

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales

SUMARIO: I. *Antecedentes sobre cancelación de hipotecas*: A) Antes de la reforma del Código civil. B) Después de la reforma del Código. C) Sistema adoptado por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.—II. *Doctrina de la jurisprudencia registral*: A) Resolución de 2 de noviembre de 1959. B) Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964.—III. *Examen de los fundamentos jurídicos de la expresada jurisprudencia*: A) Administración de la sociedad conyugal por el marido. B) Accesoriedad de la hipoteca. C) Obligación de cancelar exigible al acreedor que cobra el crédito. D) Concordancia entre realidad jurídica y Registro. E) Posible perjuicio al propietario de la finca gravada.—IV. *Otra Resolución posterior interesante*.—V. *Consecuencias de la doctrina civilista adoptada por la jurisprudencia registral*: a) Las «facilidades» en el Registro. b) Hipotecas constituidas e inscritas a favor de marido y mujer. c) Casos de cesión y de posposición de hipoteca. d) Caso de subhipoteca. e) Modificación reglamentaria indispensable.—VI. *Conclusiones*.

I. ANTECEDENTES SOBRE CANCELACIÓN DE HIPOTECAS.

El acaecer jurídico—legislación, jurisprudencia, doctrina—ofrece en algunas ocasiones, no muy frecuentes por fortuna, paradojas, antinomias y contradicciones no sólo insospechadas, sino inexplicables, al menos a primera vista. Suelen obedecer, por lo que a las jurisprudenciales se refiere, a la especial circunstancialidad de cada caso que obliga al juzgador a desviarse de la línea conceptual trazada en casos anteriores, idénticos o casi idénticos, pero de distinta circunstancia. Y pueden también ocurrir, aunque más raramente, cuando se resuelven problemas sencillos, acaso fútiles, pero en cuyo trasfondo se encierran otros de mayor envergadura, quizá de auténtica trascendencia, y cuya solución, en un sentido o en otro, queda pre-

determinada por la dada a la que podría denominarse *questio* minúscula.

Esto último es posible de modo particular cuando la jurisprudencia aplica o interpreta derechos positivos de carácter sistemático, que responden a un sistema coherente, articulado sobre principios básicos fundamentales integrantes de un todo metódico y lógico. Sirva de ejemplo señero la legislación hipotecaria o del Registro de la propiedad inmueble, que constituye una efectiva lógica jurídica, en la cual alterar un precepto aislado sin tener en cuenta el conjunto de los demás o retocar una disposición sin considerar sus inevitables repercusiones resulta sumamente peligroso y expuesto a producir las desviaciones y antinomias antes aludidas. Es como si en una partida de ajedrez planeada hábilmente por ambos contendientes y ya promediada, alguien modificase arbitrariamente la posición de las piezas: los dispositivos del ataque y de la defensa quedarían inservibles e ineficaces. Del mismo modo, si en una legislación sistemática el legislador o el juzgador, a través del precepto o de la sentencia, hace caso omiso de alguno de los presupuestos materiales o formales del sistema, quebranta todo el conjunto y puede poner en peligro la subsistencia concorde de las normas.

Sugiérenme estas breves reflexiones una reciente jurisprudencia establecida en tres Resoluciones idénticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con un problema tal vez pequeño, pero cuyas consecuencias, si prevalece en lo futuro su doctrina, como es de presumir, pueden revestir mayor importancia. Ya es sabido que, no siendo la jurisprudencia fuente de Derecho en nuestra legislación, las Resoluciones de aquella Dirección sólo obligan en el caso concreto que resuelven; pero es tanta la autoridad del Centro Directivo y han sido tan sabias y tan fundamentadas muchas de sus decisiones, que no es lícito menospreciar la trascendencia que reviste el que de modo reiterado sostenga una doctrina interpretativa, y máxime cuando esta doctrina, dicho sea con todos los respetos, se enfrenta con algunos preceptos legales y reglamentarios y con reiterada jurisprudencia anterior.

Trátase, en suma, de algo tan simple a primera vista como determinar si para cancelar una hipoteca en garantía de créditos gananciales o presuntivamente gananciales e inscrita en el Registro a nombre de ambos cónyuges «conjuntamente y para la sociedad con-

yugal», basta el consentimiento sólo del marido o se requiere además el de la esposa, conforme al artículo 1.413, reformado, del Código civil y a los concordantes preceptos de la legislación hipotecaria.

Y las Resoluciones a que me refiero son las de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964; la primera y la última recaídas en recursos gubernativos promovidos solamente a efectos doctrinales; y todas dictadas con revocación de las notas de los Registradores y de los autos de los Presidentes de las respectivas Audiencias Territoriales (Valencia, Cáceres y Madrid) (1).

Para plantear bien el problema, en el terreno de la legislación vigente, y sin entrar en el arduo problema de si fué o no acertada la reforma del Código civil en orden a la disposición de bienes inmuebles gananciales y de si la intervención de la mujer en la cancelación de créditos hipotecarios que tengan esa calidad favorece o no sus intereses, es conveniente una sumaria exposición de antecedentes relativos a la cancelación por pago de las hipotecas garantizadas de créditos personales.

A) Antes de la reforma del Código civil de 1958.

En los albores de la implantación de la Ley Hipotecaria—antes, por consiguiente, del Código civil y de la Ley de 1909 y de las posteriores reformas de ambos Cuerpos legales—, la hipoteca se reputaba accesoria en términos absolutos de la obligación por ella asegurada.

La hipoteca se extinguía automáticamente por la extinción de la obligación principal, pues se consideraba, conforme a la Ley 38, título XIII, partida 5.ª, que la extinción de la obligación principal no podía por menos de llevar consigo la de la hipoteca que, como accesoria y ligada a ella, tenía que seguir su suerte. Como decía la Real Orden de 20 de abril de 1867, «quedaba extinguida de derecho

(1) Se trata de tres recursos contra otras tantas calificaciones de los Registradores de Carlet, de Almendralejo y de Madrid número 1. Por haber intervenido profesionalmente en el último de ellos, me creo obligado a tratar el problema planteado con la mayor objetividad, situándolo en un nivel puramente doctrinal, como lo hicieron con brillantez los competentes Notarios recurrentes. Y si, contra mi voluntad, se frustrase en algún juicio o concepto ese propósito de imparcialidad y elevación de miras, de antemano ofrezco mis excusas a cuantos no compartan mi criterio.

la hipoteca como pacto accesorio por el hecho personal del deudor de pagar la deuda a que servía de garantía y debiendo de verificarse en tal caso la cancelación por reputarse extinguido el derecho inscrito, como efecto natural del contrato». Tan accesoria era la hipoteca, que para su cancelación no era necesaria ninguna declaración especial de voluntad, ningún consentimiento del acreedor encaminado a la práctica del asiento cancelatorio y consiguiente extinción del derecho real, que era inconcebible desvinculado de la obligación personal.

Con esta tesis de accesoriedad tan absoluta bastaba para cancelar la hipoteca, como es lógico, que constase, que se acreditase el hecho del pago de la obligación asegurada. Y así no es de extrañar que en muchos Registros se cancelasen las hipotecas mediante la sola presentación de la escritura de constitución si a su final o pie el acreedor hacía constar que había recibido el importe del crédito. Así lo da a entender la Resolución de 1 de abril de 1863, que declaró no bastar para la cancelación el mero recibo del acreedor puesto al pie de la misma escritura o presentado por separado, «a no ser que en el primer caso autorice dicho recibo un Notario, o en el segundo se otorgue una carta de pago en forma legal». Como se ve, la Dirección aceptaba el procedimiento, pero exigía, como era lógico, la autenticidad del recibo.

Y poco después el Reglamento de 29 de octubre de 1870, en su artículo 72, disponía que las cancelaciones de créditos hipotecarios podían hacerse presentando en el Registro las mismas escrituras de crédito inscritas, con testimonio de acta notarial de pago, puesto a continuación de la nota de inscripción. Y como se considerase, pasados unos años, que el acta notarial no era suficiente para hacer constar el pago, la Resolución de 20 de octubre de 1875 declaró que para que el acta notarial surtiese el efecto de cancelar la inscripción de crédito hipotecario, era necesario que constase en ella que el Notario daba fe de la entrega de las cantidades al acreedor, no bastando que éste confesase haberlas recibido.

El Código civil, siempre respetuoso con la Ley Hipotecaria, dispuso en su artículo 1.880 que lo relativo a la constitución, modificación y extinción de la hipoteca que no hubiese sido comprendido en el capítulo III del título XV del libro IV del mismo Código, «quedará sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria». Es necesario

no olvidar este precepto, tenerlo muy presente como base de cuanto se ha de decir después. A su tenor, la extinción del crédito o de la obligación asegurada con la hipoteca e incluso, si se quiere, la extinción *inter partes* del derecho real se regularán por la legislación civil; pero la cancelación de la hipoteca, o, lo que es lo mismo, la extinción de ésta respecto de tercero, es de la competencia exclusiva de la legislación hipotecaria. Cualesquiera que sean las normas civiles, es tan sólo la Ley Hipotecaria y su Reglamento o disposiciones complementarias las que rigen todo lo relativo a la cancelación de la hipoteca, sus supuestos, sus requisitos, su forma, sus efectos, etcétera. No se olvide que la cancelación es un asiento registral y no una institución civil (2).

También el Código estableció en el artículo 1.875 el valor constitutivo de la inscripción de hipoteca y consideró a ésta como bien inmueble en el número 10 del artículo 334. Y en el 1.280, número 1.º, exigió que constaren en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Por su parte, la jurisprudencia hipotecaria y las Leyes de 1869 y 1909 y su Reglamento de 1915 (3) habían desechado el sistema de la cancelación automática de la hipoteca por el simple hecho del pago del crédito asegurado, y habían exigido una declaración especial de voluntad para tal cancelación: el consentimiento expreso del acreedor en que se realizase. Demostraba esto que obligación (derecho personal) y garantía (derecho real) vivían en dos mundos diferentes y que el principio de accesoriedad, innegable, no era, sin

(2) Por ello, produce no sólo extrañeza, sino también amargura, que Registrador y publicista tan calificado como BUENAVENTURA CAMY diga, al comentar en la «Revista de Derecho Privado», septiembre de 1964, página 803, la última de las citadas Resoluciones, que los problemas planteados—los de la cancelación registral de una hipoteca—«son netamente de orden civil». La extinción de la obligación asegurada y, aun si se quiere, la del derecho real garantizador—claro que sólo *inter partes*—, es evidente que pertenecen al orden civil y que por el Código se regulan; pero la extinción del derecho real en cuanto a tercero, la extinción de un asiento registral por medio de otro asiento de cancelación!... Admirado CAMY: no hay que anticipar el sepelio de los principios hipotecarios que informan genéricamente nuestra legislación vigente y de modo concreto la unitaria teoría de la cancelación.

(3) El artículo 231 del Reglamento de 1915 reputó a la cancelación de hipoteca como acto de enajenación y por ello exigió la autorización judicial para que el padre o la madre pudieran realizar actos de extinción de derechos reales pertenecientes a sus hijos menores, tales como cesión, renuncia, subrogación, cancelación, etc.

embargo, tan absoluto e irrefragable que pudiese determinar la cancelación automática de la hipoteca en el Registro por la sola extinción de aquélla. Se partía, como dice Roca Sastre, de una diferenciación enérgica entre el crédito y la hipoteca, a base de que uno y otra son entidades pertenecientes al campo de las obligaciones y al de los derechos reales respectivamente (4), por lo que el pago en débito garantizado sólo extingue la obligación, en tanto que la extinción del derecho real requiere un acto especial de cancelación.

La jurisprudencia siguió reiteradamente este camino, de acuerdo con la doctrina dominante. Son muchas las Resoluciones que proclamaron que los actos jurídicos de cobro y de cancelación, que extinguen respectivamente el crédito personal y el derecho real que lo garantiza se hallan diferenciados en nuestra legislación de forma absoluta, y que la cancelación de un derecho inscrito constituye un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación (Resoluciones de 8 de enero de 1921, 27 de septiembre de 1924, 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936, etc.) (5).

Y llegamos a la Ley Hipotecaria de 1946 y al Reglamento de 1947.

(4) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, tomo III, pág. 832.

(5) De estas Resoluciones merecen destacarse los siguientes Considerandos de la de 8 de enero de 1921: «Que sobre todo 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, regidos 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». De la de 27 de septiembre de 1924: «Que 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 un efecto hipotecario». Y, finalmente, la de 22 de junio de 1936: «Al estimar el recurrente la extinción de la garantía hipotecaria consecuencia del pago, tiende a destacar el último como acto principal, prescinde de las características del caso y resuelve 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 había de ser la requerida para estos actos, puesto que el cobro determinaba la extinción del derecho real de carácter accesorio». «Que el derecho de cancelar no es inherente al de administrar; que la cancelación

La primera sigue exigiendo para la cancelación de hipoteca el consentimiento del acreedor o titular inscrito, declara que las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación, y que cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que se refiera, lo que *a sensu contrario* implica que, respecto a tercero, si el asiento está vigente, el derecho se presume subsistente y eficaz. El Reglamento contiene un nuevo precepto, inspirado en la jurisprudencia, que pone de manifiesto que la accesoriedad de la hipoteca no es tan absoluta que el pago del crédito determine automáticamente la cancelación del asiento registral. Me refiero al 179, que literalmente dispone: «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la Ley o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

En definitiva, hasta la reforma del Código civil de 1958, la legislación hipotecaria—única competente para regular lo relativo a la cancelación de las inscripciones de hipoteca, no lo olvidemos—exigía para llevar a efecto esta cancelación un consentimiento especial del titular registral o sea del acreedor o acreedores inscritos, no siendo suficiente el que constase el simple acto de pago del crédito y subsiguiente extinción de la obligación asegurada. Y en lo que respecta de modo concreto a la cancelación de créditos gananciales o presuntivamente gananciales—esto es, de aquellos créditos en que no se hiciese constar la procedencia del dinero o no se acreditase ser éste privativo del marido o de la mujer aunque se alegase—, regía una norma general y clara: siendo el marido no ya el administrador de la sociedad legal, sino el único legitimado para la disposición de sus bienes, era él y solamente él quien tenía facultad para consentir en la cancelación registral de dichas hipotecas, hubiese o no cobrado el crédito asegurado. Únicamente se exceptuaban de esta regla, conforme a los artículos 95 y 96 del Reglamento de 1947, los créditos hipotecarios constituidos como de la exclusiva pertenencia de la mujer, sin que se justificase, los cuales se inscribirían a nombre sólo

es acto de desprendimiento de derechos y requiere capacidad para disponer, y que los actos y contratos en virtud de los que se extinguen y cancelan derechos reales inscritos por tener el alcance de una verdadera enajenación, no cabe con fundirlos con los referentes al cobro de créditos».

de ella, pero haciéndose constar esa circunstancia y la de si el marido aseveraba o no la realidad de la procedencia del dinero; los cuales se cancelarían por la mujer con consentimiento del marido.

Esta excepción obedecía al propósito del legislador, en aras de la protección jurídica a la mujer, de evitar que el marido pudiese cancelar por sí solo hipotecas inscritas a nombre de aquella por el hecho de ser presuntivamente gananciales al no haberse justificado la procedencia efectiva del dinero (6).

B) Después de la reforma del Código civil de 1958.

Y llega la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, y en su nuevo artículo 1.413 introduce un cambio profundo, casi podríamos decir radical, en orden a la disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles pertenecientes a la sociedad legal de gananciales, pues para tales actos de disposición se exige al marido que complemente el suyo con el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial. Literalmente dice así: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles».

Aunque Código y Ley del Registro pertenecen en España, y por lo que se refiere a la regulación de la propiedad inmueble, a dos mundos diferentes, casi antagónicos, pues uno es de inspiración romana y se base en la posesión y el título y el modo, y la otra es de progenie germánica y se fundamenta en el sistema de la publicidad registral; y a pesar de no haber sido posible integrarlos hasta ahora

(6) Antes de esa reforma era muy frecuente el supuesto de que bienes o derechos inscritos a nombre de la mujer, que se reputaban de presuntivamente gananciales por no haberse acreditado en forma la procedencia del dinero con que fueron adquiridos, fuesen enajenados o gravados libremente sólo por el marido, sin que la esposa tuviese siquiera conocimiento de ello. Injusticia tan patente daba lugar a efectivas expoliaciones del patrimonio de la mujer, cuando al ser inscrito no se justificaba debidamente ser dotal o parafernial el dinero de la adquisición, y aunque el marido así lo aseverase. El Reglamento de 1947 puso remedio a esta anomalía, anticipándose a lo que después se hizo al reformar el Código.

ni salvar la evidente dualidad normativa entre ambos existente, resulta innegable la enorme influencia que las reformas del Código ejercen en el coto hipotecario. Por ello, las modificaciones en el Derecho sustantivo resuenan siempre o hallan su eco en el recinto del Registro, porque las relaciones jurídicas inmobiliarias que en éste se inscriben están siempre moldeadas por las normas civiles, mercantiles o administrativas, singularmente por las primeras.

No es de extrañar, pues, la fuerte resonancia que en punto a la cancelación de créditos hipotecarios gananciales tuvo la reforma del Código civil y los problemas que se plantearon a Notarios y Registradores sobre si podrían o no cancelarse tales créditos con sólo el consentimiento del marido o si, para dar cumplimiento al nuevo artículo 1.413, sería también necesario el de la mujer. Hubo diversidad de opiniones doctrinales interpretativas y, lo que es más grave, criterios diferentes en la calificación registral. El Notario MIGUEL BORRACHERO distinguió las siguientes opiniones, que se traducían en otras tantas maneras de actuar: a) No exigiendo el consentimiento de la mujer en ningún caso. b) Exigiéndolo en todos. c) Exigiéndolo solamente en los supuestos de cancelación de hipotecas constituidas después del 15 de mayo de 1958, fecha de entrada en vigor de la Ley de reforma del Código. d) Exigiéndolo solamente en los supuestos en que el vencimiento de la hipoteca fuese posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley, pero no a las hipotecas que, vencidas antes, se cancelasen con posterioridad (7). Aún cabría añadir otro: el de que no era necesario el consentimiento *uxoris* cuando el marido cancelase hipotecas garantizadoras de créditos vencidos; y sí lo era cuando se anticipase el pago y la subsiguiente cancelación.

Tal situación requería, no ya una doctrina jurisprudencial que fijase una interpretación racional y única, sino más bien una norma positiva, de rango legal, o reglamentario si la promulgación de una Ley ofrecía dificultades insuperables, que resolviese imperativamente el problema planteado.

Y así se hizo mediante la reforma parcial del Reglamento Hipotecario, una de cuyas finalidades, según el preámbulo, fué coordinar sus disposiciones con «la última y sustancial reforma del Código civil».

(7) MIGUEL BORRACHERO: *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1959, páginas 243 y siguientes.

C) *Sistema adoptado en la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959.*

Esta importante reforma modificó los artículos 95 y 96 del Reglamento anterior, relativos a bienes de la sociedad conyugal, a su inscripción y a su disposición registral. Refiriéndonos exclusivamente a lo que es objeto de este trabajo, o sea, a la inscripción y disposición de los créditos hipotecarios gananciales o presuntivamente gananciales, podemos sintetizar los preceptos reglamentarios del siguiente modo: 1.º Cuando el crédito ganancial se adquiriera por los dos cónyuges o por uno de ellos sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del dinero prestado, se inscribirá a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal. 2.º Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que ese dinero es de la exclusiva propiedad del que figure como acreedor, o sea, del adquirente del crédito, pero sin justificarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia de la aseveración, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tal crédito.

Y en cuanto a la disposición del crédito, y, por tanto, en cuanto a su cancelación (*acto dispositivo*, según reiteradísima jurisprudencia y la *communis opinio* de los juristas), el artículo 96 dispuso: Los actos dispositivos de los bienes a que se refiere la regla primera se regirán por las normas de los bienes gananciales, que son las contenidas en el artículo 1.413 del Código civil, que exige el consentimiento *uxoris* para los actos dispositivos sobre inmuebles. Y los actos dispositivos sobre los créditos comprendidos en la regla segunda se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro, lo que viene a ser análogo a lo dispuesto respecto a los de la regla primera, con la sola diferencia de que en este segundo caso puede ser la mujer la que disponga con el consentimiento del marido.

Con este sistema comprendieron los redactores de la reforma que se iban a producir ciertas dificultades para la cancelación de todos los créditos hipotecarios anteriores a la reforma del Reglamento, los cuales, por regla general, con muy pocas excepciones, se hallaban inscritos a nombre sólo del marido, y que exigir para su cancelación el consentimiento de la mujer iba en contra de algunos artículos bá-

sicos de la legislación hipotecaria, tales como el 20 y el 82, que se conformaban para la cancelación con sólo el consentimiento del titular inscrito, y el 179 del Reglamento, que reafirmaba dicha tesis (8).

Por otra parte, había algún supuesto que podía producirse con posterioridad a la vigencia de la reforma reglamentaria y en el cual tampoco parecía conveniente exigir el consentimiento de la mujer para la cancelación. Tal era el caso de que, al constituirse la hipoteca, la mujer hubiese aseverado que el dinero del préstamo garantizado era de la exclusiva pertenencia del marido, en cuyo caso la inscripción se practicaría sólo a nombre del marido, haciendo constar tal aseveración. Lógico era que en tal supuesto, poco corriente, bastase el consentimiento del marido para la cancelación, puesto que el de la mujer se podía presumir insito en su aseveración.

Y por estas consideraciones se añadió un párrafo final al artículo 178, con el fin, según declara el preámbulo, de «facilitar la cancelación de hipotecas por el marido en casos muy cualificados». Dice así dicho párrafo final, conciso, contundente, y que no admite interpretaciones: «Bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

A su tenor, todas las hipotecas anteriores a la reforma del Reglamento inscritas a nombre sólo del marido y garantizadoras de créditos gananciales o presuntivamente gananciales, se podían cancelar sólo por el marido, siempre que la cancelación obedeciese al pago de la obligación asegurada. Y del mismo modo el marido podía cancelar por sí solo los créditos hipotecarios de dicha naturaleza inscritos a su nombre, respecto a los que la mujer hubiere aseverado ser el dinero de la exclusiva propiedad marital, aunque se hubiesen inscrito después de la vigencia del Reglamento.

Tal fué la solución legislativa—con rango reglamentario—dada al problema planteado, y la que ha venido aplicándose durante cinco años en la práctica sin graves obstáculos, aunque no sin alguna protesta por parte de los adversarios de la intervención femenina im-

(8) En este particular puedo hablar con conocimiento directo de lo ocurrido, por haber formado parte, con intervención activa, de la Comisión redactora de la reforma reglamentaria de 1959, al lado de juristas tan relevantes como ANGEL SANZ, VICENTE LLEDÓ, Pío CABANILLAS y NARCISO DE FUENTES, bajo la presidencia del no menos reputado juriconsulto el ilustre Director general don JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

plantada, contra toda nuestra tradición jurídica e histórica, en la reforma del artículo 1.413 del Código.

No cabe la más leve duda sobre la interpretación que se ha dado al artículo 178 del Reglamento. La misma colocación del nuevo párrafo en dicho artículo 178, que establece excepciones a la regla general sentada en su párrafo primero respecto a ciertas cancelaciones, indica claramente que el nuevo párrafo es también una excepción a la regla general establecida en los artículos 95 y 96 de ser necesario el consentimiento de la mujer, lo que corrobora el preámbulo al hablar de facilitar la cancelación «en casos muy cualificados» (9).

II. DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.

Cuatro Resoluciones ha dictado hasta ahora el Centro directivo sobre esta materia, las cuales serán examinadas con la detención que merecen.

a) *Resolución de 2 de noviembre de 1959* («B. O. del E.» de 20 del mismo mes y año).

Esta, aunque dictada después de la vigencia de la reforma reglamentaria, resolvió, sin duda, un recurso interpuesto con anterioridad y con arreglo a la legislación anterior.

Se trataba de un crédito hipotecario ganancial escriturado en oc-

(9) Al aludir a «casos muy cualificados» para permitir la cancelación de hipotecas sólo por el marido, es claro que el legislador se refirió a hipótesis no corrientes y normales. Dentro de las nuevas normas registrales sobre inscripción de bienes y derechos gananciales o presuntivamente gananciales, lo normal y ordinario habría de ser que figurasen inscritos a nombre de ambos cónyuges; lo cualificado, lo más raro, sería que figurasen inscritos sólo a nombre del marido, y ello podía obedecer a dos causas: a que se tratase de inscripciones anteriores a la reforma reglamentaria o a que se tratase de créditos inscritos sólo a nombre del marido, aun después de dicha reforma, por justificarse su calidad de privativas o por haber aseverado la mujer la procedencia privativa del capital prestado, y en todos ellos la cancelación no requería el consentimiento *uxoris*. Por otra parte, no es necesario ningún esfuerzo mental para comprender que el supuesto de cancelación de una hipoteca por pago de la obligación asegurada es el más frecuente y menos cualificado de todos los supuestos cancelatorios: como que representan el 99 por 100 de las cancelaciones. Lo cualificado no es el pago de la obligación: es el que la hipoteca figure inscrita sólo a favor del marido, puesto que después de la reforma esa hipótesis sería poco frecuente.

tubre de 1954 e inscrito en el Registro, como es lógico, sólo a nombre del marido, que también era quien únicamente había concurrido al otorgamiento de la escritura. Vencido el crédito, se canceló sólo por el marido el 22 de octubre de 1958, o sea, después de la reforma del artículo 1.413 del Código y antes de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, la cual, por consiguiente, no podía ser aplicable al caso. El Registrador suspendió la inscripción por no acreditarse el consentimiento de la esposa del acreedor o, en su defecto, autorización judicial. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección confirma tal auto, que contenía dos afirmaciones un tanto sorprendentes: que la protección a la mujer dispensada por el artículo 1.413 necesita petición individualizada de la misma o de sus herederos y que constituía una oficiosidad del Registrador poner obstáculos a los actos de disponibilidad de *bienes muebles (sic)* de una sociedad de gananciales.

Fundóse el Centro directivo, que se había planteado correctamente el problema en litigio, en la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación asegurada; y en que el marido continuaba siendo el administrador de la sociedad conyugal, aun después de la reforma del Código, y, por tanto, podía cobrar los créditos a favor de dicha sociedad y consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que las aseguren, puesto que la eficacia del pago, medio normal de la extinción de las obligaciones, no debía verse afectada por las limitaciones introducidas en el artículo 1.413 reformado del Código. Y terminaba con un Considerando en extremo interesante, en el que se afirmaba que lo anterior no suponía negar la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación, puesto que la reforma del Reglamento Hipotecario había dispuesto en el párrafo último del artículo 178, que «era título bastante para la cancelación por pago de las hipotecas constituidas e inscritas a favor del marido la escritura pública en que éste manifieste su consentimiento, sin necesidad de que intervenga la mujer».

Como se ve, esta Resolución no aplica ni podía aplicar las disposiciones de la reforma del Reglamento Hipotecario, puesto que la escritura calificada era muy anterior a la vigencia de aquélla; pero coincidía con la solución que dicha reforma dió al supuesto de hipotecas inscritas sólo a nombre del marido. Claro es que entonces la Dirección General opinó que la cancelación por pago de créditos hi-

potecarios gananciales no debía ser afectada por la reforma del artículo 1.413 del Código—opinión lícita y tal vez plausible desde un punto de vista civil exclusivamente—; pero todavía no podía aplicar la nueva doctrina reglamentaria, que entraba en vigor el 15 de abril de 1959, y que había resuelto que los actos dispositivos de toda clase de bienes inmuebles gananciales se rigiesen por las normas del 1.413, y que éstos bienes se inscribiesen a nombre de marido y mujer y que las hipotecas inscritas a nombre del marido pudiesen ser canceladas sólo por éste.

Es evidente que esta Resolución no sirve para fijar doctrina en el problema planteado después de la vigencia de la reforma reglamentaria y a la que se refieren las tres Resoluciones que a continuación van a ser examinadas.

b) *Resolución de 23 de mayo de 1964* («B. O. del E.» de 29 de junio siguiente).

Esta es capital en la materia y su lectura meditada no puede por menos de producir extrañeza y suscitar una crítica adversa como la que recientemente merecieron las de 11, 20, 21 y 24 de febrero del mismo año al ilustre comentarista FRANCISCO BONET, que considera que en dichas Resoluciones inicia el Centro directivo un cambio de rumbo que no puede pasarse en silencio (10).

Decimos que su lectura produce extrañeza, por varias razones. La primera, porque da por vistos los artículos 1.163, 1.410 y 1.413 del Código y silencia el artículo 1.880, que somete a las prescripciones de la Ley Hipotecaria lo relativo a la extinción de la hipoteca, lo que obliga a dar preferencia a las disposiciones de esta legislación para cuanto afecte a la cancelación de la misma. Lo segundo, porque también da por visto el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, y éste no ampara, ciertamente, sino todo lo contrario, lo resuelto por el Centro directivo. Lo tercero, porque en el primer Considerando esta Resolución plantea equivocadamente el problema que trata de resolver, ya que textualmente dice: «La cuestión que plantea este expediente consiste en determinar si puede el marido cancelar una hipoteca constituida sobre una finca de carácter presuntivamente ganancial cuando el deudor haya hecho efectiva la obligación vencida», y el

(10) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», junio de 1964, pág. 991.

problema no atañe a la naturaleza jurídica de la finca, sino al del crédito. Y, finalmente, porque la lectura de sus restantes Considerandos, salvo el último, lleva a la convicción de que se va a resolver el problema confirmando la nota del Registrador y el auto presidencial, y la parte dispositiva resuelve exactamente lo contrario.

El caso resuelto es el siguiente: En el año 1960 se hipotecó una finca para asegurar el pago de un crédito ganancial a favor de un marido, que concurrió por sí solo al otorgamiento, y la escritura se inscribió a favor de ambos cónyuges «conjuntamente y para la sociedad conyugal», conforme al número 1.º del artículo 95 reformado del Reglamento Hipotecario. Pagada la deuda en 1961, el marido acreedor por sí solo otorgó escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que no fué inscrita por estimar el Registrador necesario el consentimiento de la esposa del acreedor, conforme a los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 96 y 178 de su Reglamento. Interpuesto recurso por el Notario autorizante, a efectos doctrinales, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y, apelado el auto, la Dirección lo revocó.

Esta Resolución se funda en los siguientes razonamientos:

En el segundo Considerando—el primero es en el que se plantea el problema con el leve error antes indicado—se rehuye discutir la naturaleza de acto de administración que la doctrina civil atribuye al pago; pero se reconoce paladinamente que en múltiples ocasiones personas autorizadas para recibir el pago no pueden extinguir eficazmente el derecho real de hipoteca que garantice la obligación, debido a la distinta importancia que los Ordenamientos jurídicos conceden a los actos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas obligatorias de aquellos otros que engendran disposiciones con efectos jurídicos reales. Este razonamiento es claro y se basa en la jurisprudencia reiterada de la Dirección, entre la que destaca la Resolución de 7 de septiembre de 1924, que se cita. Conforme a él, quien lo lee piensa que el marido civilmente está autorizado para cobrar como administrador que es de la sociedad conyugal; pero que no lo está para cancelar por sí solo registralmente, puesto que la cancelación es una disposición generatriz de efectos jurídicos reales; y para ello, conforme al Código reformado y a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento, también reformado, se necesita el concurso de la mujer que ha de prestar también un especial consentimiento.

Y el razonamiento del tercer Considerando va más allá todavía en el camino de la ortodoxia hipotecaria y de acatamiento a la doctrina tradicional sobre la cancelación. Reconoce que ésta tiene la naturaleza de «acto dispositivo» según reiterada jurisprudencia, porque es un acto que implica una enajenación, un *jus disponendi*, y por ello cabe afirmar que el derecho de cancelar corresponde a quien está facultado para enajenar, y en tal sentido dispone el Reglamento Hipotecario (art. 179) que aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario no se cancelará la correspondiente inscripción sino por escritura pública en la que preste su consentimiento el acreedor o, en su defecto, en virtud de ejecutoria. Con esto, el lector de la Resolución ha llegado ya al convencimiento de que en vista de éste y el anterior razonamiento de la Resolución—premisas mayor y menor de un perfecto silogismo—, la conclusión es obligada: si la cancelación es acto dispositivo, si quien está facultado sólo para cobrar no lo está para cancelar y si cancelar equivale a disponer, a enajenar, la mujer debe consentir, puesto que el Código exige su consentimiento para los actos de esa naturaleza sobre inmuebles, y la hipoteca está asimilada a los inmuebles en el mismo Código.

Pero se llega al último Considerando, que tiene la apariencia de algo yuxtapuesto añadido posteriormente, y aparece un nuevo elemento dialéctico en el razonamiento: la accesoriedad de la hipoteca. En efecto: se afirma, lo que nadie puso en duda, que la reforma del artículo 1.413 del Código no perjudica las facultades del marido como administrador de la sociedad conyugal que expresamente le reconoce el artículo 1.412 y que por ello es innegable su facultad para aceptar el pago de una obligación vencida, lo que tampoco nadie, ni el Registrador ni el Presidente de la Audiencia, pusieron en duda. Y como por el pago se ha extinguido la obligación garantizada, «parece permisible» que el marido pueda consentir válidamente la cancelación, y ello por tres razones: a) Por la accesoriedad del derecho real de hipoteca, lo que se ha contradicho en el Considerando anterior al invocar el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, que, aunque esté extinguida la obligación por pago, exige un consentimiento especial para que registralmente se pueda cancelar la inscripción. b) Por facilitar la armonía entre las declaraciones de los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, lo que contradice toda la teoría registral de la cancelación, ya que ésta sólo se practica, aunque la obli-

gación asegurada esté extinguida (11), en virtud de escritura con determinados consentimientos o por mandato judicial. Sin que, por otra parte, el exigir que la mujer consienta signifique que se rompa esa armonía. c) Por evitar perjuicios al propietario de la finca gravada, lo que tiene escasa consistencia, debido a que si es necesario el consentimiento especial del acreedor, el mismo trabajo costará que lo preste también su mujer, como titular inscrita, y si se negare sin causa justificada, siempre se la podrá obligar por vía judicial, lo mismo que al marido, si fuese éste quien se negase a cancelar después de haber cobrado; y, además, si el pago se efectúa en el acto del otorgamiento de la escritura, compareciendo marido y mujer no cabe la posibilidad de que la mujer se niegue a cancelar.

Mas todavía, en este Considerando final hay algo que deja perplejo al lector: esa cancelación sólo por el marido que «parece permisible» únicamente lo será «siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario». Aquí parece que se vuelve a la necesidad del consentimiento de la mujer, porque ese artículo 96 lo que dispone es que los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo 95, o sea, los gananciales o presuntivamente gananciales inscritos a nombre de ambos cónyuges conjuntamente y para la sociedad conyugal, se regirán por las nor-

(11) La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica es siempre algo deseable por lo mucho que contribuye al prestigio del sistema, y por ello las últimas reformas legislativas se han cuidado de facilitarla. Mas no parece muy claro por qué razón se dificulta o perturba esa anhelada concordancia por la exigencia del consenso *uxoris* para la cancelación de hipotecas gananciales. Idéntica objeción podría hacerse a la necesidad de ese consentimiento para la disposición por el marido de fincas gananciales. En rigor, la realidad no es jurídica, no está ajustada a Derecho, si falta ese especial consentimiento femenino. El débito personal se ha extinguido por el pago y también, *inter partes*, se ha extinguido el derecho real de la hipoteca aseguradora; pero para su extinción respecto a terceros es necesaria la cancelación registral mediante escritura en la que presten su consentimiento los titulares inscritos, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria y al 1.413 del Código. Luego mientras no se preste el consentimiento *uxoris* no se ha producido ninguna desarmonía entre la realidad jurídica y el Registro, porque la primera refleja la misma verdad que el segundo, a saber: que el derecho real de hipoteca aún no ha sido cancelado en forma legal. Y no hay que olvidar tampoco que desde ese punto de vista también se facilitaría la concordancia entre Registro y realidad si no se exigiese el especial consentimiento cancelatorio al acreedor y se considerase suficiente el recibo o documento justificativo del pago. Entonces, llevando hasta ese límite extremo la accesoriedad de la hipoteca, la realidad mostraría una hipoteca extinguida por pago, y el Registro, para concordar con esa realidad tendría que admitir, para cancelar, dicha carta de pago. Pero, por fortuna, a ningún civilista, por muy entusiasta que sea de la primacía del Código sobre la Ley Hipotecaria, se le ha ocurrido tal idea.

mas de los bienes gananciales. Y estas normas no son otras, con relación a bienes inmuebles o derechos reales asimilados, que las del 1.413 del Código civil, esto es, que para el acto dispositivo es necesario el consentimiento de la mujer.

Después de esto, el lector todavía espera que la parte dispositiva concuerde con los primeros Considerandos y con la expresa reserva que el último hace de lo ordenado en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario; pero la Resolución termina por revocar lisa y llanamente el auto apelado. Es de subrayar, por último, que a pesar de que la nota del Registrador invoca el párrafo final del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que es también objeto de controversia en el escrito de recurso del Notario, la Dirección, que lo da por visto, guarda sobre él absoluto silencio y deja pasar la ocasión de dar una interpretación oficial a tan interesante innovación de la reforma reglamentaria de 1959 (12).

c) *Resolución de 3 de junio de 1964* («B. O. del E.» de 21 de julio de 1964).

Esta se refiere a un caso análogo al resuelto por la de 23 de mayo del mismo año, y por ella se revocó la nota del Registrador y el auto del Presidente de la Audiencia que la había confirmado. El recurso se interpuso también por el Notario autorizante, aunque no a efectos doctrinales.

Sus fundamentos son idénticos a los que sirvieron de base a la

(12) No debo silenciar que esta importante Resolución ha merecido crítica favorable de dos destacados Registradores, comentaristas ambos de la jurisprudencia hipotecaria. En el primero de ellos, GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO—a quien todavía no se le ha rendido el homenaje a que se ha hecho acreedor por su abnegada y valiosísima labor durante cinco lustros en esta misma REVISTA CRÍTICA—, resulta lógica su posición, puesto que siempre demostró su criterio opuesto a la reforma de los artículos 95 y 96 y párrafo final del 178 del Reglamento, a la vez que dejó entrever su escasa simpatía hacia la reforma del 1.413 del Código, si bien resulta de difícil inteligencia su argumentación en pro de la alusión que contiene la Resolución comentada sobre «siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento», pues si se observa se exigiría el consenso *uxoris* en todo acto que el Derecho califique de dispositivo de inmuebles o derechos reales asimilados (pág. 520 de esta misma Revista, mes de julio-agosto de 1964). En cuanto a BUENAVENTURA CAMY, aunque está conforme con el fallo de dicha Resolución, no deja de reconocer los problemas interpretativos que la redacción deficiente de la misma plantea, y opina también que después de la lectura de sus Considerandos parece va a sostener la necesidad del consentimiento de la mujer para la cancelación, por lo que le sorprende, muy favorablemente, por cierto, el fallo («Revista de Derecho Privado», 1964, pág. 712).

Resolución anterior. Se insiste en que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse «sin perjuicio del 1.412, que faculta al marido para cobrar los créditos pendientes y que «sin desconocer la naturaleza de acto dispositivo que entraña la cancelación», *parece permisible* autorizar que el marido pueda válidamente consentir la cancelación para armonizar el Registro con la realidad extrarregistral y para evitar perjuicios al propietario de la finca gravada.

Tampoco en esta Resolución, más sucinta que la primera, se hace aplicación del artículo 178, párrafo final, del Reglamento Hipotecario, a pesar de que en él está la clave del problema y de que él señala el alcance de la reforma de 1959 en este punto concreto de la cancelación de créditos hipotecarios gananciales.

d) *Resolución de 8 de junio de 1964* («B. O. del E.» de 24 de julio de 1964).

Y, por fin, esta última Resolución reitera la misma doctrina que las anteriores y en su único Considerando la sintetiza asegurando también «no desconocer la naturaleza de acto dispositivo que la cancelación encierra ni la diferencia existente entre actos relativos a relaciones jurídicas obligatorias y actos que engendran efectos jurídicos reales»; pero que lo cierto es que la reforma del artículo 1.413 del Código ha de entenderse sin perjuicio del 1.412, que permite al marido como administrador de la sociedad conyugal el cobro de créditos, por lo que al quedar extinguida la obligación principal, queda extinguida la accesorio, o sea, la hipoteca, y que cancelando sólo el marido se facilita la armonía entre el Registro y la realidad jurídica y se evitan perjuicios al propietario de la finca.

Es de advertir que en este recurso, como en los dos anteriores, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, en este caso, por cierto, con un auto brillantemente razonado y henchido de doctrina registral e hipotecaria íntegramente ortodoxa. La Dirección revocó el auto y la nota del Registrador (13).

(13) Es de subrayar que en los tres recursos gubernativos, los autos de los Presidentes de las Audiencias fueron confirmativos de las notas calificadoras de los Registradores, a diferencia de lo ocurrido en un recurso resuelto por la Audiencia de Burgos e interpuesto en 1958 por un Notario de dicha ciudad, si bien en este último caso se trataba de una hipoteca inscrita sólo a nombre del marido y en el que tanto la escritura de constitución como la de cancelación

III. EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA.

Procede examinar ahora con el necesario detenimiento los argumentos que sirven de base al criterio adoptado por las tres citadas Resoluciones, a fin de comprobar su solidez o su fragilidad.

Conviene, sin embargo, hacer previamente una puntualización que juzgo indispensable para precisar con exactitud mi posición ante

eran anteriores a la reforma del Reglamento (véase págs. 753 y siguientes de esta misma REVISTA CRÍTICA, 1959). Al comentar la Resolución de 8 de junio de 1964, BUENAVENTURA CAMY se limita a transcribir los argumentos del Notario recurrente, que constituyen una brillante exposición de la teoría civilista de la cancelación (véase «Revista de Derecho Privado», septiembre 1964, página 803). Si CAMY hubiere deseado exponer la tesis hipotecario-registral de la cancelación le habría bastado transcribir alguno de los luminosos Considerandos del auto presidencial, debido al insigne Magistrado señor SOLER DUEÑAS. Como muestra, bastará transcribir los siguientes párrafos: «Constituye un hecho cierto que si bien el pago de la obligación contraída extingue ésta, desapareciendo con ella el crédito garantizado, no lo es menos que será necesario diferenciar la extinción de la obligación de la cancelación de la inscripción registral de la hipoteca que garantizaba aquélla, pues mientras la primera afecta exclusivamente al crédito como derecho derivado de relaciones puramente civiles, la segunda deriva de la hipoteca como derecho real de naturaleza inmobiliaria, con la inmediata consecuencia de que el pago del crédito garantizado sólo extingue la obligación, mientras que la extinción del derecho real de hipoteca requiere un acto especial de cancelación, y siendo así se hace indudable que el consentimiento del acreedor será necesario e indispensable, y es ésta, precisamente, la norma fundamental en la que se basa el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, por lo que en este aspecto, y bajo la legalidad vigente, nuestra legislación adopta el sistema de exigir para la cancelación de una hipoteca inscrita conjuntamente a favor de marido y mujer cuando ella se inscribe para la sociedad conyugal y sin atribución de cuotas, el consentimiento de ambos cónyuges pues de prescindir del de la mujer con resultado válido llevaría en sí la ineficacia de una inscripción registral de la que ella era titular» «Si el marido está facultado para el cobro de los créditos sin el consentimiento de su esposa, por el hecho de constituir a su vencimiento un acto típico de administración, no lo está, en cambio, cuando, como en el presente caso, la cancelación derivada del pago se equipara a una enajenación como acto de dominio y de disposición de un derecho real sobre inmuebles, por lo que constituye en todo momento un acto dispositivo para los que el nuevo artículo 1413 del Código civil exige el consentimiento de la mujer, sin que ello pueda quedar desvirtuado por la doctrina de la Resolución de 2 de noviembre de 1959, por cuanto que el caso que dió lugar a la misma, aparte de referirse a una hipoteca constituida con anterioridad a la reforma del artículo 1413 del Código civil, concurría la circunstancia de hallarse inscrita única y exclusivamente a nombre del marido». Y finalmente: «Que teniendo en cuenta que la reforma sustantiva del ordenamiento civil, en relación con la interpretación del artículo 1413 del Código, se promulgó como una garantía de la mujer casada contra los actos del marido, en relación con los bienes de la sociedad conyugal, y como esa protección debe extenderse a todos los actos y negocios jurídicos en que el patrimonio presuntivamente ga-

aquella jurisprudencia. No censuro ni critico ni rechazo el que se prescinda del consentimiento *uxoris* en las cancelaciones de hipotecas gananciales otorgadas por pago de la obligación asegurada. En cuanto esa omisión de un requisito conduzca a dar mayor fluidez y facilidad al comercio de inmuebles y a la liberación de gravámenes hipotecarios, la considero plausible. Ahora bien, ello era materia no-motésica, propia del legislador, que podía no haber reformado el artículo 1.413 del Código civil—que ha añadido nuevas complicaciones a la contratación—, y podía, finalmente, no haber reformado el Reglamento Hipotecario para recoger el inevitable reflejo de aquella reforma sustantiva en la legislación registral. Pero, dadas ambas reformas, sancionada una nueva legislación y reglamentación con fuerza de obligar a funcionarios y particulares, se hace difícil aceptar que la jurisprudencia, por mucha que sea su función integradora, pueda subrogarse a la legislatura y establecer doctrinas que se desvían del Derecho positivo vigente. En el problema de que se trata, bastaría con una ligerísima reforma del artículo 95, regla primera, y del párrafo final del artículo 178 del Reglamento (14), para que se declarase por el legislador que no es necesario para que el marido cancele hipotecas gananciales el consentimiento de la mujer, ya se interprete éste, según apunta el Tribunal Supremo y LACRUZ BERDEJO y Cossío, como una especie de licencia *uxoris* (15), ya como un derecho de veto, según opina BONET (16), o ya como una declaración de voluntad concorde con la del marido, según la opinión más extendida. Claro que esto supondría rectificar toda la doctrina jurisprudencial

nancial esté de presente o de futuro afectado de posibles perjuicios para la mujer por actos unilaterales del marido, es evidente que, si la cancelación de una inscripción registral de hipoteca constituye un acto dispositivo lógicamente entrará en juego el mecanismo del artículo 1.413 del Código, cuando como en este caso, uno de los titulares de la inscripción es precisamente la mujer casada en su relación con los bienes gananciales, y ello con total y absoluta independencia de la persona que llevó a cabo el percibo de la cantidad importe del crédito, que ocasionara con tal acto la extinción de la obligación; por todo lo cual habrá de llegarse a la conclusión de ser necesario el consentimiento de la esposa del acreedor cancelante para efectuar la cancelación».

(14) Al separarse la doctrina derivada de las Resoluciones que se comentan de lo dispuesto en los textos reglamentarios reformados en 1959, se hace patente la urgente necesidad de su reforma para evitar antinomias desconcertantes.

(15) Puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964. En la nota 27 se hacen algunas consideraciones sobre la misma.

(16) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1964, pág. 993.

levantada durante mucho tiempo sobre la base de considerar a la cancelación de hipoteca como un acto dispositivo, como un ejercicio del *jus disponendi*: mas ya resultaría congruente con la legislación positiva el declarar que el artículo 1.413 reformado del Código no era aplicable a tales cancelaciones, según afirmó, antes de la reforma reglamentaria, la Resolución de 2 de noviembre de 1959. Y además se evitarían las posibles consecuencias perturbadoras que la reciente posición doctrinal de la jurisprudencia de la Dirección puede producir en el futuro, las cuales serán examinadas más adelante.

Y hecha esta puntualización, procede examinar los fundamentos dialécticos de las citadas Resoluciones.

A) *Administración de la sociedad conyugal por el marido.*

Evidente es que, por regla general casi sin excepción, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, según lo preceptúa el artículo 1.412 del Código civil y lo ratifica el 1.413 reformado; y que como tal administrador se halla facultado para el cobro de créditos pertenecientes a la sociedad conyugal, sin intervención de la mujer, a la que el Código no concede facultades para inmiscuirse en aquella administración, salvo en los casos de prodigalidad, de fraude, de ausencia, etc.

Pero esa evidencia, no puesta en duda por nadie, no aduce nada en pro de la tesis de ser innecesario el consentimiento de la mujer para cancelar hipotecas gananciales. Porque también es sabido que el padre o, en su caso, la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos menores sometidos a su potestad; y como tales administradores se hallan facultados para cobrar por sí solos los créditos de que sus hijos sean titulares. Y, sin embargo, no lo están, a menos de obtener autorización judicial, para cancelar las hipotecas que garanticen esos créditos cobrados y extinguidos, porque la jurisprudencia hipotecaria y luego el Reglamento de 1915 (17), han

(17) En rigor, existen bastantes y buenas razones para considerar excesiva la necesidad de autorización judicial en la cancelación de hipotecas pertenecientes a hijos menores de edad. Podría haberse atenuado esta rigurosidad como se ha hecho con la renuncia de herencias o con las cancelaciones otorgadas por menores de edad emancipados o habilitados de edad. Puede consultarse la opinión sobre este punto de dos hipotecaristas ya olvidados, BERAUD y LEZÓN,

considerado que al supuesto de cancelación de hipotecas es aplicable el artículo 164 del Código civil—que exige dicha autorización para los actos de enajenación o de gravamen de inmuebles—, y porque también ahora lo dispone así el artículo 178 del Reglamento Hipotecario vigente en su apartado primero, que obliga a los representantes legales del titular registral, para poder cancelar inscripciones o anotaciones, a obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Tal doctrina la han establecido numerosas Resoluciones (18), y entre ellas una recentísima, de 26 de octubre de 1964, de la que por su importancia se tratará más adelante.

También los tutores administran los bienes de sus pupilos y pueden cobrar los créditos a favor de éstos; pero para cancelar las hipotecas garantizadoras de tales créditos—como acto sujeto a inscripción—necesitan la autorización del Consejo de familia, a tenor del número 5.º del artículo 169 del Código y conforme ha reconocido la jurisprudencia (Resoluciones de 20 de marzo de 1893, 18 de diciembre de 1900, etc.).

En cuanto a los apoderados y administradores, el simple poder para administrar no les autoriza para disponer ni enajenar y tampoco para cancelar, si no se hallan facultados para ello de modo expreso; habiendo declarado también la jurisprudencia con reiteración, y así lo reconoce de modo explícito la Resolución de 23 de mayo de 1964, que en muchos supuestos quien tiene facultades para cobrar no las tiene para cancelar (Resolución de 19 de julio de 1879, 24 de septiembre de 1891, 18 de junio de 1893, 30 de octubre de 1912).

Parece innegable, por cuanto antecede, que el hecho de que el marido sea el administrador de la sociedad de gananciales y de que tenga facultades para cobrar créditos (como la tiene para cobrar el precio en las ventas) no impide ni es incompatible con el de que para

en su *Tratado de Derecho Inmobiliario*, tomo II, pág. 150. Acaso la explicación se encuentre en la posibilidad de que la autorización condicione o garantice el destino que el padre haya de dar al dinero recibido. Pero, en Derecho positivo, es indudable que la autorización judicial es necesaria.

(18) Pueden citarse las Resoluciones de 16 de septiembre de 1890, 25 de agosto de 1891, 5 de abril y 31 de octubre de 1892, que exigió la autorización judicial para cesión de un crédito hipotecario; 28 de agosto de 1913, que admitió, como ya lo había hecho el Tribunal Supremo en un caso análogo, que la previa autorización judicial fuese sustituida por la aprobación judicial posterior, y la muy fundamental de 19 de julio de 1922.

cancelar hipotecas, esto es, para disponer de bienes asimilados a inmuebles, necesite el consentimiento de la mujer a tenor del nuevo artículo 1.413 del Código. Del mismo modo, ese marido que cobra y administra libremente el precio de la venta de una finca ganancial necesita para formalizar la enajenación el consenso *uxoris*, y también del mismo modo el padre o el tutor que administran los bienes del hijo o del pupilo y cobran sus créditos y firman las cartas de pago necesitan para cancelar hipotecas autorización del Juez o del Consejo de familia, respectivamente.

B) *Accesoriedad de la hipoteca.*

Este principio antiguo, ya un poco maltrecho, es el motor, el *Deus et machina* de las Resoluciones comentadas.

Nadie puede poner en duda que en nuestra legislación el de hipoteca es un contrato accesorio de otro contrato o de una obligación cuyo cumplimiento asegura. Ya ha sido citado antes el texto de las Leyes de Partida que así lo corrobora. La Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria también dijo explícitamente que la hipoteca era, «además de un derecho real, la garantía de una obligación», y, por tanto, era un contrato accesorio. El número 1.º del artículo 1.857 del Código civil, lo mismo que el 104 de la Ley Hipotecaria vigente, tampoco dejan margen para la duda. Jurisprudencia y doctrina han sido fieles durante mucho tiempo al dogma de la accesoriedad absoluta de la hipoteca. Y hasta en la práctica los primeros Registradores y, con más cautela, la Dirección General, se sometieron de tal modo a principio tan absoluto, que los primeros practicaron y la segunda permitió que las hipotecas en garantía de créditos se cancelasen con sólo la justificación auténtica de haber sido pagados estos últimos.

La construcción conceptual del principio de accesoriedad es clara y sencilla: por un lado, existe un vínculo obligatorio reducible siempre a una prestación dineraria, y de otro lado, como elemento yuxtapuesto y accesorio, un derecho real para asegurar dicha prestación, subordinado desde el principio hasta el fin a la entidad obligatoria principal. Por eso, para Windscheid, la hipoteca presupone un crédito sin el que no podría surgir ni perecer. A juicio de DÍAZ MORENO, obli-

gación e hipoteca van unidas, nacen del mismo origen y deben extinguirse a la vez. En el mismo sentido, GALINDO y ESCOSURA, MORELL, GAYOSO ARIAS... Todo ello justifica que, como síntesis, GONZÁLEZ PALOMINO afirmase que crédito e hipoteca son «matrimonio indisoluble». Extrayendo de esta teoría sus naturales consecuencias, parece evidente que la extinción, por pago, del crédito determine la de la hipoteca, que la desaparición de aquél origine automáticamente la cancelación de ésta. Tal es uno de los fundamentos básicos de las citadas Resoluciones: que pagado el crédito, éste se ha extinguido y, por tanto, también ha quedado extinguida la hipoteca en la realidad jurídica.

Y sin embargo..., la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han hecho mucho camino, con el progreso de la técnica registral, en contra de una concepción tan absoluta del principio de accesoriedad, auténtica *crux* de la hipoteca, según frase feliz de CHAMORRO. Decía JERÓNIMO GONZÁLEZ que el crédito y la hipoteca pertenecen a dos esferas del mundo jurídico que, según los estudios modernos, se hallan completamente separadas y que los lazos entre los derechos reales y los personales presentan para la solidez de su unión las mismas dificultades técnicas que encontraba en las escuelas la descomposición del hombre en dos sustancias: cuerpo y alma.

En rigurosa tesis de accesoriedad, podría subsistir el crédito, lo principal, sin la hipoteca, lo accesorio, y así ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor, sin cobrar el crédito, renuncia a su garantía y consiente en que se cancele la hipoteca. Pero conforme a aquella tesis, nunca podría subsistir la hipoteca sin el crédito, es decir, si éste se ha extinguido. Y esto hoy también puede ocurrir, porque una cosa es la extinción de la hipoteca *inter partes* y otra su extinción como derecho real, o sea, *erga omnes*, respecto de tercero. Esto sucede porque la fe pública del Registro no se extiende a las relaciones internas existentes entre el crédito y el derecho real, lo que implica una relación manifiesta de la accesoriedad. Así, la hipoteca puede subsistir respecto de tercero, aunque el crédito se haya extinguido, si no se ha practicado la cancelación en el Registro. La hipoteca queda intangible, aunque se paralice o aniquile el crédito, porque los intereses protegidos por los principios sistemáticos del Registro actúan para mantener vivo y eficiente el derecho real y obtener por su exclusiva virtualidad el pago. Y es porque entonces, según opina JERÓNIMO GON-

ZÁLEZ, la hipoteca se coloca en primera línea y soporta ella sola la responsabilidad. Los problemas de cesión, compensación, novación, etcétera, se hallan centrados sobre normas excepcionales de naturaleza registral. Y no hay que olvidar los casos de suspensión de pagos, concurso, quiebra, aceptación de herencia a beneficio de inventario, etcétera, en que el crédito se paraliza o se destruye, en tanto la hipoteca permanece intangible.

La hipoteca, al constituirse, es siempre accesoria. En su génesis, *a priori*, no se concibe en nuestro Derecho una hipoteca sin obligación garantizada. *A posteriori*, a través de diversas vicisitudes, nuestra hipoteca puede sustantivarse, desligándose de la obligación o llegando a constituir, en alguna de las nuevas modalidades hipotecarias admitidas por la legislación vigente, algo semejante a una forma de pago de la obligación. (Recuérdese la hipoteca llamada de «responsabilidad limitada» o hipoteca autónoma, en la que una vez constituida sólo responde la finca y no existe deudor u obligado personal) (19).

En cuanto a la legislación, la Ley Hipotecaria de 1909, avanzando en la concepción autonómica de la hipoteca, introdujo el procedimiento judicial sumario que, al darse directa e inmediatamente contra los mismos bienes hipotecados, con independencia de la obligación garantizada, dió carta de naturaleza en nuestra legislación a un proceso ejecutivo de carácter real neto, con eliminación de toda acción personal y en el que se desvanecen o esfuman las vicisitudes que pueden haber afectado al derecho de obligación. También contiene otras normas que se apartan del principio de accesoriedad absoluta. Tal es, por ejemplo, la del artículo 82, que exige, para cancelar, un consentimiento especial del titular del derecho que se cancela. No basta en nuestra legislación que el crédito se haya extinguido por una u otra causa, ni aun que la obligación haya sido pagada, para que la hipoteca aseguradora se cancele en el Registro: para ello es necesario, por tratarse de un derecho real, el consentimiento del titular o de sus representantes. Y así lo ratifica un texto reglamentario reciente, introducido en la reforma de 1947, el artículo 179, a cuyo tenor, según ya se ha dicho anteriormente, no es

(19) Sobre este particular puede verse mi conferencia sobre «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, págs. 285 y sigs.

suficiente para cancelar un crédito hipotecario el que éste se haya extinguido por pago.

Todo ello pone de relieve que la accesoriedad de la hipoteca no es tan absoluta, tan drástica, como da a entender el Centro directivo. Si lo fuese, retrocederíamos a los tiempos iniciales del régimen inmobiliario registral. Si automáticamente se extinguiese la hipoteca cuando el acreedor cobra el crédito, también automáticamente habría que cancelar la hipoteca en el Registro con sólo justificar en éste el hecho fehaciente del pago. Pero en la actual legislación esa cancelación no es automática, puesto que en todo caso se exige el consentimiento del titular inscrito.

Si la inscripción de hipoteca es constitutiva, si como derecho real *erga omnes* nace en el Registro, mediante la inscripción, es también en el Registro donde muere, respecto a tercero, mediante la cancelación, que es también constitutiva en cuanto a terceros, después de la última reforma legal.

Si prevaleciese esa teoría de la absoluta accesoriedad del derecho real de hipoteca con relación al personal de la obligación, sería lícito cancelar aquél con sólo acreditar de modo fehaciente la extinción por pago de ésta y la petición del acreedor solicitando la cancelación. Esta consecuencia de esa radical teoría accesorista y civilista reviste enorme trascendencia. Piénsese en que hoy los principales establecimientos de crédito inmobiliario—Banco Hipotecario, Banco de Crédito para la Construcción, Caja Postal de Ahorros, Instituto Nacional de Previsión, Instituto de la Vivienda, etc.—son organismos oficiales, nacionalizados, y su documentación es auténtica, fehaciente. Sus certificaciones acreditativas del pago del crédito hipotecario en unión del oficio de remisión en que los Directores o Gerentes de dichas entidades públicas instan la cancelación podrían ser suficiente para la práctica de ésta. Resultaría cumplida la legislación civil y, en parte, también la Hipotecaria. Pero ésta todavía exige un consentimiento especial, una declaración de voluntad constatada en instrumento público, y por ello han fallado hasta ahora los intentos que ya se han hecho en ese sentido (20).

(20) Admitida la teoría de la absoluta accesoriedad de la hipoteca, con el automatismo con que fué interpretada por los Notarios recurrentes, ya no hay más que un paso para aceptar la cancelación de hipoteca mediante simple certificación de pago expedida por los servicios de contabilidad de la entidad oficial

C) *Obligación de cancelar exigible al acreedor que cobra el crédito.*

He aquí otro de los capitales argumentos de las Resoluciones que se analizan. El marido sigue siendo, aun después de la reforma del artículo 1.413 del Código civil, el administrador de la sociedad conyugal y, como tal, está facultado para cobrar los créditos a ella pertenecientes. Si los ha cobrado, es evidente que está obligado a cancelar la garantía, esto es, la hipoteca que los aseguraba; y ante esta obligación, resulta superfluo el consentimiento de la mujer, que no tendrá base para una negativa (21).

A esto puede objetarse: a) Que no cabe excluir en absoluto la posibilidad de fraude a los derechos de la mujer, ya que aunque el marido afirme haber cobrado, puede ocurrir que no sea cierto. b) Que el que haya cobrado y tenga la obligación de cancelar la hipoteca no impide que para la cancelación haya de cumplir los requisitos que la legislación hipotecaria, de acuerdo con la reforma del Código civil, le exige, entre ellos el consentimiento de la mujer. Piénsese en la similitud que existe entre estos supuestos y el de otorgamiento de escritura pública en los casos de venta de fincas gananciales, cuando el marido vendedor haya previamente cobrado el precio. En tal hipótesis, que la vida real nos ofrece a diario (22), el marido está obligado por los artículos 1.280 y 1.279 a llenar el requisito de la escritura pú-

acreedora y la petición o consentimiento de cancelación expresado por el órgano gestor representativo de la misma. Es la legislación hipotecaria y su teoría sobre la cancelación basada en el consentimiento y en el instrumento público, la barrera que cierra el paso a semejantes tentativas, rechazadas siempre por los Registradores.

(21) Se dice que *velis nolis* la mujer no tendría más remedio que consentir en la cancelación, toda vez que el marido había cobrado el crédito; pero eso puede no ser exacto en los supuestos en que la declaración o confesión hecha por el marido de haber cobrado no responda a la realidad. Con idéntico fundamento se podría aducir que la mujer tendría forzosamente que consentir las enajenaciones de bienes inmuebles gananciales realizadas por el marido, sobre todo si éste declaraba haber recibido el precio con anterioridad al otorgamiento de la escritura. Y, sin embargo, la mujer tiene que dar su consentimiento y puede ejercer un derecho de control, según ROCA SASTRE, o de veto, según BONET, y negarse, si hay motivo fundado, a dar su consentimiento.

(22) Es muy corriente la hipótesis de que la escritura pública de venta se otorgue, por marido y mujer, sólo cuando se ha pagado el precio total de la compra o la parte de él que haya de entregarse al contado, quedando el resto aplazado y garantido con hipoteca o con condición resolutoria; pero el contrato inicial se hace en documento privado suscrito sólo por el marido y a cuya firma se suele entregar alguna cantidad a cuenta del precio.

blica para que la venta pueda inscribirse en el Registro; pero aunque tenga esa evidente obligación, ello no empece a que para ese otorgamiento haya de récabar también el consentimiento de la mujer, conforme al nuevo artículo 1.413 del Código.

Y a nuestro juicio, y al del Centro directivo también, como la cancelación de hipoteca sigue siendo un acto dispositivo, la necesidad del consentimiento *uxoris* resulta innegable; y a mayor abundamiento, al ordenar la legislación hipotecaria que esas hipotecas gananciales se inscriban conjuntamente y sin adscripción de cuotas a nombre de marido y mujer, resulta también evidente que el artículo 82 de la Ley exige el consentimiento de ambos titulares registrales para la cancelación, con independencia de que uno de ellos, el que haya cobrado, esté estrictamente obligado a cancelar.

Porque, como luego se verá, lo que resulta inconcebible es que, después de la doctrina establecida por las citadas Resoluciones, siga vigente el precepto reglamentario que ordena la inscripción de esos créditos a nombre de marido y mujer. ¿A qué fin, si el marido puede cancelar por sí solo, sin consentimiento y aun sin conocimiento de la mujer que es cotitular y participe en los bienes gananciales?

D) *Concordancia entre realidad jurídica y Registro.*

Es éste uno de los postulados de la moderna técnica registral. Su fundamento es evidente: si el Registro es la fórmula más acabada de la publicidad inmobiliaria, no ofrece duda que esa publicidad sólo será perfecta y conseguirá sus objetivos en tanto los libros registrales reflejen la realidad jurídica viva y eficiente, no una realidad pretérita, ineficaz o equivocada. Hasta tal punto reviste importancia esa indispensable adecuación, que la Ley Hipotecaria vigente ha consagrado nada menos que un título entero, el VI, a esa concordancia entre el Registro y la realidad jurídica. Es, por tanto, plausible que la jurisprudencia tienda a facilitar y a proteger esa armonía entre la vida jurídica real y los pronunciamientos de los folios registrales.

Pero... ¿es que la exigencia del consentimiento *uxoris* menoscaba, perturba o violenta esa concordancia? ¿Es que si el asiento de cancelación refleja el consenso de la mujer, deja de estar concorde con la realidad jurídica?

El pensamiento que inspira la jurisprudencia última del Centro

directivo es sencillo y se intuye con facilidad. Si la hipoteca es absolutamente accesoria de la obligación asegurada, y ésta se extingue por pago hecho sólo al marido—que es quien tiene la facultad de cobrar dentro de la sociedad conyugal—, es patente que la hipoteca también ha quedado extinguida (y esto es verdad, civilmente): luego la realidad jurídica nos muestra una obligación y un derecho real accesorios, ambos extinguidos y, por ende, el Registro debe concordarse con esa realidad y admitir la cancelación otorgada sólo por el marido, que es el obligado a cancelar, puesto que ha cobrado el crédito.

Pero aquí se ha olvidado algo esencial, a saber: que el derecho real sólo se extingue en cuanto a tercero, o sea, *erga omnes*, mediante la cancelación, y que ésta se rige por las leyes propias del Registro Inmobiliario, según explícitamente reconoce el Código civil. Luego si la hipoteca ganancial se halla inscrita conjuntamente a nombre de ambos cónyuges y la cancelación han de consentirla los titulares registrales por ella lesionados, y si por añadidura la propia Ley civil, y después la reglamentación hipotecaria, exigen el consentimiento de la mujer para el otorgamiento de actos dispositivos inmobiliarios, y uno de ellos es la cancelación de hipoteca, resulta más cierto que el modo de establecer una verdadera correlación entre realidad jurídica y Registro es cancelar la hipoteca ganancial cuando hayan consentido en la cancelación, no uno, sino los dos cónyuges. Justamente, sin el consentimiento de la mujer, sólo existe una extinción de la obligación y una extinción *inter partes* del derecho real garantizador; pero no una realidad jurídica de cancelación de la hipoteca que deba reflejar el Registro.

Y que esto es exacto, la propia Dirección General lo ha reconocido en una Resolución posterior, la de 26 de octubre de 1964, que denegó la cancelación de una hipoteca perteneciente a un menor de edad sólo por el padre que había cobrado el crédito. En este caso también se había extinguido la obligación y, conforme a la teoría de las anteriores Resoluciones, la hipoteca accesoria, y sería necesario concordar el Registro con esa realidad jurídica. Sin embargo, la Dirección General, respetuosa con la jurisprudencia y con el Reglamento Hipotecario, exigió para la cancelación la autorización judicial y no se preocupó poco ni mucho de aquella concordancia. Luego es visto que el prescindir de las formalidades, autorizaciones o consentimientos

que la legislación exige para la práctica de la cancelación no presupone concordar el Registro con la realidad jurídica, sino quizá todo lo contrario, es decir, intentar armonizar el contenido de los libros con una realidad extrarregistral antijurídica.

E) *Posible perjuicio del propietario de la finca gravada.*

Es éste otro argumento que repiten las tres Resoluciones comentadas. Puede prescindirse del consentimiento *uxoris* en la cancelación de créditos hipotecarios gananciales, aun estando inscritos a nombre de ambos cónyuges, en gracia a «evitar perjuicios al propietario de la finca gravada».

Dialécticamente este fundamento es endeble. Si la mujer ha de prestar también su consentimiento, el deudor efectuará el pago en el acto del otorgamiento de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca cuando concurra la mujer con el marido o éste con poder bastante de aquélla. Y aun cuando el pago no se efectuase en el acto del otorgamiento y sea el marido solo quien confiese haberlo recibido, el mismo trabajo supondrá que acuda sólo el marido ante el Notario o que concurra acompañado de su mujer. Así se ha venido practicando desde 1959 sin dificultad alguna, salvo algún caso excepcional.

Diríase que la jurisprudencia recela del comportamiento femenino y sospecha que la mujer ha de poner trabas infundadas o vetos inmotivados a la prestación de su consentimiento. Mas aun en este extremo caso, su consentimiento puede suplirse con la autorización judicial y los gastos que se originen correrán a cargo de la sociedad conyugal del acreedor, nunca del deudor o del propietario de la finca, si la negativa de la mujer carece de base.

IV. OTRA RESOLUCIÓN POSTERIOR INTERESANTE.

Es la de 26 de octubre de 1964 («B. O. del E.» de 11 de noviembre del mismo año), a la que antes se ha hecho referencia.

Franqueado el camino a la supresión de requisitos y formalismos, aunque la legislación los imponga, es difícil contenerse en la pen-

diente, y tras una «liberalización» se intenta obtener otra, y así sucesivamente. Lograda la supresión del consentimiento *uxoris* en la cancelación de hipotecas gananciales, también se ha pretendido suprimir la necesidad de la autorización judicial en la cancelación de las pertenecientes a menores de edad sujetos a patria potestad. Más adelante veremos cómo ya otros juristas aspiran a mayores relaciones.

Se trata en esta reciente Resolución de una hipoteca constituida a favor de una menor de edad representada por su padre, y que éste, por sí solo, cancela por haber cobrado la totalidad de la cantidad prestada y sus intereses, sin obtener autorización judicial. Se denegó por el Registrador la cancelación por exigir dicha autorización el artículo 164 del Código civil y las Resoluciones de 31 de octubre de 1892 y 19 de julio de 1922. Recurrió el Notario autorizante alegando que hay que distinguir dos clases de cancelaciones: a) las que obedecen a haberse pagado la obligación garantizada, y b) aquellas otras en que la cancelación no afecta al derecho asegurado. En el primer supuesto, la cancelación debe *operar automáticamente*: la extinción de la obligación extingue de modo automático la hipoteca. Si el acreedor, cobrando, se niega a cancelar, pueden obligarle los Tribunales, según la Resolución de 14 de julio de 1925. Invoca como precedente la reforma del artículo 178 del Reglamento en su párrafo final

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección General confirma dicho auto, considerando que conforme ha declarado reiteradamente este Centro, no cabe destacar en todo préstamo hipotecario exclusivamente el aspecto obligacional para olvidarse del carácter que tiene toda escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, en donde este último acto supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación, por lo que habrá de aplicarse el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que exige al representante legal de toda persona a cuyo favor se hubiere hecho una inscripción obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigibles para la enajenación de bienes inmuebles, todo ello para cumplir la finalidad del artículo 164 del Código civil, que establece una serie de garantías en defensa y protección del patrimonio de todo menor de edad.

En verdad que este Considerando no guarda similitud alguna con

los que fundamentaron las tres Resoluciones del mismo año relativas a cancelación de hipotecas gananciales inscritas a nombre de ambos cónyuges, y que su ajustada doctrina habría bastado de sobra para justificar la exigencia del consentimiento *uxoris* en aquellas cancelaciones. Porque ambos supuestos de cancelación, el de hipotecas de menores y el de hipotecas gananciales, guardan, en el terreno del Derecho constituido, una analogía sorprendente, rayana en la identidad. Comprobémoslo.

El artículo 164 del Código civil no habla expresamente de cancelación de hipotecas de menores. Únicamente exige la autorización judicial para que el padre, o la madre en su caso, puedan enajenar o gravar bienes inmuebles. Fué la legislación hipotecaria—artículo 231 del Reglamento de 1915 y 178 del vigente—, la que exigió también dicha autorización para la cancelación de hipotecas por estimar que esto era un acto dispositivo, según había reconocido reiterada jurisprudencia.

Del mismo modo, el artículo 1.413 reformado del Código civil no habla tampoco de modo expreso de cancelación de hipotecas; se limita a exigir el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial para que el marido pueda realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales. Y ha sido también la legislación hipotecaria, al armonizarse con la reforma civil, la que ha exigido ese consentimiento *uxoris* para la cancelación de hipotecas gananciales, por la misma razón de considerarla acto de disposición—conforme sigue sosteniendo el Centro directivo—, y por haber ordenado que los bienes y derechos presuntivamente gananciales se inscriban a favor de ambos cónyuges. Así lo han establecido los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario y el párrafo final del 178, que no deja lugar a dudas.

Pues si donde existe la misma razón de Derecho debe recaer idéntica disposición legal o jurisprudencial, ¿cómo explicar la disparidad de criterios entre las Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964 y la de 26 de octubre del mismo año? Sólo pensando en las posibles antinomias doctrinales de la jurisprudencia a que se refiere el Profesor LUIS DÍAZ PICAZO en reciente monografía (23).

(23) LUIS DÍAZ PICAZO: *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la jurisprudencia en broma y en serio*, «Revista de Derecho Privado», noviembre de 1964, págs 925 y sigs.

V. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA CIVILISTA ADOPTADA
POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.

Conviene reiterar que no me parece mal que se vayan suprimiendo en los actos jurídicos formalidades y requisitos que el espíritu moderno juzgue superfluos o perturbadores o simplemente onerosos. A tiempos nuevos corresponden nuevas necesidades y nuevos métodos, y lo que ayer parecía conveniente, hoy resulta fútil e inadecuado. Así sucede con muchos formalismos, autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., que suelen ser residuos inservibles de un pretérito más o menos lejano. Pero ello debe suceder en todo caso por la vía normal jurídica, esto es, por mandato legislativo o reglamentario, y no por el atajo de unas decisiones jurisprudenciales, cuya misión integradora del Derecho sólo debe tener lugar cuando existan lagunas legislativas.

El que, sin base legal, una sentencia o una resolución prescinda de determinadas formalidades, inspirada en el plausible deseo de facilitar el tráfico jurídico, de simplificarlo, sobre ser peligroso, en cuanto implica invasión de competencias, suele resultar muchas veces la causa de máximas dificultades. Al fin y al cabo, el Derecho es pura forma, y quienes le aplican deben respetar su propia naturaleza formal.

a) *Las facilidades en el Registro.*

Prescindir del consentimiento *uxoris* en la cancelación de hipotecas gananciales, representa, a no dudarlo, una «facilidad» de las que tanto cautivan a los juristas ingenuos. También lo es omitir la autorización judicial en la cancelación de créditos hipotecarios pertenecientes a menores de edad sujetos a la patria potestad, o no recabar la autorización del Consejo de familia para que el tutor cancele las hipotecas de sus pupilos, aunque haya cobrado el crédito. Y aún mucho más se simplificaría y facilitaría la contratación y el tráfico de fincas por el momento si el marido volviese a disponer libremente de los inmuebles gananciales sin consentimiento ni in-

tervención de la mujer, y si el Notario pudiese autorizar las escrituras de venta otorgadas sólo por el marido, y el Registrador pudiese inscribirlas, aunque dejase sujeta la propiedad a futuras posibles revocaciones.

Enseña la experiencia que tanto en el orden jurídico como en el moral, si se incurre en una claudicación indefectiblemente va seguida de otras, acaso mayores. Y así lo comprueba que, apenas dictadas las tres Resoluciones comentadas, haya tenido que dar marcha atrás el Centro directivo y exigir en una nueva Resolución el cumplimiento de las formalidades exigidas por el Reglamento para la cancelación de hipotecas de menores, aunque aquéllas resulten antipáticas o se estime que son inoperantes. Conocida la tesis de aquella jurisprudencia y su fundamental argumentación basada en la accesoriedad absoluta de la hipoteca, tan resaltada por algunos Notarios (24), no es de extrañar que alguien pensase: si el pago de la obligación presupone automáticamente la extinción de la hipoteca y por tanto ésta debe cancelarse, ¿por qué cuando un padre ha cobrado un crédito hipotecario de su hijo menor no va a poder cancelar por sí solo el asiento registral? ¿No se ponen así en armónica concordancia la realidad jurídica y los libros del Registro? ¿No se evitan así gastos y dilaciones al propietario de la finca gravada? Y, en verdad, que desde esos puntos de vista, no le faltaría razón a quien pensase de este modo. Tal es la génesis del recurso resuelto por la Resolución de 26 de octubre de 1964, antes referida, y en la que el Centro directivo ha vuelto por los fueros de la doctrina tra-

(24) Cabe citar, en este sentido, la argumentación del Notario en el recurso que dió lugar a la Resolución de 26 de octubre de 1964, pues en ella defendió nada menos que la *cancelación automática* de la hipoteca al extinguirse la obligación garantizada. Mi demostrada admiración hacia la institución y las funciones notariales hispanas, tan diferentes y tan superiores a las extranjeras, me hizo defender siempre la necesidad de una íntima y máxima compenetración entre nuestro Notariado y la legislación hipotecaria y el sistema registral no ya por la comunidad de intereses, sino porque los actuales Notarios y Registradores, tan diferentes a los antiguos escribanos y contadores, estamos hermanados como hijos que somos de una misma matriz fecunda: la legislación hipotecaria de 1861. Y por ello, igual que hace años me resultaba inconcebible el que algunos ilustres Notarios ensalzasen a un hipotético «tío Celedonio», desprovisto de toda titulación, prefiriéndole a un titular registral, provisto de instrumento público, recibos fiscales e inscripción en el Registro, también ahora me desconcierta el que esclarecidos fedatarios se obstinen en contemplar la cancelación sólo a través de un puro prisma civilista, olvidando su carácter predominantemente hipotecario.

dicional en materia de cancelación, a la que siempre ha considerado, en buena ortodoxia hipotecaria, como acto dispositivo.

Y ya en el camino de lo que pueden denominarse «facilidades excesivas» no falta quien haya defendido la posibilidad de inscribir las enajenaciones de inmuebles gananciales realizadas sólo por el marido, si bien dejando sujeta la validez de las mismas a la posible impugnación por la mujer o sus herederos (25). Se basa esta peligrosa teoría en la similitud que se dice existe entre el supuesto de enajenación por el marido de bienes gananciales sin consentimiento de la mujer y la enajenación por la mujer de parafernalia sin licencia marital; y en que como para esta segunda hipótesis el artículo 94 del Reglamento Hipotecario autoriza la inscripción haciéndose constar en ésta la falta de dicha licencia cuando fuere necesaria, por la misma razón debiera admitirse la inscripción de los actos dispositivos sobre gananciales otorgados sólo por el marido.

Dejando aparte que con ello se falta abiertamente a lo taxativamente dispuesto por el Código civil, y a que esa pretendida similitud entre un supuesto y otro es muy discutible, según más adelante veremos, lo cierto es que con esa doctrina se echan por tierra los sólidos cimientos de nuestra legislación hipotecaria y en muy pocos años nuestro Registro de la Propiedad se convertiría en algo ineficaz e inservible.

Tenemos la experiencia de lo ocurrido con la inscripción de las disposiciones inmobiliarias por la mujer sin licencia del marido. Se ha inscrito la propiedad de muchas fincas sujetas a posible revocación y, lo que es peor, se ha dificultado enormemente la cancelación o «purga» de esas causas resolutorias, hasta el extremo de que la última reforma reglamentaria tuvo que añadir un nuevo párrafo al artículo 94, arbitrando un medio *sui generis* de constatar por nota marginal el transcurso de cuatro años desde la disolución del matrimonio, aunque sin atreverse a dar eficacia liberatoria a esa constatación.

Pues piénsese en lo que ocurriría si la facilitona doctrina de AZPIAZU prevaleciera. En un par de generaciones sería difícil encontrar fincas que no estuvieran afectas a esa posible causa de revocación; e imagínese lo difícil que resultaría precisar la fecha de disolución de

(25) J. AZPIAZU RUIZ: *El artículo 1.413 del Código civil*, en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1964, págs. 475 y sigs.

sociedades conyugales, a las que hubiere pertenecido anteriormente la finca, y obtener las necesarias certificaciones de defunción de alguno de los cónyuges. El Registro tuvo por principal finalidad, según la Exposición de Motivos, dar seguridad y certeza al dominio para facilitar el crédito territorial asentándole sobre sólidas bases. Pues con esa doctrina las fincas dejarían de ser aptas para el crédito hipotecario e incluso el comercio inmobiliario se paralizaría o, por lo menos, se depreciaría.

Desengáñese el hábil jurista que es AZPIAZU. La mejor protección que el Registro puede ofrecer a la mujer casada para que el marido no disponga de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales sin contar con ella no es dejar a salvo para el futuro sus derechos o los de sus herederos, con lo que sólo se conseguiría volver a oscurecer el Registro con causas de revocación y afecciones intranquilizadoras (26). La mejor protección, la más eficaz defensa, es la que claramente establece el Código civil y, completándole, el Reglamento Hipotecario, esto es, rechazar el título transmisivo que se presente en el Registro sin que la mujer lo haya consentido, por considerar que la transmisión no se ha ajustado a la Ley.

Lo que en realidad ocurre es que una gran parte de los juristas españoles—Notarios, Registradores, Jueces—han visto con escasa o ninguna simpatía la modificación del artículo 1.413 del Código civil. Es la triste suerte reservada a las reformas legales timidas, intermedias, de «quiero y no me atrevo». En punto a la disposición de inmuebles gananciales se ofrecían al legislador dos caminos en absoluto dispares: o aceptar el *statu quo*, mantenido en su plenitud la autoridad marital y con ella la facultad casi absoluta de disposición por

(26) No debe olvidarse que el precepto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, inspirado en la jurisprudencia y en el artículo 169 del Reglamento Notarial, no mereció crítica favorable a los hipotecaristas. En primer lugar, porque al permitirse la inscripción de actos o contratos otorgados sin capacidad completa, se corre el riesgo de provocar o fomentar tales otorgamientos imperfectos, que un Reglamento Notarial anterior calificó de «corruptela»; y en segundo lugar, porque inscribir derechos de validez insegura, dominios sujetos a posible revocación, no está muy conforme con los postulados de nuestro sistema, en cuanto esas inscripciones no contribuyen a dar certidumbre al dominio, ni a garantizar suficientemente la propiedad ni a asentar sobre sólidas bases el crédito territorial. Con razón escribía un competente Registrador, JOSÉ MARTÍNEZ SANTONJA, en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 649: «Una inscripción en cuyo frontis hay que escribir ¡Alerta! ¡Peligro!», esta inscripción es anulable, o inmoviliza la finca o derecho a que afecta o puede acarrear dolorosas consecuencias a quien, osado, se atreva a adentrarse en sus peligros».

el marido, o, acompasando la reforma a las exigencias de los tiempos modernos y teniendo en cuenta que la mujer de nuestros días contribuye también con su trabajo a la creación del patrimonio ganancial, del que es, en definitiva, cotitular, igualar a ambos cónyuges en punto a la disposición de esos bienes, sobre todo si son inmuebles. Esta última solución que prevalece en algunas legislaciones y, por otras causas, en Aragón, es la que de verdad protege a la mujer y la coloca en el plano en que, en otros órdenes, el actual modo de vivir ya la ha colocado. Pero el legislador de 1958 eligió un camino ecléctico y utilizó un instrumento imperfecto: el de un *consentimiento* que, a fuerza de interpretaciones, de sutilezas y de teorías, ya apenas se sabe qué es lo que es: si un negocio de asentimiento, que no es parte del negocio transmisivo, sino sólo requisito de su eficacia, según CÁMARA; si algo similar a la licencia marital, con la que tiene estrecho parentesco y paralelismo, según dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 1964 (27); si un derecho de veto

(27) Esta sentencia del Tribunal Supremo, citada por CÁNOVAS y por AZPIAZU, no deja de suscitar algunos reparos. Dicha sentencia, que reputa al consentimiento *uxoris* como un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, estima viable *aplicar por analogía* las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital para «solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina». Aquí el Tribunal Supremo olvida, en primer lugar, que en lo que se refiere a los actos dispositivos sobre inmuebles y derechos reales gananciales o presuntivamente gananciales inscritos, no existe tal laguna de reglamentación justificativa de una aplicación analógica, pues fué colmada cumplidamente por el Reglamento Hipotecario, cuya última reforma aprobada por el Consejo de Estado y el de Ministros, tuvo por finalidad en ese aspecto recoger las repercusiones registrales e hipotecarias de la modificación del Código civil y dictó las reglas oportunas para la inscripción y la disposición de aquella clase de bienes. La similitud, por otra parte, entre el consentimiento *uxoris* y la licencia marital dista mucho de ser exacta. Esta última es un complemento de la capacidad de la mujer casada para la realización de ciertos actos jurídicos, no sólo dispositivos, sino también de orden muy distinto, como comparecer en juicio, por ejemplo. Tal licencia es un requisito habilitante—procedente de la incapacidad de la mujer en el Derecho Romano, primero por estar sometida a tutela y luego por entrar bajo la *manu* del marido—que en la técnica actual se sustituye, cuando el marido no puede o abusivamente se niega a darla, por la habilitación judicial. El consentimiento de la mujer, en cambio, no afecta para nada a la capacidad del marido—lo que no se compaginaria con el ejercicio por éste de la jefatura familiar—, sino que representa una declaración de voluntad coincidente con la del marido y expresiva de una confirmación, ratificación o adhesión a la disposición consentida también por éste. Con la interpretación que el Tribunal Supremo da al nuevo artículo 1413 del Código, éste resulta francamente inoperante, y para llegar a tan nulo resultado no se habría efectuado esa reforma legal. En efecto, si pudiese prescindirse del consentimiento de la mujer—lo mismo que se puede prescindir de la licencia marital—, dejando a salvo el derecho de la mujer o de sus herederos a impug-

o un *jus prohibendi* concedido a la mujer, conforme a la opinión del ilustre Magistrado y Profesor FRANCISCO BONET (28); o si, finalmente, un consentimiento de control para que el marido no abuse de sus facultades dispositivas, según piensa el maestro de todos, ROCA SASTRE. Ante tal diversidad de criterios es preferible atenerse al valor semántico y jurídico de la letra de la Ley y preguntar: ¿Es idéntico *asentir* que *consentir*? ¿Es lo mismo consentir que controlar o vetar? ¿No indica el consentimiento la concurrencia de dos voluntades por lo menos? Y ¿cómo podrá la mujer ejercitar un derecho de veto si no conoce, si no está enterada de lo que puede vetar? Porque si el marido vende una finca o cancela una hipoteca, ambas presuntivamente gananciales, sin intervención de la mujer, ¿cómo podrá ésta disentir o prohibir, ni aun controlar siquiera? Ello implicaría un pre-

nar los actos dispositivos realizados sin aquél, la reforma sería innecesaria, ya que el primitivo artículo 1.413 disponía que toda enajenación o convenio que sobre los bienes de la sociedad de gananciales hiciese el marido en contravención de este Código o en fraude de la mujer, no perjudicara a ésta ni a sus herederos. Si no obstante lo dispuesto en el nuevo artículo 1.413 en el sentido de aumentar las facultades de la mujer en orden a la disposición de gananciales, el marido pudiese por sí solo enajenar dichos bienes válidamente y mediante títulos inscribibles en el Registro, aunque se dejase a salvo el posible derecho de impugnación de las enajenaciones fraudulentas: ¿Para qué serviría la reforma? ¿En qué habría mejorado la condición de la mujer y qué habrían aumentado sus facultades, si ese derecho de impugnación ya se lo había reconocido el citado artículo en su redacción primitiva? Esto lo advirtió sagazmente el Notario BORRACHERO cuando decía en 1959: «Parece deducirse del tercer párrafo de dicho artículo que el marido podrá realizar actos de disposición sin consentimiento de la mujer, o sea, *contraviniendo lo dispuesto en el Código*, siempre que esos actos no perjudiquen a la mujer ni a sus herederos. La interpretación literal de este párrafo nos lleva directamente a ello, pero en este caso la reforma sería totalmente inocua y las cosas habría que haberlas dejado como estaban» (en esta misma REVISTA, pág. 245, 1959). Y debe rechazarse esa interpretación porque es principio de Derecho, sancionado por la jurisprudencia (sentencias de 2 de julio de 1873 y 25 de marzo de 1915), que debe desecharse toda interpretación o inteligencia que conduzca al absurdo, y absurdo es que una reforma legal tan profunda se condene a la esterilidad más completa, sin olvidar, finalmente, que contra preceptos legislativos claros y terminantes no son de estimar argumentos de analogía ni puede prevalecer el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de Derecho (sentencia de 21 de febrero de 1900). En suma, a mi juicio no caben sutilezas, ni doctrinas exóticas, como la del negocio de asentimiento germánico: el legislador y el nuevo artículo 1.413 del Código han querido que la disposición de inmuebles gananciales se realice por el marido con el consentimiento de la mujer, y si en el acto transmissivo no concurren ambos consensos—o antes o después—, la enajenación es contraria a la Ley y, por tanto, no debe inscribirse en el Registro. Y así, además, lo ha entendido el legislador al acopiar el Reglamento Hipotecario a la nueva orientación del Código.

(28) FRANCISCO BONET: *Jurisprudencia registral*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1964, pág. 993.

vio trámite de notificación o requerimiento que no estuvo nunca en la mente del legislador.

La causa de los problemas que suscita la reforma del artículo 1.413 es que ha venido a romper una tradición patria de siglos en orden a la disposición de bienes de la sociedad legal de gananciales; y, confiésenlo o no, todos los esfuerzos de los defensores a ultranza de lo tradicional, llevados por un misonerismo acaso subconsciente, se enderezan a dar con el medio más sutil y delicado, de acatar la reforma, eso sí, pero sin cumplirla (29).

Descendiendo ahora a las aplicaciones prácticas de la nueva doctrina de la jurisprudencia registral, conviene apuntar algunos supuestos que se han de presentar en la vida real y en los cuales aquella doctrina no parece aplicable.

b) *Hipotecas constituidas e inscritas a favor de marido y mujer.*

No es insólito, sobre todo en algunas regiones, que comparezcan en la escritura de préstamo hipotecario el acreedor y su esposa y que a favor de ambos, sin especificación de cuotas o con ella, pero sin aducirse la procedencia del dinero, se constituya la hipoteca y también, como es natural, a favor de ambos se inscriba en el Registro.

Se trata, indiscutiblemente, de una hipoteca presuntivamente ganancial y con arreglo a la actual doctrina del Centro directivo podrá ser cancelada sólo por el marido, si cobra el crédito. Esto a todas luces parece excesivo y opuesto a las normas y principios hipotecarios y a la titularidad de la mujer que intervino en el acto constitutivo y que después, al prescindirse de ella, se ve preterida y en peor posición que antes de la reforma del Código. Lo más seguro es que, pese a la jurisprudencia, los Registradores exijan en esta hipótesis el consentimiento de la mujer para la cancelación, si quieren eludir posibles responsabilidades.

(29) El mismo GINÉS CÁNOVAS, de ordinario tan ponderado y circunspecto, llega a decir: «A nosotros, cuanto sea poner cortapisas... a la profunda reforma del artículo 1.413 del Código civil, nos merece plácemes» (en esta misma REVISTA CRÍTICA, 1964, pág. 799).

c) *Casos de cesión y de posposición de hipoteca.*

Si el marido puede por sí solo cancelar las hipotecas gananciales, aunque figuren inscritas a nombre de ambos cónyuges, es evidente que puede lo más, que es extinguir, hacer desaparecer o dar muerte jurídica al derecho real. Y si es principio de Derecho, admitido por la jurisprudencia, que «quien puede lo más, puede lo menos», será también evidente que ese marido por sí solo podrá ceder a tercero el crédito hipotecario y podrá posponerle a otros acreedores.

Y ante esto cabe preguntar: ¿Es que tal vez esa cesión, esa posposición, no son actos dispositivos? ¿No equivale la cesión a una enajenación, aunque también el precio de aquélla pueda interpretarse como una forma de pago? ¿Deberán los Registradores exigir el consentimiento *uxoris* para esos actos dispositivos o se avendrán a seguir prescindiendo de la intervención de la mujer, como si no se hubiese reformado el Código ni el Reglamento Hipotecario?

d) *Caso de subhipoteca.*

Es ésta una figura jurídica muy poco frecuente; pero alguna que otra vez encarna en la realidad. Y a ella puede aplicarse lo dicho anteriormente. ¿Podrá el marido por sí solo gravar el crédito hipotecario ganancial con una hipoteca? Si puede cancelar, también podrá hacerlo; pero como no se puede dudar de que hipotecar es disponer, es gravar, es casi seguro que los Registradores sigan exigiendo en estos supuestos el consentimiento de la mujer, si se halla inscrito el crédito a nombre de ambos cónyuges.

e) *Modificación reglamentaria indispensable.*

Y esto nos lleva a admitir la necesidad, si ha de prevalecer la doctrina sustentada en las comentadas Resoluciones, de volver a modificar el Reglamento Hipotecario.

Es de todo punto ilógico que si el marido puede cancelarlos por sí sólo se sigan inscribiendo los créditos hipotecarios gananciales a nombre de los dos cónyuges conjuntamente. Deberá volverse al sis-

tema anterior a la reforma. Bastará agregar unas palabras a la regla primera del artículo 95 de forma que venga a decir: «... se inscribirán, con excepción del derecho de hipoteca, a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal». Y para completar la nueva orientación, deberán suprimirse en el párrafo final del artículo 178 del mismo Reglamento las palabras «inscritas a su nombre».

Con estos pequeños retoques desaparecerán los obstáculos que la reglamentación hipotecaria ofrece a la reciente jurisprudencia registral, aunque subsista el inconveniente de que la cancelación se ha reputado siempre como acto dispositivo y, si lo es, debiera serle de aplicación la reforma del 1.413 del Código civil.

Pero, en fin, los Registradores ya sabrán a qué atenerse y no se encontrarán en la perplejidad que produce una tendencia jurisprudencial cuando no se compagina con las normas que ellos, como funcionarios, han de aplicar.

Se dirá: ¿Y no se dejará indefensa a la mujer, como lo estaba antes de la reforma del Código, si se mantiene esa tendencia jurisprudencial y se acomoda a ella el espíritu y la letra del Reglamento Hipotecario?

Pero este es otro problema en el que no debe entrar este trabajo. Los generosos esfuerzos de ciertas juristas destacadas, como ELISA BARTOMEU, MERCEDES FÓRMICA y alguna otra, en pro de la igualdad jurídica de ambos sexos, lograron crear un estado de conciencia que hizo posible la reforma del Código en 1958. Pero esa reforma fue tímida y tal vez ineficaz. Son ellas las que han de arbitrar nuevas fórmulas más sencillas y eficaces, a fin de que nuestra legislación civil no quede desfasada en este punto con relación a lo que las nuevas orientaciones jurídicas de la vida moderna exigen imperiosamente.

VI. CONCLUSIONES.

En rigor, más que conclusiones o síntesis, lo que a continuación se expone son breves puntualizaciones sobre algunos de los aspectos más interesantes de los problemas esbozados en este fatigoso trabajo. Son las siguientes:

a) El permitir la cancelación de hipotecas gananciales sólo por el marido sin consentimiento de la mujer, sobre equivaler a una interpretación civilista de las normas que rigen la cancelación, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.880 del Código civil, representa un imprevisto retroceso en la concepción tradicional y progresiva de la cancelación hipotecaria, que fué siempre considerada como acto dispositivo, no ya por la jurisprudencia y la doctrina, sino también por la legislación, en los artículos 231 del Reglamento de 1915 y en el 178 del de 1947.

b) Que, aun reconociendo que la nueva doctrina mantenida por el Centro directivo tiende a simplificar y facilitar la cancelación al facultar al marido para cancelar por sí solo las hipotecas gananciales cuando se pague la obligación asegurada, lo cierto es que esa doctrina no se compagina con lo preceptuado por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que se propuso recoger en la legislación registral las ineludibles repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en 1958 y que ha estado vigente durante un lustro, tanto en lo relativo a la inscripción de los créditos hipotecarios gananciales a favor de ambos cónyuges conjuntamente como en lo referente a la necesidad del consentimiento de marido y mujer para su cancelación.

c) Que esa nueva doctrina puede irrogar perjuicios en algún caso—por fortuna excepcional—a la mujer a cuyo nombre figure inscrita la hipoteca conjuntamente con su marido, puesto que no ya sin su consenso, sino sin su conocimiento siquiera, se podrá cancelar dicho derecho real, y ello parece poco ajustado al espíritu y la letra y a la finalidad de la última reforma del Código civil, que quiso dar intervención directa a la mujer en la disposición del patrimonio inmueble de la sociedad legal de gananciales.

d) Que si se ha de mantener en lo sucesivo la doctrina jurisprudencial sustentada en las citadas Resoluciones, deben ser nuevamente reformados los artículos 95, número 1.º, y 178, párrafo final del Reglamento Hipotecario para restablecer la necesaria concordancia entre legislación y jurisprudencia, máxime teniendo en cuenta que, manteniendo aquella doctrina, carece de toda posible justificación el que se sigan inscribiendo los créditos hipotecarios pre-

suntivamente gananciales a nombre de marido y mujer si sólo éste queda facultado para cancelarlos.

e) Que mantener en la época presente la teoría de la accesoriedad absoluta de la hipoteca hasta el punto de que baste el pago del crédito asegurado para que se reputé automáticamente extinguido el derecho real en la realidad jurídica, puede conducir, prescindiendo de su oposición a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y en el 179 de su Reglamento, a retroceder a los tiempos iniciales de nuestro sistema registral y a que vuelvan a cancelarse las hipotecas con sólo la justificación fehaciente de la carta de pago del crédito asegurado y la petición legitimada documentalmente del acreedor.

f) Que esa teoría olvida además que respecto a tercero sólo se extingue la hipoteca por su cancelación (art. 76 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, el derecho real esgrimible *erga omnes* sólo queda extinguido, no por el pago del crédito, sino por la cancelación del asiento registral.

g) Que, por fortuna, el Centro directivo ha reaccionado en su Resolución de 26 de octubre de 1964, en la que reconoce que no debe destacarse en todo préstamo hipotecario exclusivamente el aspecto obligacional (versión civilista) y olvidarse del carácter dispositivo, de desprendimiento de derechos equivalente a una enajenación que tiene toda escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca (versión hipotecario-registral), con cuya doctrina, concorde con la tradicional, se contradice la afirmada en las tres anteriores Resoluciones referentes a la cancelación sin el consentimiento *uxoris*.

h) Y, finalmente, que la doctrina de estas últimas citadas Resoluciones parece inaplicable en los supuestos de cesión de créditos hipotecarios gananciales, subhipoteca, posposición y modificación y en los de cancelación de hipotecas constituidas e inscritas a favor de ambos cónyuges, sin declaración de la procedencia del capital prestado, en todos los cuales será necesario el consentimiento de la mujer, a pesar de que aquella doctrina debiera serles también de aplicación por el principio jurídico de que quien puede lo más puede lo menos.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL,
De la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.