta de carta de pago y cancelación de hipoteca con intervención de acreedor, deudor y dueño de la finca en su caso, en la que después de la cláusula de carta de pago, especificando cuánto, por qué conceptos y por quién se paga o se ha pagado, el acreedor da por extinguida la hipoteca en cláusula distinta y termina con otra destinada al célebre consentimiento formal consintiendo o solicitando expre-

samente el asiento de cancelación de la inscripción de crédito hipotecario que también habría sido reseñada.

Ante esta infrecuente escritura pluscuamperfecta de cancelación, no cabe plantearse problema alguno. El problema está cuando de esas tres cláusulas, falta alguna y aún más cuando faltan dos de ellas. Más adelante diremos algo sobre las razones que han ido ocasionando el distanciamiento del formulario de la escritura pluscuamperfecta hasta llegar incluso a la de nudo consentimiento formal, en la que se omite toda referencia al pago de la deuda e incluso al consentimiento material de extinción del derecho real. De las discusiones de los autores y de la jurisprudencia registral se ha podido ir extrayendo, aunque con ciertas dificultades, criterios para estimar cuál debe ser la escritura perfecta de cancelación y hasta dónde puede llegar la tolerancia respecto a las menos perfectas.

Sintetizando mucho, porque cada escritura será un caso a interpretar, podemos decir: 1.º Que la simple cláusula de carta de pago sin ninguna referencia al derecho real de hipoteca ni a su extinción debe estimarse insuficiente. 2.º La que contenga sólo cláusula de consentimiento formal, en principio tampoco debe ser admitida. 3.º La que contenga cláusula de consentimiento material suficientemente expresiva con un principio de causalización, por escaso que sea, debe estimarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito.

F) Nada tiene de extraño el que se haya enconado tanto el tema del consentimiento de cancelación, porque en él juega, sin duda, el enigmático concepto de la causa que allí donde aparece todo se convierte en insoluble. De una u otra forma todos los autores se plantean la cuestión de la causa de la cancelación y del negocio extintivo del derecho real y, por tanto, es fácil explicarse que cada uno tenga su particular visión del significado del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En cierta ocasión (25) apunté la existencia de un pasadizo mal iluminado en la doctrina del negocio jurídico que pone en comunicación el tema del negocio abstracto con el de la forma o formalización de la declaración de voluntad. Allí y en algún otro lugar (26) tengo insinuado que más interesante que la diferenciación entre negocios causales y abstractos sería el considerar la abstracción como una figura jurídica general que aparece por cualquier parte rompiendo el principio general causalista y haciendo que cualquier tipo de declaración de voluntad sea eficaz, aun aislada, abstraída o independizada de su causa, presupuesto, base, motivo o precedente, por razones de urgencia, seguridad, eficacia, etc.; sin perjuicio de que luego, a distinto nivel de procedimiento, de órgano de decisión, etc., pueda valorarse y tenerse en cuenta la existencia o no, la validez o la licitud de aquello de lo que *prima facie* se prescindió.

(25) Ver mi comentario a la Resolución de 7 de junio de 1972 en el núm. 493 de esta Revista, noviembre-diciembre de 1972, págs. 1343 y ss. y 1348 y ss.

(26) Ver mi comentario a la Resolución de 11 de diciembre de 1974 en esta Revista, núm. 508, mayo-junio de 1975, págs. 645 y ss. y en especial pág. 656.

Allí pueden verse, como demostración de que la abstracción puede aparecer en cualquier tipo de declaración de voluntad, mis reparos a que la facultad resolutoria derivada del pacto de *lex commissoria* en la compraventa sea independizada o abstraída del pago o impago, sometiéndola a término final cierto, lo que no es sino introducir la problemática del negocio abstracto en uno de los «accidentalia». La causa de la cláusula de *lex commissoria* es garantizar el cobro del precio y añadirla aquel término final, aunque obedezca a razones muy loables, es desconectar la facultad resolutoria de su causa, cosa que, en principio, rechaza el sistema.

Contemplado el artículo 82, 1.º, desde esta perspectiva, resulta imposible encontrar en él afirmación dogmática ninguna respecto al contenido concreto del consentimiento cancelatorio y al formulario de la escritura cancelatoria idónea para cada caso. Creemos que no es caer en un absoluto relativismo jurídico el mantener que no cabe hablar de una causa única de la cancelación ni del consentimiento cancelatorio, sino que hay que ver caso por caso hasta dónde pueden llegar los silencios u omisiones de la escritura respecto a la cadena de causas: Causa del consentimiento formal, del material de extinción, de la extinción del crédito hipotecario... y hasta dónde deben llegar los detalles concretos de toda la cadena de causas (si es admisible afirmar que se ha recibido el pago de la deuda sin decir cuándo, ni de quién, etc.).

No quiero decir con esto que sobren todas las construcciones hechas o que puedan hacerse sobre el consentimiento de cancelación desde el punto de vista de los conceptos, pero sí pretendo que nos acerquemos al artículo 82 sin ideas preconcebidas, sin separarle de su circunstancia (el resto de la Ley y de los principios del ordenamiento) y sin exigirle más de lo que puede y quiso dar. Puede ser que su texto no pretendiese sino recoger el consentimiento de cancelación usual en el momento de aparecer la Ley, en el cual los formularios notariales ya habrían dado cabida a un cierto grado de abstracción de la causa entendida en el sentido pragmático de que hemos hablado. Entonces, como ahora, aunque algo menos, ya resultaría conveniente en ciertos casos no precisar quién ha sido el pagador de la deuda garantizada; en otros casos puede haber incertidumbre sobre si el pago llegó a realizarse, pero prescrito el crédito hipotecario resulta correcto prestar el consentimiento de cancelación; en algún caso, aunque más difícilmente tratándose de hipotecas, puede interesar la cancelación sin prejuzgar respecto a la extinción del derecho. Surge de todo esto la utilidad de un formulario de contenido mínimo que tenga la ventaja de abarcar la mayor cantidad de casos posibles, aunque quede mutilada la tradicional carta de pago, e incluso la causa del consentimiento material de extinción. En algún caso el interesado es ajeno a tales mutilaciones, e incluso pueden resultarle luego perjudiciales; en otros los recortes de causa pueden ser ventajosos desde los puntos de vista más inesperados (27). Ante esta realidad práctica de usos notariales y registrales resulta inútil entrar en averiguaciones históricas sobre la procedencia y sentido del texto del artículo 82, pues lo interesante es determinar en qué momento sorprendió el precepto legal a la evolución simplificadora de los formularios notariales de escrituras de cancelación y aún más interesante hasta dónde es correcto permitir una simplificación posterior aún mayor.

Resulta duro reducir el apartado 1.º del artículo 82 a la simple consagración del principio de que la extinción (cancelación) requiere el mismo modo que la constitución (inscripción), recogido por la homeopatía y por el refrán «la mancha de la mora con otra verde se quita», pero lo cierto es que acaso su intención, como afirmó PANTOJA Y LLORET citado por DÍEZ PICAZO, fuese poco más que evitar que la hipoteca se pretendiese cance-

(27) Como en otras ocasiones, insinuó en letra chica que acaso motivaciones fiscales hayan intervenido también en la cuesta abajo de la simplificación del contenido de las escrituras de cancelación. En algún caso excepcional el hacer abstracción de la causa puede bordear el fraude fiscal; pero en honor al Notariado creo estadísticamente más frecuente el que las escrituras se muestren parcas, entrando lo menos posible en adornos causales del consentimiento de cancelación para evitar fantásticos y abusivos actos liquidables deducidos o presuntos, vistos por celosos liquidadores insaciados con el bajo tipo de la cancelación de hipoteca.

lar con el recibo privado de la deuda garantizada, cosa que es poco más o menos lo que viene a repetir el artículo 179 del Reglamento Hipotecario. A pesar de esta finalidad básica e inicial, la trascendencia del precepto es mucho mayor y debe dársele aplicación general a todos los casos de extinción y cancelación de derechos reales, sin perjuicio de que en cada clase de derechos y tipo de extinción deba tener formulación muy distinta el consentimiento bilateral o unilateral necesario para la extinción y la cancelación.

Lo que no se puede pretender es que el artículo 82 nos conteste a la pregunta de si es admisible para la cancelación una escritura de nudo consentimiento formal, cosa que mal hubiese comprendido el legislador de 1861, ni a la pregunta de si al consentimiento sustantivo de extinción del crédito y de la hipoteca hay que añadirle un consentimiento adicional dirigido a la cancelación del asiento que el legislador de 1861 hubiese estimado más que sincera pregunta una trampa saducea.

Sin embargo, hoy, después de tantas lucubraciones sobre el consentimiento formal, no sólo es lícito preguntarse esto último, sino también y aún más, si es inscribible una escritura de cancelación de nudo consentimiento formal, pregunta cuya respuesta no puede eludirse diciendo que tal escritura no será frecuente, porque bastaría solamente una para que la contestación fuese necesaria.

La Dirección en la Resolución comentada no ha contestado a ninguna de estas preguntas, porque al decirnos que la frase «el acreedor cancela la hipoteca» es suficiente por suficientemente expresiva de que se consiente la cancelación del asiento, nos deja en la duda de si en todo caso debe estimarse compendiosa del consentimiento material y del formal a la vez, y en la duda de cuál de los dos es, en definitiva, el ineludible para cancelar.

T. C. G.