

# Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración

SUMARIO: I) *El consentimiento. Concepto y clases.*—II) *Derecho español: El consentimiento en su aspecto sustantivo. Su encuadre en el más puro Derecho civil:* A) El consentimiento extrarregistral y la inscripción constitutiva. B) Los documentos privados ante el Registro: examen del párrafo final del art. 166 del Reglamento Hipotecario. *Consecuencias: El consentimiento sustantivo no se adapta a nuestro sistema hipotecario.*—III) *El consentimiento formal en el Derecho hipotecario patrio. La amplitud de ciertas posiciones doctrinales.* A) Las modificaciones de entidades hipotecarias. B) Las hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas. C) El consentimiento ante la cancelación. ¿Recoge el art. 82 de la Ley Hipotecaria una manifestación del consentimiento formal? a) Una posición tradicional. b) Una nueva orientación.

## I

### EL CONSENTIMIENTO

#### CONCEPTO Y CLASES

El consentimiento, elemento esencial del negocio por cuanto enlaza el sujeto con el objeto para la consecución de los fines perseguidos por los interesados, «se manifiesta—dice el art. 1262 del C. c.—por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Nacido fuera del Registro, llega a él plena-

mente formado, y, por ende, mal podrá hablarse de un principio hipotecario de consentimiento, como no sea para indicar que requisito indispensable de la registración ha de ser la plena y anterior existencia de un acto jurídico creado por el consentimiento libremente prestado. No existe, pues, en nuestro Derecho más que un consentimiento: el que da vida al acto jurídico inscribible.

En cambio, en Derecho germánico el consentimiento se enlaza con el Derecho Hipotecario mediante las dos modalidades reconocidas: consentimiento en su modalidad sustantiva y consentimiento en su modalidad formal.

En opinión de SANZ FERNÁNDEZ (1), el consentimiento sustantivo del Derecho germánico consiste en la necesidad de que para transmitir el dominio concurren las voluntades del que transmite y del que adquiere, dirigidas, previa y exclusivamente, a producir la transmisión con independencia de la causa que la origina, aunque seguida de la inscripción.

«El consentimiento formal consiste—dice SANZ—en la declaración formal del titular registral tendente a modificar un asiento del Registro independientemente de que se produzca o no una modificación jurídico-real.»

Con la claridad en ellos acostumbrada, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULIDA explican (2) la distinta significación que en Derecho germánico tienen ambas especies de consentimiento:

- a) Para adquirir la propiedad, como para cualquier otro cambio real, es preciso que transmitente y adquirente se pongan de acuerdo en la transferencia o mutación real. Este es el consentimiento en su aspecto sustantivo. Empero, tal consentimiento recae exclusivamente sobre la transferencia, pero no sobre la causa de ella. Lo indispensable y suficiente es que el transmitente debe querer transmitir y el adquirente querer adquirir, importando poco, a efectos de la transmisión, que aquél piense que vende la cosa y éste que se la donan. Esto es, la causa resulta irrelevante. A pesar de ello, el consentimiento así producido no basta para transmitir la propiedad como no vaya seguido de la inscripción, excepción hecha de las mutaciones reales no negociales o las transmisiones *mortis causa*, que se realizan sin necesidad de inscripción (aunque si el adquirente quiere disponer de la cosa o derecho obtenidos por tales títulos deberá inscribir a su favor para poder después inscribir y, en consecuencia, lograr la transmisión a favor de un tercero).

---

(1) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, página 3.

(2) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, página 36.

- b) El consentimiento sustantivo (independiente del negocio causal antecedente), seguido de la inscripción, son, pues, elementos indispensables de la mutación real. Esto así, lo que lógicamente debería hacerse constar en la inscripción es la transmisión operada de una persona a otra (aunque no se especifique si es por venta o por donación). Al Registro debería acceder, por tanto, el título en que se constataste tal consentimiento abstracto; pero no ocurre así, toda vez que lo registrable es la *declaración hecha por el titular registral, que ha de resultar afectado por consecuencia de la nueva inscripción, consintiendo en que se practique el nuevo asiento a favor de un tercero*. No se trata de un acto jurídico revelador de un consentimiento, por muy abstracto que fuere; se trata simplemente de una declaración unilateral dirigida al Registro recayente, no sobre la transmisión, sino sobre la rectificación del Registro, consintiendo en que ésta tenga lugar mediante la nueva inscripción. Es el consentimiento formal.

Debe admitirse, no obstante, que en casos particulares y, sobre todo, en el de transmisión de la propiedad se requiere, para inscribir, el acceso al Registro del acuerdo entre el antiguo y el nuevo titular.

## II

### DERECHO ESPAÑOL: EL CONSENTIMIENTO EN SU ASPECTO SUSTANTIVO

#### SU ENCUADRE EN EL MÁS PURO DERECHO CIVIL

En razón a que los requisitos del negocio jurídico se producen fuera del Registro, hemos de convenir en que el nacimiento del derecho tiene lugar extrarregistralmente (salvo cuando la inscripción fuere constitutiva) e, incluso en ocasiones, extranotarialmente (excepto cuando la forma notarial revista caracteres de solemnidad esencial). Sólo cuando la forma notarial o la registración sean elevadas a la categoría de requisito constitutivo es cuando puede sustentarse la tesis de que el derecho nace a la vida con el indispensable concurso de la forma notarial o de la inscripción.

A pesar de todo, en tales supuestos de forma o registración constitutivas, ni la escritura pública constituye, altera o condiciona el consentimiento, el objeto o la causa, ni tampoco la inscripción:

- Ante el notario se produce el consentimiento, pero no es creado por él, sino por las partes. El autorizante no hace más que dar fe de que ante él surgió ese consentimiento originado por una voluntad libre y consciente, y que, encaminada a la reglamentación válida y futura de los intereses privados puestos en juego, crea el negocio jurídico. La actuación del notario tiene el mismo significado que en las escrituras no constitutivas; pero es la Ley la que, exigiendo forma pública para tal consentimiento, evita la existencia de otro consentimiento fuera de la forma predeterminada.
- Ante el Registro, tanto el objeto como la causa, como el consentimiento, vienen ya formados, y el registrador ni siquiera presencia la formación de este último. Es también la Ley la que, requiriendo una inscripción con carácter constitutivo, impide el nacimiento del derecho fuera de los cauces registrales, ni aun *inter partes*.

En uno y otro caso se trata de una superación de la prueba de los negocios jurídicos (3). Ni entre las mismas partes puede admitirse un consentimiento producido en forma diferente de la exigida ni un derecho nacido fuera de la inscripción constitutiva. El problema procesal de la prueba ha sido superado. Pero distingamos algo más:

- 1.º Con la escritura pública no constitutiva, la prueba se supera frente a terceros, pero sólo respecto al hecho que motiva su otorgamiento y a la fecha de éste (art. 1218 del C. c.), y ello en razón a que el otorgamiento supone la expresión formal del consentimiento y el notario da fe de que ante él y en una fecha determinada los interesados consintieron. Ciertamente, esos dos aspectos resultarán irrefutables, pero no los demás que no fueron cubiertos por la fe pública (la titularidad, las cargas, no pueden afectar a tercero, ya que el notario no da fe de su existencia). Si a esa escritura se le añade la registración posterior del acto jurídico que contiene, la prueba frente a terceros queda superada de un modo más amplio: la fe pública registral cubre la titularidad, cubre las cargas, los condicionamientos, las limitaciones. Pero no porque el consentimiento de las partes se haya transformado en principio hipotecario, sino porque la Ley atribuye a la inscripción (por muy declarativa que sea) una jerarquía superior en materia de pruebas frente a tercero. Por eso:

- Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.º de la L. H.).

---

(3) Recogemos aquí, aunque algo alteradas, opiniones inéditas de TIRSO CARRETERO.

- Lo no inscrito no puede oponerse frente a lo inscrito (art. 32 de la L. H.).
- La inscripción practicada con los requisitos marcados por el artículo 34 mantiene a su titular aunque se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas no registradas (art. 34 de la L. H.).

2.º Con la escritura y la inscripción constitutivas la prueba se supera no sólo frente a terceros, sino incluso entre los mismos contratantes: lo no otorgado en escritura pública o no inscrito no puede probarse frente a nadie porque no existe. El problema de prueba ha desaparecido, convirtiéndose en problema de existencia o inexistencia. En una donación de bienes inmuebles no puede admitirse más consentimiento que el prestado en escritura pública; cualquier otro subyacente constatado en documento de inferior categoría no existe y no podrá ser probado, en consecuencia. De igual modo, la hipoteca no inscrita (por muy válido que sea el acto jurídico contenido en la escritura) no podrá ser probada frente a nadie como pretendido derecho real, por cuanto sin inscripción el derecho real de hipoteca no nace.

No obstante, no se agotan aquí los problemas del consentimiento como nacido fuera del Registro cuando el acto jurídico por él creado accede a la inscripción. Podemos citar los siguiente:

*A) El consentimiento extrarregistral y la inscripción constitutiva*

Como decíamos antes, en Derecho germánico, regulador de la inscripción constitutiva, se requieren dos consentimientos: uno sustantivo entre las partes que intervienen en la transmisión o en la mutación real, y otro formal dirigido al Registrador por aquel que ha de resultar perjudicado por la nueva inscripción, consintiendo expresamente que se efectúe a nombre de otro.

Ahora bien: en nuestro Derecho las cosas se producen de otro modo. Por muy constitutiva que fuere la inscripción, el consentimiento tiene lugar fuera del Registro (aunque no se trate de un consentimiento sustantivo, como el germánico, ya que en éste la independencia de la causa que lo origina supone una trascendental diferencia con el del Derecho patrio). En Derecho español es el consentimiento uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico, pero no el único; sus relaciones con la causa son fundamentales, mas tanto el uno como la otra nacieron a la vida jurídica extrarregistralmente. Nacidos así, no se requiere nuevo consentimiento ante el Registrador para lograr la inscripción,

ya que ésta se practica mediante presentación al Registro de un título público continente de un acto jurídico válido que, a su vez, ha sido creado por un consentimiento legítimo y fundamentado en una causa verdadera y lícita. El acto jurídico ha surgido, pero sin contener un derecho real, ya que éste ha de nacer con la inscripción.

Esto así, si proclamamos—como tradicionalmente se viene haciendo—que al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales inmobiliarios y no los actos jurídicos de trascendencia registral, ¿no estaremos incurriendo en una contradicción, toda vez que el título que llega a la inscripción lo más que puede contener es un derecho personal que sólo adquirirá existencia real con la inscripción?

*Pensemos en la hipoteca.*—En el título que al Registro se presenta no se dice que el deudor haya recibido tal cantidad de dinero y en razón de esa percepción consienta expresamente en la constitución posterior de la hipoteca para cuando tenga lugar la inscripción, no. Lo que la escritura dice es algo muy diferente: el deudor, en el acto del otorgamiento, *constituye hipoteca* sobre la finca descrita (desde ahora, no para luego). Entonces, ¿cuándo queda, en verdad, constituida: en el acto del otorgamiento, o en el de la inscripción?

Si la hipoteca nace con la escritura pública, ¿qué sucede con la tan cacareada inscripción constitutiva?

Si, por el contrario, nace con la inscripción, ¿cómo nos atrevemos a decir que al Registro sólo acceden los derechos reales inmobiliarios?

A nuestro entender (4), en materia de inscripciones constitutivas hemos de reconocer que la escritura base de la inscripción algo crea y la inscripción algo constituye, aunque ni la una ni la otra puedan constituir lo mismo. Así:

- a) El título público crea el acto jurídico. En esta primera fase de creación del acto, el consentimiento se produce de igual forma que en cualquier otro acto jurídico, pero necesariamente envuelto en una forma exigida por la Ley, no *per se*, sino en función de una formalidad posterior cual es la registración. El acto jurídico ha sido creado no para vivir independiente, sino para ser inscrito; su misión consiste en la creación de un acto válido de indefectible registración. Lógicamente, tal acto no podrá contener un derecho real, sino un derecho en vía de formación definitiva. El título público sólo representa una fase (la primera) en la relación jurídica que pretende ser creada. Es una parte en función de un todo.

---

(4) En línea coincidente con la que LACRUZ BERDEJO mantiene para la constitución de garantía mobiliaria sin despl. de pos. en «A. A. M. N.», tomo XIV.

- b) La inscripción crea la relación jurídica que las partes persiguen. En esta segunda fase de creación de la relación jurídica el consentimiento no ha de producirse de nuevo, puesto que la misión del documento presentado a registración fue la de dar existencia al consentimiento, impidiendo todo otro consentimiento surgido en forma distinta de aquella prevista e impuesta por la Ley, según la naturaleza del acto, para el logro de la registración. Creado (por el título idóneo) el acto jurídico de indefectible trascendencia registral, su finalidad se agota con su autorización; por ello, su contenido incompleto requiere una formalidad externa, extraña al acto, que es, precisamente, la inscripción. El acto válido, envuelto en la forma idónea, se inscribe, y por la inscripción nace la relación jurídico-real, que el Registro publica frente a todos.

B) *Los documentos privados ante el Registro: examen del párrafo final del artículo 166 del Reglamento Hipotecario*

*Art. 166:*

... ..

“Si el documento fuese privado manifestará, además, el Registrador que las firmas están legitimadas o que las partes han concurrido a su presencia personalmente o por medio de apoderado, dando fe de que las conoce y de que son auténticas las firmas puestas al pie de la solicitud que le hubiesen presentado; y si el Registrador no conociese a los interesados o a sus apoderados, firmarán con ellos la solicitud en que se pida la anotación dos testigos conocidos, que concurrirán al acto y asegurarán la legitimidad de las firmas de aquéllos.”

Para la documentación privada susceptible de acceso al Registro recoge el precepto un doble supuesto:

- 1.º Que las firmas (claro exponente del consentimiento) que en el documento aparezcan estén legitimadas, en cuyo caso no se precisan mayores requisitos; y
  - 2.º Que las firmas no hubiesen sido legitimadas, de donde, ante tal eventualidad, exige el precepto que los interesados concurren a presencia del registrador, por sí o por apoderado, solicitando por escrito la registración.
- Si el Registrador conociere a los concurrentes dará fe de que los conoce y de que son auténticas las firmas de la solicitud, previa comparación con las del documento privado.

- Si el Registrador no las conociere firmarán la solicitud dos testigos conocidos por aquél o por los interesados, los cuales asegurarán la legitimidad de las firmas de éstos.

Estas autenticaciones no suponen una nueva prestación del consentimiento ante el Registrador, sino simplemente una medida de seguridad para evitar que un documento falso tenga libre acceso al Registro. Nadie garantiza que las firmas puestas en el documento privado pertenezcan a quienes se dice pertenecer; por eso, el medio más seguro para impedir falsedades es la concurrencia de los interesados y la firma de éstos, sus apoderados o testigos de conocimiento ante el Registrador. Nada tiene que ver esa solicitud firmada ni con el consentimiento sustantivo (no hay nuevo consentimiento), ni con el consentimiento formal (no hay voluntad que pida la rectificación del Registro). Sólo hay autenticación de firmas respecto a un consentimiento ya prestado fuera del Registro de la Propiedad.

CONSECUENCIAS: EL CONSENTIMIENTO SUSTANTIVO NO SE ADAPTA A NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

No cabe una adaptación a nuestro sistema del consentimiento sustantivo ni desde el punto de vista civil ni desde el hipotecario.

- 1) Desde el punto de vista civil, porque nuestro Código, al recoger en sus artículos 609 y 1095 la teoría del título y el modo, rechaza la posibilidad de un negocio desligado de la causa que lo origina. No supone obstáculo a esta regla la simplificación en la entrega prevista por el artículo 1462 ni la inscripción constitutiva de la hipoteca.
- 2) Desde el punto de vista hipotecario tampoco cabe adaptación:
  - a) Porque en nuestra Ley Hipotecaria los asientos tienen carácter causalista, al originarse los derechos publicables fuera del Registro a través del correspondiente título y modo de adquirir. Sólo después de ser cumplidos estos requisitos podrán ser publicados por los libros registrales. El consentimiento, base del acto jurídico inscribible, ni se forma ni se presta ante el Registrador, sino que viene ya formado por los interesados y envuelto en la forma requerida por las leyes.

Ni siquiera en las inscripciones constitutivas, creadoras de la relación jurídico-real aplicable, puede decirse que el consentimiento

to se erija e nprincipio hipotecario, toda vez—como antes decíamos—que se formó y consumó en el acto de creación ante el funcionario autorizante.

- b) Porque nuestro sistema hipotecario no sólo no permite la existencia de un asiento registral desligado del acto o contrato que lo origina, sino que, además, no transige con un acto o contrato abstracto. Lo más que admite para este último es la expresión de la causa (art. 1277), pero presumiendo que existe y que es lícita.

### III

#### EL CONSENTIMIENTO FORMAL EN EL DERECHO HIPOTECARIO PATRIO

##### LA AMPLITUD DE CIERTAS POSICIONES DOCTRINALES

Con criterio amplio, don JERÓNIMO GONZÁLEZ consideró como manifestaciones del consentimiento formal en nuestro sistema todos aquellos supuestos en que, por voluntad unilateral del titular registral, quedaba modificado su derecho en el Registro.

Dentro de ellos encuadraba:

- La cancelación, como consecuencia del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.
- La modificación de entidades hipotecarias, tales como la obra nueva, la agrupación, la segregación, la división de fincas; y
- La constitución unilateral de la hipoteca, reconocida por los artículos 138, 141 y 154 de la Ley Hipotecaria.

Sin perjuicio de insistir después sobre el pretendido consentimiento formal del artículo 82, los autores patrios sólo a él reconocen como especie de tal consentimiento, rechazando los otros dos supuestos, a los que denominan «actos dispositivos del titular sin fuerza de obligar» (5).

Si concebimos el consentimiento formal como aquella declaración unilateral del titular registral, por la cual se pide la rectificación del Registro en favor de otra persona, abstracción hecha de la causa que la origina (esto es, independientemente—como dice SANZ—de que se

---

(5) En tal sentido, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, etc.

haya producido una modificación jurídico real), y destacamos como caracteres fundamentales de tal declaración los de ser unilateral (no concordada), abstracta (desligada de su causa) y de disposición o enajenación del derecho, llegaremos a la conclusión de que ninguno de los tres supuestos que enunciaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ como prototipos del consentimiento formal puede servirnos para su admisión en nuestra patria.

A) *Las modificaciones de entidades hipotecarias (agrupación, segregación, etc.)*

Las características propias de estos actos que, como individualizadores de las fincas acceden al Registro, no se avienen con las notas típicas del consentimiento formal. En efecto, las agrupaciones, declaraciones de obra nueva, segregaciones, agregaciones y divisiones de fincas presentan las siguientes notas distintivas:

- 1.<sup>a</sup> Son actos unilaterales (única nota identificable con la del consentimiento formal); no exigen consentimiento de un tercero afectado, ya que la finca no cambia de titularidad, ni se grava ni se limita.
- 2.<sup>a</sup> Aunque la jurisprudencia, reiteradamente viene reconociendo que tales actos son de riguroso dominio, hemos de convenir que, aun siéndolo, no pueden identificarse con los actos de enajenación. Las modificaciones de las entidades hipotecarias no cambian la titularidad, sino que la identifican, la concretan. Así, en una agrupación no puede estimarse que el que agrupa sea más propietario por el hecho de la agrupación, sino que, siendo propietario con la misma intensidad, ha querido por su sola voluntad acabar con la dispersión, creando una sola finca donde antes había varias. Lo mismo cabe decir de la segregación, de la agregación, de la división. Se trata de un negocio de individualización (de riguroso dominio, si se quiere, o de disposición, pero nunca de enajenación).

La individualización de la finca, mediante declaraciones de los interesados manifestadas en un negocio jurídico, se erigen en modo usual de identificación seguido por nuestro Derecho. Pero ese negocio jurídico puede perseguir:

- Ya, simultáneamente, la justificación de una adquisición y la identificación de una finca a efectos de ingreso de ésta en los libros registrales; o bien,
- Directamente, la individualización de la finca como contenido propio y exclusivo de aquel negocio jurídico, aunque, además, pueda venir unido a otro de transmisión o adquisición que, desde luego, se diferencia del anterior.

- a) El primero de los supuestos apuntados se identifica con cualquiera de los medios de inmatriculación, cuyos procedimientos respectivos, intentando el ingreso de una finca en el Registro, se basan inexcusablemente en el negocio de adquisición de una finca al que complementan y justifican, o que forma, según los casos, el contenido propio del título inmatriculador.
- b) El último supuesto es el que puede recibir, en sentido estricto, la denominación de NEGOCIO JURIDICO DE INDIVIDUALIZACIÓN, por cuanto su contenido no va encaminado a justificar una adquisición, sino a determinar hasta dónde llega una finca.

En las fincas materiales debe admitirse la presunción puramente objetiva de que allí hasta donde llega la titularidad dominical ininterrumpida llega la finca. Pero esta presunción queda supeditada a la voluntad del propietario, la cual, dejando a salvo las leyes que socavan la facultad de división, puede especificar hasta dónde llega una finca de la que resulta dueño:

- Ya por *reducción*, haciendo una finca de lo que, en principio, eran varias colindantes (agrupación) y dejando, por tanto, que se cumpla la presunción objetiva reseñada más arriba;
- Ya por *multiplicación*, haciendo varias de lo que, en principio, era una sola (división, segregación), rompiendo así la presunción y dejándola sin efecto; o
- Ya por *transformación*, multiplicando una finca (segregación) para ampliar otra (agregación) quedando intacto el número de objetos de derecho; o cualificando un predio por consecuencia de mejoras introducidas en la finca o de nuevas plantaciones u obras nuevas en ella realizadas.

*Algo sobre la naturaleza jurídica del acto de individualización:*

- a) *Su configuración como negocio jurídico.*

La atribución o no de ese carácter depende exclusivamente de la importancia que se atribuya a la voluntad del propietario:

- 1) *Teoría objetiva.*—Para ella, el acto de individualización de una finca se configura como simple acto económico o, al menos, no negocial, puesto que prescinde de la voluntad del dueño, de modo que la individualización depende únicamente del estado del predio. Su uniformidad superficial o de cultivo, su denominación única o su cierre por paredes o accidentes del terreno servirán de índice revelador de la existencia de una sola finca; su variedad de cultivo, denominaciones diversas, accidentes del terreno entre los predios, etc., serán señales inequívocas de una pluralidad.

La presunción de que la finca llega hasta donde llegue la titularidad dominical no interrumpida se lleva a sus últimas consecuencias, toda vez que, prescindiendo de la voluntad del dueño, basa la interrupción en meros datos físicos, tales como un vallado, un seto, una acequia.

- 2) *Teoría subjetiva.*—El acto de individualización se configura como negocio jurídico si se atribuye a la voluntad del dueño significado primordial, siempre que no contravenga normas

imperativas que impidan la minimización de los fundos. A nuestro modo de ver (7), esta última postura es la aceptable, ya que la teoría objetiva basa la separación de los predios en la existencia de meros accidentes y la unificación en la desaparición, incluso casual, de los mismos. No es igual que una pared interpuesta entre dos trozos de terreno sea derribada por el propietario, revelando así su voluntad de agrupar, que sea destruida por movimiento de tierra, en cuyo caso—como dice AURICCHIO—sólo existe un indicio de la voluntad del dueño de agrupar si no reconstruyó el muro, pero nunca que el acto material en sí haya causado la unión.

En la tradicional diferenciación de hechos, actos y negocios jurídicos, parte BETTI (8) de una sutil y precisa distinción:

- Hecho jurídico es aquel acontecimiento en que no interviene la voluntad del hombre o, interviniendo, el Derecho no valora esa voluntad, sino sus resultados (por ejemplo, hallazgo de un tesoro casualmente).
- Acto jurídico es el hecho en que interviene una voluntad, la cual es valorada en sí misma por el Derecho. Esa voluntad puede ser manifestada:
  - Mediante actos concluyentes (voluntad tácita); o
  - A través de una declaración expresa, ya buscando efectos psíquicos (o internos), ya persiguiendo efectos externos, refiriéndola a destinatarios concretos.
- Negocio jurídico es el acto por el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con los demás y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo.

Esto así, las modificaciones de entidades hipotecarias no pueden ser incluidas en el grupo de los hechos jurídicos toda vez que en ellas interviene una voluntad que el Derecho valora positivamente; pero cabe la duda de si estaremos en presencia de un acto o de un negocio jurídico. En verdad, el negocio jurídico es un acto, pero tiene la particularidad (que no caracteriza al acto jurídico) de la autorregulación para el futuro de intereses privados. No debe ser confundido, pues, el negocio jurídico con el acto jurídico de ejercicio de los derechos subjetivos. «El negocio jurídico—dice BETTI—crea, respecto a los intereses regulados, poderes y vínculos jurídicos que antes no existían. En cambio, el ejercicio del derecho realiza el estado de hecho o de derecho que corresponde a una preexistente protección legal, con o sin la cooperación ajena.» «En el negocio jurídico—sigue diciendo BETTI—, la conciencia y la voluntad del particular toman una actitud bastante más compleja que en los demás actos lícitos. Ellas

(7) Seguimos en esto a AURELIO DÍEZ GÓMEZ: *Sobre el concepto de finca*, «R. D. N.», t. 52, y a AURICCHIO: *L'individuazioni dei beni immobile*, Nápoles, 1960.

(8) EMILIO BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 61 y siguientes.

aquí se nos presentan dirigidas a dictar una reglamentación rápida en el futuro, y orientadas hacia el fin práctico típico que informa dicho acto. Nada de esto ocurre, en cambio, en los demás actos lícitos. La conciencia y voluntad del individuo no están en ellos dirigidas a prescribir a sus intereses una regulación para el futuro, no miran a un fin que trascienda del acto, sino que agotan su eficacia conduciendo a resultados más próximos, más circunscritos, de carácter inmediato y transitorio.»

Estimamos, pues, que la presunción de que la finca termina donde acaba la titularidad dominical ininterrumpida opera como presunción «iuris tantum» o signo aparente de la voluntad del propietario que, por expreso deseo de éste, puede romperse o cumplirse íntegramente, produciendo tantos objetos de derecho (fincas) como se lo permitan las leyes prohibitivas de marcado tinte social. Pero la voluntad que multiplica o reduce tales objetos de derecho sometiéndolos válidamente y para lo futuro a nuevas situaciones, no puede ser de otra clase que una voluntad negocial, surgida unilateralmente, desde luego, pero manifestada, ya a través de actos concluyentes (sin documentación), ya por actos formales (voluntad documentada), si la individualización quiere ingresar en el Registro.

b) *Su configuración como negocio jurídico de disposición.*

Es frecuente que el negocio jurídico de individualización vaya acompañado de un negocio adquisitivo (p. ej., en la agrupación), o de otro de transmisión (p. ej., en la división o en la segregación), y aunque son negocios diferentes, ¿cabrá calificarlos dentro del mismo grupo de negocios de disposición o, por el contrario, uno—el de individualización—será de administración y otros—los de adquisición y transmisión—serán de disposición?

Las posiciones son variadas dentro de la dogmática moderna, aunque la Dirección General de los Registros, en Resoluciones de 28 de julio de 1928 y 23 de febrero de 1929, entre otras, tiene declarado (implícitamente en la primera y de modo expreso en la segunda) que los actos de modificación de entidades hipotecarias o fincas consistentes en segregaciones o agregaciones o divisiones son de riguroso dominio.

Partimos nosotros, también, de esta misma consideración y, por ello, estimaremos que la individualización de las fincas se realiza a través de un negocio de disposición que, sin embargo, no es de enajenación. El negocio de enajenación es, a la vez, de disposición, por cuanto exige poder dispositivo sobre la cosa, pero lo cualifica el llevar aparejado un desapoderamiento o transmisión de esa misma cosa. El negocio de individualización implica un poder de disposición (luego es negocio dispositivo), pero no acarrea una transmisión (luego no es de enajenación).

En consecuencia, el negocio jurídico de individualización podrá ser otorgado por quien ostente el poder de disposición sobre la cosa individualizada, sin necesidad de previas autorizaciones o posteriores ratificaciones. Pero—insistimos en ello—el poder dispositivo opera como elemento básico del negocio, de modo que quien no lo tenga por derecho propio deberá obtenerlo expresamente por representación legal o voluntaria de quien pueda concederlo.

- 3.<sup>a</sup> Es un acto que, al recoger un hecho, no exige la existencia de una causa objetiva, como las del artículo 1274 del Código civil. No puede decirse que haya independencia de la causa que origina el acto, sino irrelevancia de esa causa que para los contratos impone el artículo mencionado de nuestro Código. No hay abstracción porque en el acto se hace constar la existencia de un hecho producido o proyectado (una obra nueva terminada o comenzada, una agrupación, etc.); y no hay declaración formal del titular dirigida al registrador porque no es preceptivo—como así lo reconoce la Dirección General de los Registros—que el titular solicite expresamente la registración del acto de individualización (basta con el otorgamiento para que el acto, sin más requisitos de solitud *seudo-sacramental*, pueda ser inscrito).

B) *Las hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas*

Para que la hipoteca quede plenamente identificada en su lado activo y en el pasivo requiere dos actos sucesivos: uno de creación de la limitación, y otro de aceptación de la hipoteca. Cada uno de ellos, plenos en sí mismos y con la finalidad estricta que de ellos se desprende, acceden independientemente al Registro, pero nada tienen que ver con el consentimiento formal:

- 1.º El acto jurídico de creación persigue establecer la limitación del que consiente, pero no es un consentimiento abstracto, pues en el documento habrá de consignarse la causa origen de la hipoteca a constituir. El acto reunirá así todos los requisitos marcados por la Ley, pero por sí solo no puede crear la limitación, ya que en materia de hipotecas la relación jurídica es creada por el Registro. Por eso la inscripción tiene por contenido único crear y proclamar ante todos la limitación pretendida.
- 2.º El acto jurídico de aceptación persigue la adquisición de un derecho. Al aceptar, el interesado consiente en adquirir, pero su consentimiento tampoco es abstracto, pues tiene su causa en el acto jurídico previamente inscrito de constitución de la hipoteca. Igual que ocurre con éste, el acto de aceptación, aun siendo válido en sí mismo, no produce por sí solo la adquisición del derecho, sino que precisa de un elemento extraño cual es la registración. Por eso la nota marginal preceptiva marca el momento de tal adquisición.

C) *El consentimiento ante la cancelación. ¿Recoge el artículo 82 de la Ley Hipotecaria una manifestación del consentimiento formal?*

**Art. 82:** "Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino... por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos."

a) *Una posición tradicional*

Gran parte de los autores españoles ven en el artículo 82 la única expresión del consentimiento formal en nuestro sistema. En tal sentido se pronuncian, entre otros, SANZ FERNÁNDEZ (9), ROCA SASTRE (10) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (11), señalando como caracteres del mismo:

- 1.º Ser un consentimiento unilateral, en el sentido de no ser concordado.
- 2.º Ser un acto dispositivo, para lo cual se invocan las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 1 de octubre de 1881 y de 24 de agosto de 1893 y la tajante redacción del artículo 178 del Reglamento Hipotecario. Según las Resoluciones citadas, quien haya

---

(9) SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 3 y sigs.

(10) ROCA: *Derecho Hipotecario*, t. I, págs. 726 y sigs.

(11) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Derecho Inmobiliario Registral* (págs. 146 y sigs.), dicen que «esta modificación del Registro, mediante la simple manifestación formal del titular afectado, e independientemente de la exactitud o inexactitud de cuanto el asiento manifestaba, se halla restringida al de cancelación, destinado a suprimir la efectividad actual de otros asientos anteriores. Así resulta del art. 82... Mas el artículo 82—continúa diciendo en nota al pie de la pág. 147—no sólo no exige que se acredite la previa extinción del derecho que va a cancelarse, o que se exprese la causa, sino que parece dispensar de todo eso: precisamente porque el alcance de la expresión unilateral de voluntad del titular es puramente formal, referido a la modificación del Registro (consentimiento para la cancelación, no extinción del derecho). En cambio, el artículo 79, en un plano material, contempla los diversos supuestos en los cuales se extinguen las titularidades reales, y faculta entonces para pedir la cancelación a cualquiera de los afectados por ellos... La extinción de los derechos, en el aspecto material, sigue la misma regla de causalidad que las restantes modificaciones reales. Por supuesto, esta cancelación abstracta apenas existe en la realidad española: el asiento se cancela normalmente mediante una escritura que demuestra la extinción del derecho real».

de consentir en la cancelación habrá de tener la capacidad necesaria para disponer, pues la cancelación es un acto de enajenación.

- 3.º El consentimiento formal debe ser expreso y ha de estar consignado en escritura pública o documento auténtico (art. 82).
- 4.º Es un negocio real que tiende directamente a obtener la modificación del Registro.
- 5.º Sin admitirse en nuestra patria los contratos abstractos, por aplicación del artículo 1277 del Código civil, el consentimiento formal para obtener la cancelación no exige expresión de causa.

#### b) *Una nueva orientación* (12)

A nuestro modo de ver, en los caracteres que destaca la dogmática tradicional para insertar dentro del artículo 82 la manifestación única de nuestro Derecho respecto al consentimiento formal se encuentran sus fallos:

- 1.º Porque el título extintivo que provoca la cancelación no es siempre un acto de disposición.
- 2.º Porque el título extintivo que ingresa al Registro no tiende directamente a producir la modificación de los libros registrales, sino la extinción del derecho, en principio, y después, como consecuencia, esa modificación. Y
- 3.º Porque el consentimiento formal requiere abstracción de la causa que lo origina, que es algo diferente de su no expresión.

Del artículo 82, en sus relaciones con los artículos 2.º—ap. 2.º—, 79 y 80 y 97, todos ellos de la Ley Hipotecaria, deducimos nosotros la siguiente doctrina en torno al consentimiento para la cancelación:

- 1.º Del mismo modo que para lograr la inscripción la Ley exige la la presentación al Registro de un título (documento público o auténtico) continente de un acto (título material o sustantivo) que constituya o modifique el derecho publicable, así para la desinscripción o cancelación se requiere la presentación de otro documento público o auténtico que contenga el acto extintivo de tal

---

(12) Iniciada esta postura por DÍEZ-PICAZO («R. C. D. I.», núm. 462), nos adherimos a ella.

derecho. No otra cosa suponen la registrabilidad de los títulos extintivos del dominio (que proclama el art. 2.º de la Ley), o la tajante imposición que hace el artículo 173 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la presentación en el Registro de los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho o en que se declare la nulidad del título o de la inscripción.

LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, después de proclamar que la cancelación abstracta del art. 82 apenas existe en la realidad española, puesto que el asiento normalmente se cancela mediante una escritura que demuestra la extinción del derecho real, ponen el siguiente ejemplo: «Para cancelar, por voluntad unilateral del usufructuario, una inscripción de usufructo, se presenta una escritura de renuncia al derecho mismo y no una pidiendo, sin más, la cancelación del asiento, si bien, como decimos, también esta segunda sería inscribible.»

Creemos, sin embargo, que los términos del art. 173 del Reglamento no dan lugar a la inscripción de esa segunda escritura inexpressiva de su causa extintiva.

- 2.º El consentimiento prestado en el título extintivo no se encamina, en principio, a producir la modificación del Registro, sino a extinguir el derecho anteriormente constituido y publicado por los libros registrales. Si comparamos el proceso de desinscripción (registración negativa) con el de inscripción (registración positiva), no puede parecernos más lógica y consecuente la postura de la Ley:
- a) Para lograr la inscripción se exige la presentación de un título público o auténtico (art. 3.º de la L. H.). Para obtener la desinscripción se necesita otro documento de la misma especie (artículo 82), evitándose así que la cancelación se obtenga previa presentación de un documento de inferior categoría, como sería un simple recibo autorizado por notario (permitido por Res. de 1 de abril de 1863), o un testimonio de acta notarial de pago (art. 72 del R. H. de 1870).
  - b) El documento presentado para la registración positiva deberá contener un acto válido de creación o modificación (art. 2.º de la L. H.). Del mismo modo, el título que pretenda la cancelación llevará dentro de sí un acto extintivo (art. 2.º de la L. H. y 173 del R. H.).
  - c) El acto válido de creación accede al Registro y obtiene una inscripción (registración positiva). Publicado por los libros registrales el derecho constituido, se presume a su titular como dueño y poseedor (art. 38). Posteriormente, el acto válido de

extinción acude también al Registro y logra la desinscripción de aquel derecho (cancelación). Lógicamente, las presunciones del artículo 38 deben desaparecer; por eso, practicada la registración negativa, se presume extinguido el derecho a que la misma se refiere (art. 97 de la L. H.).

Nótese, pues, cómo el procedimiento y consecuencias posteriores de la inscripción son similares, aunque, naturalmente, de signo contrario, a los de la desinscripción; pero lo curioso es que nadie haya pensado que el título constitutivo tienda a la modificación del Registro directamente y no a la constitución del derecho como finalidad primordial, y sí, en cambio, que el título extintivo se encamina a tal modificación y no fundamentalmente a la extinción; y que a nadie se le ocurriera proclamar que en el acto de constitución haya un consentimiento formal y sí lo haya, por el contrario, en el de extinción. Mucho más claro es suponer que el proceso de constitución del derecho y su posterior registración tiene un camino que se va cumpliendo paso a paso, y que el de desinscripción se encuentra ante el mismo camino, sólo que al revés: desandando lo andado.

- 3.º El consentimiento que da lugar a la cancelación no es un consentimiento diferente del que provoca la extinción del derecho.

Pero a este respecto tiene algo que decir la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros:

*Resolución de 8 de enero de 1921:*

La forma jurídica del pago se reviste de extraordinaria solemnidad cuando ha de ir acompañado por parte del acreedor de la cancelación de un derecho real inscrito, porque entonces se hace patente la separación de dos elementos esenciales: el pago, que funciona como causa, y la declaración cancelatoria, que es su consecuencia, recogidos por normas de carácter diferente y que, por lo tocante a la capacidad de las personas, exigen del notario una cuidadosa atención, ya que la capacidad para recibir en pago cantidades no se desenvuelve en la legislación paralelamente a la facultad de cancelar inscripciones.

*Resolución de 27 de septiembre de 1924:*

Los actos jurídicos de cobro y cancelación de préstamos hipotecarios que extinguen, respectivamente, el crédito personal y el derecho real que lo garantiza, se hallan en nuestra legislación diferenciados en forma tan absoluta, que son muchas las ocasiones en que una persona autorizada, en general, para recibir pagos, no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda correspondiente sin que esta consecuencia pueda presentarse como absurda deducción del sistema, sino más bien

como lógica derivación de la distinta importancia que para el régimen jurídico tiene el crédito y el derecho real, los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o efecto hipotecario.

*Resolución de 22 de junio de 1936:*

La argumentación del recurrente al estimar la extinción de la garantía hipotecaria como consecuencia del pago tiende a destacar esto último como acto principal, prescindiendo de las características del caso y resolviendo la dificultad con atención exclusiva al aspecto obligacional, sin tener en cuenta que la escritura era de carta de pago y cancelación de hipoteca y que, por tanto, la capacidad debía ser la requerida para estos actos, puesto que el cobro de la cantidad adeudada determinaba la extinción del derecho real de carácter accesorio.

Resulta innecesario aclarar que las tres Resoluciones de la Dirección General de Registros se produjeron para supuestos de extinción de créditos hipotecarios. En orden a requisitos de capacidad, esta clase de cancelaciones es la que más quebraderos ha dado a nuestra doctrina y a nuestra jurisprudencia, tal vez por no querer apartar del tópico de ver siempre en la cancelación un acto de disposición, olvidando que la cancelación, al ser expresión registral de un acto extintivo, no es nunca acto dispositivo, y que el acto de extinción podrá serlo o podrá no serlo. Si al extinguirse el derecho se produce un desapoderamiento que beneficia a persona distinta del titular (renuncia, condonación, etc.), estaremos en presencia de un acto de disposición con su secuela de exigencias de capacidad. Si, por el contrario, el acto extintivo sobreviene por Ley (ya mediante declaración expresa, ya por las consecuencias que las Leyes impongan a un acto voluntario como es el pago), por cumplimiento de una condición, etc., aun cuando algún tercero quede beneficiado, no toparemos con un acto dispositivo, sino con un acto debido por parte de quien, habiendo extinguido el derecho, se encuentra ante la obligación ineludible de cancelar.

De todos modos, en materia de cancelación de hipotecas se nos antoja que las cosas han sido desfasadas por querer desentenderse de la forma en que se producen los derechos y de las vicisitudes de éstos hasta el momento de su muerte: Al constituirse la hipoteca, las partes establecen un crédito (obligación), y como garantía para el mismo constituyen una hipoteca. Surge ésta por la voluntad libérrima de las partes como algo accesorio de la obligación principal a la que garantiza. En virtud del principio (ampliamente reconocido por nuestro C. c.) de que lo accesorio sigue a lo principal, las partes (que fueron libres para establecer la garantía) han perdido la libertad de mantenerla con vida sin la existencia

de la cosa principal que la sustenta. Fueron libres para crear lo accesorio, pero una vez constituido han dejado de serlo. Podrán, si quieren, dar muerte a la garantía manteniendo la obligación principal (caso claro de acto de disposición), pero no podrán mantener con vida a lo accesorio cuando lo principal se extingue.

Esa garantía nace ya supeditada a un algo distinto, y desde el momento de su nacimiento las partes saben de su vida, de su muerte, de sus limitaciones, y no podrán extrañarse de que, fenecida la obligación principal—savia de lo accesorio—, se extinga de modo absoluto lo que le fue añadido como garantía. ¿Cómo podría admitirse en nuestro Derecho una hipoteca sin garantizar un crédito si no es admitida la figura de la hipoteca independiente? Por eso creemos que extinguida la obligación principal por quien, con arreglo a las leyes, tenga capacidad para ello, se extingue automáticamente la obligación accesorio.

Una mayor rigurosidad en la exigencia de capacidad deberá proclamarse a la hora de la constitución de la garantía, pues fue la libre voluntad de los interesados la que dio origen a su establecimiento: con capacidad para gravar bienes inmuebles, podrá constituirse la hipoteca; sin capacidad, no será posible. Esto mismo deberá suceder en el momento de la extinción cuando lo que se extinga sea la garantía dejando subsistente la obligación principal, ya que es la voluntad libre, consciente y *capaz* la que provoca la extinción y, por ende, la disposición de un derecho impuesto sobre un inmueble. Pero cuando, por consunción normal de la obligación principal (pago, p. ej.), se extinga automáticamente la accesorio, no deberán exigirse mayores requisitos de capacidad que los impuestos por la legislación civil para extinguir aquella, toda vez que en la muerte de la accesorio, al seguir la suerte de la principal y extinguirse automáticamente con ella, la voluntad no es libre, sino obligada. No se dispone de un derecho, de una garantía, sino que ésta se extingue, quíralo o no la voluntad del titular, cuando la obligación principal desaparece.

Por eso estimamos desviada toda la gama jurisprudencial (tanto la antigua, aferrada a un tópico, como la moderna, que no sabe salir de él), y de excesivo rigorismo—e incluso contradictorio—el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, determinador de la capacidad requerida para cancelar.

El consentimiento, por tanto, deberá ser exigido para extinguir el derecho, no para lograr la cancelación, ya que, como decíamos antes, ésta no es más que la expresión registral de un título extintivo.

- 4.º Si consideramos como no admisibles en nuestro Derecho los negocios jurídicos abstractos, estamos rechazando el consentimiento formal, por cuanto supone una independencia del negocio con la

causa que lo origina. Y no valdrá salir con la idea sustitutiva de que en Derecho patrio el consentimiento formal se manifiesta desnudo en su apariencia al no expresar su causa, pues inexpressión y abstracción son términos bien diferentes.

El negocio abstracto supone una independencia total con la causa que lo ha provocado, de modo que las vicisitudes de ésta (ilicitud, inexistencia) no afectan a la subsistencia del negocio, que seguirá siendo válido.

La inexpressión de la causa presume la existencia de la misma y de su licitud (art. 1277 del C. c.); pero si se probare que no existe, que es ilícita o que es falsa, el negocio no subsistirá, sino que será nulo (arts. 1275 y 1276 del C. c.).

Si en Derecho Hipotecario español se llegase a admitir el negocio abstracto, fatalmente independiente de su causa, habríamos de admitir, en consecuencia, la posibilidad de renunciar a los asientos del Registro, cosa inadmisibles por chocar con razones de orden público.

Y si proclamamos la inexpressión de la causa, negaremos el consentimiento formal, ya que, conceptualmente, es tenido como abstracto. Aun así, en materia de cancelación no puede sustentarse la regla general de que el consentimiento extintivo se halle desprovisto en su forma externa de toda referencia a la causa. Sucederá esto en la extinción de las anotaciones preventivas (art. 206 del Reglamento Hipotecario), para las cuales parece bastar la renuncia sin expresar la causa, para que la cancelación pueda producirse; pero no para la cancelación de las inscripciones, toda vez que los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria, al proclamar la serie de causas que permiten obtener la cancelación, no habrán sido puestos por el legislador por puro capricho, sino para ser tenidos en cuenta a la hora de confeccionar el título extintivo y facilitar la función calificadora del registrador, permitiéndole averiguar si el acto es lícito y válido o no se ajusta a Derecho. No creemos que el mismo legislador que redactó los artículos 79 y 80 vaya a olvidar sus propias normas dos preceptos después: concretamente en el artículo 82.

JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA,  
Registrador de la Propiedad