

El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación^(*)

I

SANTI ROMANO, en un libro extraordinario (1), nos ha hablado de los mitos jurídicos y de la mitología jurídica. El mito ha sido definido y estudiado particular y casi exclusivamente en relación con las creencias religiosas, que es donde ciertamente se ofrecen sus ejemplos más típicos y característicos. El mito, sin embargo, se encuentra también en otros campos diferentes, y en particular y de una manera extraordinariamente interesante, en el campo del Derecho. Se entiende por mito aquella explicación dada a problemas vitales de carácter fundamental que es alegórica o fantástica o que por lo menos no aparece racionalmente demostrada. Son los mitos, explicaciones capaces de suscitar la credulidad o, si se prefiere, la credibilidad de las gentes, porque lo característico del mito es precisamente el ser creíble y el ser creído.

En muy estrecha relación con esta idea de los mitos jurídicos, TEODORO VIEHWEG nos ha hablado recientemente de los tópicos jurídicos (2). Los tópicos son ideas o proposiciones que constituyen auténticos *loci communis* y que se legitiman por su general aceptación. Justo es reconocer que lo que nosotros los juristas denominamos la ciencia del Derecho es, en muy buena medida, una actividad intelectual que se sirve de estos tópicos o lugares comu-

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad el 24 de febrero de 1967.

(1) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1953. páginas 126 y sigs.

(2) T. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. castellana, Madrid, 1964.

nes. En nuestro tiempo la expresión tópico, mito o lugar común ha adquirido una evidente carga de sentido peyorativo, y solemos considerar a estas ideas y proposiciones tópicas como algo desdénable. Una actitud semejante, a más de irreflexiva es injusta. Las ideas y las proposiciones que se legitiman por una general aceptación pueden encontrarse y normalmente deben encontrarse llenas de sentido. Lo necesario es contraponer el hombre que piensa al hombre que cree. Esta distinción parte del esbozo que ORTEGA estableció cuando distinguía entre ideas y creencias (3). La creencia, dice ORTEGA, es algo en lo que se está. El hombre se instala en la creencia y vive conforme a ella. La idea, en cambio, es algo a lo que reflexivamente y sólo a través del penoso camino de un razonamiento se puede llegar. El hombre que cree se servirá de los mitos y de los tópicos jurídicos, construirá su propia vida jurídica con arreglo a ellos y decidirá conforme a ellos las cuestiones que le sean planteadas. El hombre que piensa tratará, en cambio, de convertir los tópicos y los lugares comunes en ideas jurídicas actuantes.

Vivimos—es cierto—una época de desmitificación, pero con ello no se trata de decir que los mitos deban ser destruidos, sino que deben ser los problemas que subyacen bajo ellos racionalmente explicados: los mitos deben ser destruidos sólo en cuanto mitos.

II

Quiero referirme a algunos de estos tópicos o mitos jurídicos, que en particular son los mitos hipotecarios. Entre el cúmulo inmenso de mitos o de tópicos que contiene nuestro Derecho hipotecario me ha parecido conveniente seleccionar tres de ellos para tratar de convertirlos en ideas jurídicas actuantes.

Entre los mitos hipotecarios seleccionaré—como decía—tres que aparecen íntimamente relacionados entre sí: el mito del consentimiento formal, el mito de que el consentimiento de cancelación constituye negocio abstracto y el mito de que el consentimiento de cancelación constituye un negocio de disposición.

El intento de tratar de encontrar una explicación racional a

(3) ORTEGA Y GASSET, *Ideas y creencias*, Madrid, 1965, págs. 15 y sigs.

estos *loci communia* de nuestro Derecho hipotecario nos permitirá probablemente encarar con mayor rigor alguno de los problemas prácticos que en fecha reciente han sido planteados (4). En los últimos años se ha discutido con bastante ardor la posible aplicación del artículo 1.413 del Código civil a la cancelación de los créditos hipotecarios de naturaleza ganancial. Se trataba de saber si, consentida la cancelación únicamente por el marido, debe el Registrador denegar el asiento solicitado, en tanto que no preste su consentimiento la mujer. Partiendo de la premisa que la cancelación constituye un acto dispositivo, la aplicación del artículo 1.413 del Código civil debía ser una lógica conclusión. La Dirección General de los Registros, sin embargo, en varias resoluciones, a partir de 1964 (5), ha estimado lo contrario, probablemente por razones de orden práctico. En buena lógica, la explicación sólo puede ser buscada mediante un replanteamiento de las premisas. ¿Qué sentido tiene el llamado principio del consentimiento formal? ¿Es el consentimiento de cancelación un negocio abstracto y dispositivo?

III

El llamado «principio del consentimiento» se introdujo en nuestra técnica hipotecaria merced al influjo que en ella ejerció durante muchos años la doctrina alemana. ANGEL SANZ (6) lo considera como «creado por el Código civil alemán», añadiendo que

(4) El problema en la práctica se ha planteado sobre todo en relación con los negocios de disposición sobre bienes de naturaleza ganancial. La literatura sobre el tema es ya muy abundante. Vid. CÁMARA, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en Anuario de Derecho Civil. XII, 2, 1959, págs. 451 y sigs.; BORRACHERO, *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, R. C. D. I., 1959, págs. 243 y sigs.; LA RICA, *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, R. C. D. I., 1965, págs. 245 y sigs.; LACAL, *La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas*, R. C. D. I., 1959, págs. 39-41; AZPIAZU, *Más sobre el artículo 1.413*, R. C. D. I., 1966, pág. 95; LA RICA, *El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales consentidos sólo por el marido*, R. C. D. I., 1966, páginas 1.185 y sigs.

(5) Cfr. las Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964, así como la de 23 de febrero de 1966. Las dos primeras están anotadas por CÁNOVAS en R. C. D. I., 1965, pág. 915. Sobre el tema, cfr. también LA RICA en los dos trabajos antes citados.

(6) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, págs. 3 y sigs.

tiene su origen en la doctrina científica elaborada en aquel país a lo largo del siglo XIX. No me parece demasiado aventurado sostener que entre nosotros introdujo la idea don JERÓNIMO GONZÁLEZ en dos trabajos, publicados ambos en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en la década de los años veinte: el primero de ellos trataba de manera específica sobre el principio del consentimiento (7); el segundo versaba sobre la renuncia en el Derecho inmobiliario (8). En los programas de oposiciones a Registros la cuestión se introdujo probablemente por aquellas mismas fechas (9) y provocó algunas dosis de perplejidad en los primeros autores de contestaciones al programa que debieron dar respuesta al tema (10). Es muy curioso constatar, en cambio, que los tratadistas anteriores de la disciplina no habían mencionado tal principio y, además, que habían estudiado siempre la cuestión de la cancelación, sin hacer referencia al llamado «consentimiento formal». Preocupaba a estos autores cuál había de ser la capacidad para consentir la cancelación, si la cancelación podía o no ser condicionada y la exégesis pormenorizada de los preceptos de la Ley y del Reglamento, pero nada más (11).

(7) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *Principio del consentimiento*, publicado en R. C. D. I., 1926, pág. 519, y reimpresso en los Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, Madrid, vol. I, págs. 406 y sigs.

(8) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *La renuncia en el Derecho Inmobiliario*, R. C. D. I., 1931, págs. 35 y sigs., y en los Estudios citados, vol. II, páginas 17 y sigs.

(9) La referencia es del propio don Jerónimo, a quien puede suponerse autor o, al menos, coautor del Programa. Entre los primeros autores que enfocaron el problema por exigencias de los cuestionarios de las Oposiciones, cita a LÓPEZ PALOP y CAMPUZANO en el *Apéndice a la Legislación Hipotecaria*, de Reus. Se contentaron, dice don Jerónimo, con citar el precedente alemán y el suizo. En el programa de oposiciones vigente en aquellas fechas el «principio del consentimiento» se incluía en el tema V, dedicado en general a los «principios hipotecarios». Este tema no existía en el programa de la década anterior. Cfr. GAYOSO ARIAS, *Nociones de Legislación Hipotecaria* (Contestaciones a los temas de esta materia contenidos en el Programa para las Oposiciones a Registros de la Propiedad, publicado en la *Gaceta* de 7 de febrero de 1918), Madrid, 1918.

(10) Vid. BERAUD y RÍOS MOSQUERA, *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1928, tomo I, pág. 48. Una prueba de la perplejidad de la doctrina puede constituir la el hecho de que hacia 1930 la terminología no se encuentra todavía firmemente asentada. Por ejemplo, ROCES, al traducir el libro de NUSSBAUM habla de un «principio formal del consentimiento»; cfr. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. de la 2.ª edic. alemana, con prólogo de W. ROCES, Madrid, 1929.

(11) Cfr. MORELL y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo III, Madrid, 1917, pág. 380; GALINDO Y DE VERA, ESCOSURA y ESCOSURA, Co-

El llamado «principio del consentimiento», como he dicho, lo introdujo don JERÓNIMO GONZÁLEZ y se consolidó en las obras de los maestros ROCA SASTRE (12) y ANGEL SANZ (13). Se suele definir diciendo que para transmitir el dominio y para constituir, modificar o extinguir un derecho real, así como para producir una modificación en los asientos del Registro, es necesaria la prestación de un consentimiento (14). Se distinguirá entonces entre un consentimiento material o sustantivo, que es el constituido por el acuerdo conjunto de transferente y adquirente, dirigido precisamente a producir la modificación jurídica real, y un consentimiento formal, que es el consentimiento del titular inscrito, dirigido exclusivamente a permitir la modificación de los asientos del Registro (15). Por lo general, se entiende que nuestro sistema positivo no ha admitido el llamado consentimiento sustantivo—en su forma pura: acuerdo real abstracto—, pero que, en cambio, ha hecho algunas importantes aplicaciones del llamado principio del consentimiento formal. Entre estas últimas, aparte de otras en que la cuestión resulta discutida—como ocurre con la llamada modificación de entidades hipotecarias, con la constitución unilateral de la hipoteca o con la posposición—, la doctrina, con rara unanimidad, suele mencionar el supuesto contenido en el artículo 82 de la Ley hipotecaria, según el cual la cancelación de los derechos inscritos o anotados en virtud de una escritura pública ha de hacerse mediante otra escritura o documento auténtico en que preste su

mentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar, 2.^a ed., Madrid, 1891, tomo III. págs. 26 y sigs.; CAMPUZANO, *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1926, págs. 430 y sigs.; DÍAZ MORENO, *Legislación Hipotecaria* (Contestaciones), Madrid, 1911, tomo II, págs. 300 y sigs.; ARAGONÉS Y CARSI, *Compendio de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1909, tomo I. págs. 259 y sigs.; LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1918, pág. 150; MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios y Jurisprudencia a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1906, págs. 343 y sigs.

(12) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I. Barcelona, 1954, págs. 726 y sigs.

(13) SANZ FERNÁNDEZ, op. y loc. cit., págs. 26 y sigs.

(14) ROCA, op. y loc. cit., págs. 726 y sigs.; SANZ, op. y loc. cit., pág. 26; LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, páginas 215 y sigs.

(15) El llamado «consentimiento formal» es la declaración jurídica de voluntad unilateral dirigida directa y exclusivamente a consentir que en el Registro de la Propiedad se practique un determinado asiento, sin necesidad de apoyarse en ningún acuerdo, acto o título de derecho material inscribible (ROCA SASTRE, op. y loc. cit., pág. 726).

consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos. Esta idea, según la cual el artículo 82 de nuestra Ley hipotecaria constituye un fiel reflejo del llamado principio del consentimiento formal, creo que es el primero de los tópicos hipotecarios que debemos hoy someter a revisión.

En primer lugar, la idea casa muy mal con los antecedentes históricos del precepto (16), que no aparece como una consecuencia del llamado principio del consentimiento elaborado por la técnica hipotecaria alemana, sino como el resultado de nuestra propia tradición hipotecaria (17). El precedente más antiguo que conozco del artículo 82 de la Ley hipotecaria se encuentra en el proyecto de Código civil de 1851. Este proyecto de Código, que, como es sabido, se debió en buena medida a la autoridad de GARCÍA GOYENA, contiene en su última parte una serie de preceptos dirigidos a instaurar un Registro Público y a establecer los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas y de trans-

(16) Es preciso confesar que los antecedentes históricos de nuestra Ley Hipotecaria nos son muy mal conocidos, ya que no se ha hecho el necesario estudio de confrontación de la labor de los legisladores de 1861—estudio que parece absolutamente necesario—, con los precedentes que en aquel momento ofrecía el Derecho comparado. Es de interés la obra de PANTOJA Y LLORET. *Ley Hipotecaria concordada con las Leyes y Códigos extranjeros*, tres volúmenes, Madrid, 1861. Para el Derecho extranjero consúltese la obra de SAINT JOSEPH, *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847.

(17) Es cierto, como afirma SANZ, que el llamado «principio del consentimiento» fue una creación de la dogmática alemana que cristalizó en el Código civil de aquel país. En la Legislación registral alemana anterior al llamado «principio del consentimiento» no aparece consagrado. Es de particular interés tomar en consideración la Legislación prusiana, que, según se ha venido diciendo, influyó en nuestra primitiva Ley Hipotecaria. Pues bien, la Ley de 5 de mayo de 1872—posterior, curiosamente, a nuestra primera Ley Hipotecaria—no contiene aún formulación alguna del llamado «principio del consentimiento formal». La inscripción se practica a demanda de la parte interesada, que debe hacerse por escrito y *acompañando las piezas justificativas de la solicitud* (artículo 33). A la demanda se acompaña el *título* en que se funda (art. 39).

Para las cancelaciones se establece que: deben hacerse siempre a instancia del propietario (art. 92), y que el propietario, si se trata de las inscripciones comprendidas en la segunda sección, *basta* con que acompañe a su demanda un consentimiento de cancelación emanado del titular del derecho o de sus sucesores o causahabientes (art. 93). Para la cancelación de las inscripciones de la tercera sección (hipoteca y deuda inmobiliaria) debe acompañar: un recibo o un consentimiento de cancelación del acreedor; una sentencia definitiva condenando al acreedor a consentir la cancelación; la prueba de que el derecho a cancelar se ha extinguido por confusión o consolidación (cfr. *Annuaire de Legislation étrangère*, París. 1873, tomo II).

misión del dominio. Se debe aquella parte del proyecto a CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, del que se dice que se inspiró en la legislación prusiana (18). Según el artículo 1.864 del proyecto de 1851, «la cancelación puede hacerse por *allanamiento* de las partes interesadas en la inscripción, siempre que tengan capacidad para enajenar sus bienes y conste su unánime consentimiento en escritura pública». El precepto añade que «si el allanamiento es condicional no se cancelará la inscripción hasta que se cumpla la condición» (19). GARCÍA GOYENA (20) explica los motivos del proyectado precepto del siguiente modo. La inscripción—dice—es un acto íntimamente adherido al título constitutivo del derecho inscrito, pero no por eso dejan de ser dos cosas distintas. Si los constituyentes convienen en que se tome la inscripción por un tiempo determinado, entonces debe extinguirse a la expiración de este plazo. En los demás casos, la inscripción, en sí misma considerada, es imprescriptible. Por ello, para que pueda ser opuesta a un tercero de buena fe la extinción del derecho debe procederse a cancelar la inscripción. Si el Registro ha de servir de garantía para el crédito territorial, conviene que sea la única pauta de los prestamistas para simplificar la confianza que les mueve a entregar su dinero. Se trata entonces de fijar una forma expedita y nada costosa para obtener y registrar las cancelaciones. Así, el proyecto procura

(18) Sobre la influencia decisiva de LUZURIAGA en el Proyecto de 1851, en orden a la consagración de los principios de publicidad y especialidad en materia de transmisiones del dominio y de constitución de hipotecas, así como en orden a la instauración de un sistema de Registro, vid. CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 209 y sigs. Sobre la figura de don Claudio Antón de LUZURIAGA, como un precursor de nuestro sistema registral, vid. VILLARES PICO, *Recordemos en este centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo*, R. C. D. I., 1961, págs. 910 y sigs.

(19) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852. El Proyecto de 1851 añadía, sin embargo, en el artículo 1.866 que «el tenedor del Registro hará de oficio la cancelación, aunque no sea unánimemente consentida por las partes, ni ordenada por los Tribunales, en los casos siguientes: 1.º Al mismo tiempo que se inscriba la mutación de propiedad en favor del que la adquiere, se cancelará la inscripción del que enajena. 2.º La inscripción de las hipotecas legales comprendidas en los números 1, 2 y 3 del artículo 1.787 se cancelará, si se acreditare en forma auténtica el pago o la consignación hecha legalmente. 3.º Todas las inscripciones del Derecho hipotecario y de cualquiera de los comprendidos en el artículo 1.831 se cancelarán cuando se presente un título auténtico que justifique la confusión de propiedad de los bienes gravados y del derecho inscrito sobre ellos en la misma persona».

(20) GARCÍA GOYENA, op. cit., IV, págs. 227 y sigs.

dar estas facilidades, declarando que para la cancelación basta el allanamiento de las partes (21).

He traído a colación esta cita de GARCÍA GOYENA para dejar establecidas dos bases de razonamiento: una, que lo que al legislador de mediados del siglo XIX le preocupaba era que aquel Registro fuera la única pauta segura de los prestamistas; la otra, que de lo que se trató fue de simplificar el procedimiento para la cancelación de inscripciones, dando una serie de facilidades que pueden llamarse de economía procesal: el allanamiento de las partes interesadas en la inscripción.

El artículo 82 de la primitiva Ley hipotecaria, es decir, la de 1861, en su originaria redacción decía que «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura publica no se cancelarán sino mediante otra escritura en la cual manifieste su consentimiento la persona a cuyo favor se haya otorgado la primera, su causahabiente o representante legítimo, o en virtud de providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación». No hay en la luminosa Exposición de Motivos de esta Ley ninguna explicación concreta de las razones del precepto, pero me parece lícito pensar que encuentra su fundamento en los mismos principios que habían inspirado el artículo 1.864 del proyecto (22).

(21) GARCÍA GOYENA, op. y loc. cit., pág. 227.

(22) Es muy probable que el origen del artículo 82 de la Ley Hipotecaria obedezca más a la influencia francesa que a la influencia alemana. PANTOJA y LLORET le señalaron como antecedente el artículo 2.157 del Código civil francés. Según este precepto, «les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée». Hay que reconocer la gran similitud del artículo 2.157 del Código civil francés con el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria. La diferencia sustancial estriba en que en el Derecho francés la norma se refiere a las inscripciones, que son únicamente asientos en que se publican hipotecas y privilegios, ya que respecto de los demás títulos el sistema registral francés, como es sabido, es un sistema de transcripción. Nuestra Ley Hipotecaria extendió el ámbito de aplicación de la norma al someter a ella toda clase de inscripciones de derechos reales de todo tipo.

El artículo 2.157 del Código civil francés fue recogido por los Códigos de Bolivia (Código de 1843, art. 2.193) y de las Dos Sicilias (art. 2.051), por la Ley Hipotecaria griega de 1836 (art. 77), por el Código civil holandés (artículo 1.239), por el de la Luisiana (art. 3.335), etc. Vid. SAINT JOSEPH, op. cit.

Puede, por consiguiente, admitirse que el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria, lejos de tener antecedentes germánicos, se inspiró en precedentes franceses, si bien ampliando una norma inicialmente prevista sólo para la cancelación de las inscripciones de hipotecas y de privilegios.

La primera reforma de la Ley hipotecaria, que se introdujo por la Ley de 21 de diciembre de 1869, modificó ya el artículo 82. En el texto reformado, el artículo 82 decía «que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino en providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en el cual exprese su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos». Continuaba diciendo el precepto que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarian sino por providencia ejecutoria que tuviera las circunstancias prevenidas en el párrafo anterior. El resto del precepto se dedicaba a establecer un especial mecanismo cancelatorio para las inscripciones de hipotecas constituidas con el objeto de garantizar títulos transmisibles por endoso o títulos al portador, que hoy se encuentra recogido en forma muy similar en el artículo 156 de la Ley hipotecaria (23).

En rigor, el artículo 82 de la Ley quedó modificado desde su origen por el 72 del Reglamento (24). Disponía el Reglamento que era título bastante para la cancelación la misma escritura en cuya virtud se hizo la inscripción, si de ella o de otro documento suficiente resultaba que el derecho se había extinguido o había caducado, añadiendo que la nueva escritura no era necesaria para cancelar con arreglo al artículo 82 de la Ley sino cuando, extinguido el derecho por voluntad de los interesados, debía esta voluntad acreditarse.

Señala ESCOSURA (25) que, con el plausible fin de fijar la inteligencia del artículo 82 respecto a las dudas surgidas acerca de

(23) Ver *Ley Hipotecaria reformada y Reglamento general para su ejecución*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.

(24) «La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción de una obligación será título suficiente para cancelar, si resultare de ella o de otro documento fehaciente, que dicha obligación ha caducado o se ha extinguido» Op. cit., pág. 177.

«Sólo será necesaria la nueva escritura para la cancelación, con arreglo al artículo 82 de la Ley, cuando extinguida la obligación por la voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción». Ibid., pág. 177.

(25) GALINDO y ESCOSURA, op. cit., vol. III, 2.^a ed., por ESCOSURA, páginas 35 y sigs.

los casos en que era o no indispensable acreditar el consentimiento de la persona interesada para la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública, se dictó el Real Decreto de 20 de mayo de 1880. Este Real Decreto, según el autor citado, atrajo (26) y casi absorbió durante muchos días la atención, fue calurosamente discutido en las Cortes, en la Prensa política, en la profesional y hasta en particulares conversaciones. La idea motriz del Real Decreto fue clasificar en dos grupos las inscripciones hechas en virtud de escritura pública para los efectos de determinar si para su cancelación se había de exigir o no el consentimiento expreso de la persona a cuyo nombre se hallaban extendidos los asientos. En el primer grupo se comprendían las inscripciones de derechos, cuya existencia depende de la voluntad de las partes. Para la cancelación de estas inscripciones había de exigirse por el Registrador la escritura o documento auténtico en que constara el consentimiento del interesado. En el segundo grupo, en cambio, figuraban las inscripciones de aquellos derechos cuya existencia tiene unos límites determinados por las leyes. Para la cancelación de estas inscripciones no era necesario el consentimiento del interesado, porque ello equivaldría, decía ESCOSURA (27), a dar más importancia que a la ley que declara fenecido el derecho a la voluntad del que lo adquirió al amparo de ella. De esta manera, para la cancelación sólo es necesaria una nueva escritura en que exprese el interesado el consentimiento de cancelación cuando, extinguido el derecho por la voluntad de las partes, deba acreditarse esta circunstancia.

La Ley hipotecaria de 1909 dejó prácticamente intacto el texto del artículo 82 en el punto que aquí nos ocupa, modificando tan sólo su redacción en lo relativo a la cancelación de las inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. Lo que ESCOSURA llamó el «saludable principio» del Real Decreto de 20 de mayo de 1880, que había sido antes recogido en la Ley hipotecaria de Ultramar, cristalizó en el artículo 150 del Reglamento. Se decía en él que las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrían cancelarse sin que prestara su consentimiento la persona a cuyo favor se

(26) ESCOSURA, op. y loc. cit., págs. 35 y sigs.

(27) ESCOSURA, op. y loc. cit., pág. 36.

hubieran hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga providencia ejecutoria, cuando el derecho queda extinguido por orden de la ley o resulta así de la misma escritura inscrita.

Llegamos así al actual artículo 82, que, como es sabido, dice así: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos. Pueden, no obstante, ser canceladas sin dicho requisito cuando el derecho inscrito o anotado queda extinguido por declaración de la ley o resulta así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.»

He tratado de seguir lo más minuciosamente posible la pauta de los precedentes históricos del actual artículo 82 porque creo que no deben perderse de vista a la hora de tratar de comprender y calibrar todo su sentido. Me parece suficiente el recuerdo de estos antecedentes para llegar a la conclusión de que el artículo 82 de la Ley hipotecaria no refleja la idea rectora del llamado principio del consentimiento formal.

Para comprender adecuadamente el llamado principio del consentimiento en el Derecho registral es necesario volver a los autores alemanes (28). Entre los presupuestos necesarios para practicar una inscripción en el Registro, junto al principio de rogación (*Antragsprinzip*) y al principio de previa inscripción (*Voreintragong*) existe el denominado (*Bewilligungsgrundsatz*). Según el párrafo 19 GBO, una inscripción se practica en el Registro cuando la aprueba o da su conformidad la persona cuyo derecho se ve

(28) BAUR, Fritz: *Lehrbuch des Sachenrechts*, München-Berlin, 1963, página 122. Vid. también HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*, trad. cast. de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y Díez PASTOR, Madrid, 1955, pág. 96; WOLFF, *Derecho de cosas*, vol. I, en el *Tratado* de ENNECERUS, Barcelona, 1936, página 214, y la 10.ª edic. alemana de WOLFF y RAISER, Tübingen, 1957; SEUFFERT, Günter, *Sachenrecht*, Kommentar zum BGB de STAUDINGER, III, 1.º, Berlin, 1956; ERMANN, *Handkommentar zum BGB*, Munster, 1952, pág. 1.222; MEIKEL-IMHOF-RIEDEL, *Grundbuchrecht*, Kommentar zur Grundbuchordnung, 6.ª ed., Berlin, 1965.

(29) BAUR, op. cit., págs. 122 y sigs.

afectado por ella (29). Esta regla es la que contiene el llamado principio del consentimiento formal—quimicamente puro—, y significa que el funcionario encargado del registro se contenta con la declaración de conformidad del afectado por el asiento, sin tener que examinar y ni siquiera conocer la declaración de voluntad negocial necesaria desde el punto de vista del derecho material para que se produzca la modificación jurídico-real (*Einigung* o principio del consentimiento material). Una concepción semejante sólo es posible mediante una dislocación entre los efectos jurídicos sustantivos, por una parte, y la inscripción, por otra. Exige, además, que sea posible que la inscripción se practique, aunque los efectos jurídicos sustantivos no se hayan producido todavía, permitiendo así una posible desarmonía entre el Registro, que publica, como ya producida, la mutación jurídica real, y la realidad jurídica extrarregistral, donde aquella mutación no se ha producido todavía. Un ejemplo puede contribuir a aclarar esta idea. Si Ticio, titular registral del dominio de una finca, manifiesta al Registrador su conformidad en que se inscriba en favor de Cayo una servidumbre de paso sobre su fundo, en el Registro se practicará la inscripción de constitución de la servidumbre. Y ello aunque, en rigor, la servidumbre no haya sido todavía constituida porque no se haya llevado a cabo el negocio jurídico real entre constituyente y adquirente de la servidumbre. Dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene, la inscripción es un elemento más del supuesto de hecho de formación progresiva del derecho real, pero en sí mismo puede producirse con independencia.

Puntualizadas así las cosas en torno al llamado principio del consentimiento formal, creo que se comprende en seguida por qué he dicho con anterioridad que en el artículo 82 de la Ley hipotecaria no existe ni asomo de tal principio. Las razones para pensar así son de muy variado signo. En primer lugar, no puede olvidarse que, como frase gráfica y certera, ha dicho entre nosotros el profesor LACRUZ BERDEJO (30), en nuestro Registro de la Propiedad se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. Retengamos ahora el segundo miembro de esta trimembre expresión. En nuestro Registro de la Propiedad se inscriben títulos. Ello

(30) LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª edición, Zaragoza. 1957.

quiere decir que mientras el título—entendido como el mecanismo idóneo para producir la modificación jurídico-real—no se haya producido, no se puede practicar la inscripción. No es posible entonces la dislocación entre el consentimiento formal determinante de la inscripción, por un lado, y por otro, el consentimiento material, que con la inscripción determina la mutación jurídico-real. En nuestro Derecho positivo—esto, para nosotros, es algo tan natural, que no caemos siempre en la cuenta, pero que, por ello mismo, hace falta que sea destacado—la inscripción es siempre el trámite final de un supuesto complejo de formación sucesiva que determina la mutación jurídico-real. Los artículos 1.º y 2.º de nuestra Ley hipotecaria son en este punto claros y terminantes. En nuestro Registro de la Propiedad se inscriben los *títulos* por los que se constituyen, reconocen, transmiten, modifican o extinguen los derechos reales. Para el tema que a nosotros ahora nos interesa del artículo 2.º, 2 de la Ley hipotecaria debe retenerse esto: que en el Registro se inscriben los *títulos* por los que se *extinguen* los derechos reales. Creo que esta clara enunciación de un principio general es suficiente para comprender que el artículo 82 no establece el llamado principio del consentimiento formal. El Reglamento hace una coherente aplicación de la idea matriz de la Ley cuando dice, en el artículo 173, que para practicar la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas es necesario—necesario, pero también suficiente—presentar en el Registro los *títulos* o documentos que acreditan la extinción de la finca o derecho o los títulos o documentos en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción. Queda con ello claro que en materia de cancelación no rige el llamado principio de consentimiento formal, sino la regla general de que en nuestro Registro se asientan títulos: para practicar una cancelación se toma razón del título que acredita la extinción del derecho.

Si el artículo 82 de la Ley hipotecaria no fuera el producto de una penosa evolución histórica, creo que se entendería muchísimo mejor acuñándolo así: 1.º Cuando la extinción del derecho real inscrito resulta del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, la cancelación podrá operarse sin más trámites; 2.º Cuando la extinción del derecho real inscrito se haya producido por declaración de la Ley, la cancelación podrá operarse jus-

tificando en el Registro en debida forma dicha extinción; 3.º En los casos no comprendidos en los apartados anteriores, la cancelación tendrá que operarse presentando en el Registro una escritura o documento auténtico en el que preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación. El primero de estos supuestos, es decir, que resulta del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, la extinción del derecho real inscrito no plantea mayores dificultades. Piénsese que en el título consta que el derecho se establecía por un plazo de tiempo determinado (por ejemplo, veinte años) y que los veinte años han pasado. Mayores dificultades presenta, sin embargo, determinar el alcance que tiene en el artículo 82 la expresión «derecho extinguido por declaración de la Ley», porque del alcance y contenido que se le dé depende en muy buena parte el funcionamiento del artículo 82. Efectivamente, los supuestos del párrafo primero y del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley hipotecaria son complementarios. Cuando el derecho se ha extinguido por declaración de la Ley, la cancelación se opera con unos requisitos. En otro caso, se opera con otros requisitos distintos (escritura o documento en que ha de prestarse el consentimiento para la cancelación). ¿Qué debe entenderse por derecho «extinguido por declaración de la Ley»? A fuerza de ser tan vago en sus términos, la expresión resulta confusa. En rigor, todo derecho que se extingue, se extingue por declaración de la Ley, en el sentido de que es la Ley la que liga a un determinado supuesto de hecho—el supuesto normativo—una determinada consecuencia jurídica—el efecto extintivo—. Sin embargo, es obvio que cuando el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley hipotecaria habla de derecho «extinguido por declaración de la Ley» está presuponiendo una hipótesis concreta y específica—la expresión «declaración de la Ley» parece una traducción de la tradicional expresión lingüista *ope legis*, utilizada jurídicamente para indicar un efecto jurídico que se produce con independencia de la voluntad de las partes o, por decirlo de otra manera, automáticamente. Siguiendo esta idea, un derecho se extingue «por declaración de la Ley» en todos aquellos casos en que en el supuesto de hecho extintivo no tiene una directa participación la voluntad de los sujetos. En este sentido, no cabe duda alguna que debe entenderse

como un caso de extinción de los derechos reales por declaración de la Ley, la consolidación o reunión en una misma persona de la titularidad dominical y de la titularidad del derecho real *in re aliena* (cfr. arts. 513, 529, 546, etc.). ¿Quiere ello decir que siempre que la voluntad de los interesados tiene alguna participación en el supuesto de hecho extintivo no puede hablarse de extinción del derecho «por declaración de la Ley» en el sentido del artículo 82 de la Ley hipotecaria? A nuestro juicio, no debe llegarse a una tan radical conclusión. Por contraposición a la extinción de la Ley, un derecho se extingue por voluntad de las partes cuando las partes emiten una o varias declaraciones de voluntad precisamente dirigidas a conseguir el efecto de extinguir el derecho. En este sentido, un derecho puede decirse extinguido «por declaración de la Ley», aunque el supuesto de hecho extintivo hubiere sido inicialmente previsto por obra de la voluntad de las partes (por ejemplo, plazo o condición resolutoria). De la misma manera, la plena satisfacción del derecho (por ejemplo, pago) determina una extinción del derecho, que en rigor de conceptos es también una extinción por declaración de la Ley, aunque el acto sea un acto voluntario.

Ahora bien, si ello es así, queda, a mi juicio, claro que en el párrafo primero del artículo 82 (consentimiento de cancelación) deben incluirse solamente de modo necesario los supuestos de voluntaria extinción del derecho, que son únicamente la hipótesis de renuncia y la hipótesis de convenio extintivo (redención, etc.), mientras que, en cambio, todos los demás casos de extinción de los derechos reales tienen al menos la posibilidad de encontrar cabida en el párrafo segundo del referido artículo 82.

IV

Nuestro tema actual lo debe constituir exclusivamente el último de los supuestos de hecho previstos por la Ley como circunstancias justificativas de la cancelación: la «escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos».

Es claro que en el supuesto del artículo 82 nos encontramos en presencia de un acto por virtud del cual una persona, que es el titular del derecho publicado por el asiento, es decir, del derecho inscrito o anotado, manifiesta su voluntad o su conformidad en que el asiento se cancele. Obviamente, se trata de una declaración de voluntad que es «unilateral», pues es claro que el acto jurídico se forma por una única prestación de consentimiento. Hace falta que exprese su voluntad únicamente la persona favorecida por el asiento que se va a cancelar. Aunque los declarantes fueran varios, no por esto pierde el acto su carácter de unilateral, porque estos declarantes, los cancelantes, asumen la posición de una única parte. Así, por ejemplo, cuando sean varios los titulares del derecho publicado por el asiento (vgr.: los coherederos).

En la doctrina ha suscitado alguna perplejidad la naturaleza jurídica de esta declaración de voluntad cancelatoria. Entre los autores alemanes tiene una amplia acogida la opinión según la cual esta declaración de voluntad cancelatoria constituye un acto jurídico procesal o por lo menos un negocio jurídico de carácter procesal (31). Tiene su fundamento esta idea en el hecho de que la declaración de voluntad cancelatoria se dirige a un órgano del Estado o a una autoridad administrativa o funcionario público, y se presenta dentro de un procedimiento: entre nosotros el profesor LACRUZ (32) ha entendido que en nuestro Derecho positivo la declaración de voluntad cancelatoria, aunque se presta ante Notario—que da fe de ella, pero que, sin embargo, no la recibe—tiene por término y por destino exclusivamente el Registro. Por esta razón no parece que se trate, a su juicio, de un negocio jurídico de Derecho privado.

Nosotros, en cambio, creemos que a la declaración de voluntad cancelatoria le conviene perfectamente la calificación de negocio jurídico de Derecho privado. Ante todo, y esto es lo esencial y lo relevante, es una declaración de voluntad de una persona, de un particular. Todo el centro de gravedad del problema radica precisamente en esta declaración de voluntad, que es, en definitiva, la productora y la ordenadora de los efectos jurídicos. Estos efectos

(31) BAUR, op. cit., pág. 123; HEDEMANN, op. cit., págs. 96 y sigs.; LENTSCHWAB, *Sachenrecht*, München-Berlin, 1964, págs. 82 y sigs.

(32) LACRUZ, op. cit., págs. 178 y sigs.

jurídicos son sustancialmente unos efectos jurídicos de Derecho privado. Obsérvese que en nuestro Derecho positivo es posible distinguir entre la prestación del consentimiento del titular del derecho inscrito o anotado, realizada en una escritura pública o en un documento auténtico (art. 82), y la instancia o solicitud (rogación) dirigida al Registrador para que extienda el asiento de cancelación. Este último acto—la instancia o la solicitud—puede ser considerado como un acto procesal, en la medida en que obra y se inserta en un proceso de naturaleza especial—acto de jurisdicción voluntaria o proceso administrativo *sui generis*—. Pero este acto, que es el dirigido al Registro, es independiente del consentimiento cancelatorio: entre otras cosas, porque los sujetos de ambos actos deben ser normalmente sujetos distintos. El consentimiento cancelatorio lo presta el favorecido con la inscripción y perjudicado por la cancelación, mientras que la solicitud o demanda la formulará el perjudicado con la inscripción y favorecido con la cancelación. Por esto, el efecto jurídico básico de la declaración de voluntad cancelatoria es un efecto jurídico de puro Derecho privado, y consiste en que el titular de un derecho inscrito facilita a otra persona el presupuesto básico necesario para que ésta pueda pretender o demandar la modificación registral. Creo que puede hablarse, por ello, de un negocio jurídico cancelatorio, entendiendo esta expresión en el sentido de que existe un negocio jurídico que da base y sirve de fundamento a la cancelación.

El negocio jurídico cancelatorio es, como hemos dicho, un negocio jurídico unilateral. Debe, además, ser considerado como un negocio jurídico de carácter recepticio. Con ello se quiere significar que la declaración de voluntad se emite con dirección a un determinado destinatario o declaratorio, que debe recibirla para que sea eficaz. Este destinatario de la declaración de voluntad cancelatoria debe considerarse que es normalmente la persona favorecida con la cancelación.

V

En nuestra doctrina ha sido frecuente (33) considerar el negocio jurídico cancelatorio como un negocio jurídico de carácter abstracto (34). Sin embargo, creo que este pretendido carácter abstracto del negocio cancelatorio requiere alguna meditación y algún análisis. Adelanto que la caracterización del negocio como negocio abstracto adolece probablemente de la tradicional falta de claridad de esta categoría entre nuestros autores. Piensan algunos que un negocio abstracto es aquel negocio que no tiene causa (35). Esta manera de pensar debe rechazarse sin mayores cavilaciones, pues un negocio jurídico sin causa es un absurdo lógico total. El negocio jurídico no se realiza sin razón alguna, sino que se celebra para cumplir determinadas finalidades empíricas, y son estas finalidades empíricas las que conocemos como causa del negocio. *Prima facie*, el titular de un derecho real inscrito o anotado puede consentir la cancelación del asiento porque piensa que con ello realiza un beneficio patrimonial en favor de

(33) Cfr. especialmente las notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER a la traducción del *Derecho de cosas*, de WOLFF, en el *Tratado* de ENNECERUS, op. cit., págs. 218 y sigs. El carácter abstracto del consentimiento cancelatorio fue sostenido también por don Jerónimo GONZÁLEZ: cfr. *Estudios*, cit., I, págs. 406 y sigs., y II, págs. 17 y sigs. Con mayores cautelas se produce ROCA SASTRE (op. y loc. cit., pág. 730), quien dice que «el consentimiento de cancelación, en su configuración estrictamente formal, no contiene expresión de su causa justificativa, pero no por esto es un acto o negocio propiamente abstracto, ya que tal consentimiento, para que sea eficaz, incluso inicialmente, debe apoyarse en una causa cierta e idónea», aunque admite—pág. 731—que no es necesario que la causa se exprese. Una posición diversa mantiene SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones*, cit., pág. 31), para quien es abstracto el consentimiento de cancelación de las anotaciones preventivas, y en cambio, es causal el consentimiento de cancelación de las inscripciones. Por su parte, LACRUZ sostiene que la prestación de este consentimiento—se refiere al del art. 82 L. H.—«puede ser un acto causal y bilateral, pero también una declaración abstracta y unilateral (aunque recepticia)». Vid. LACRUZ BERDEJO, *Lecciones*, cit., pág. 336.

(34) La calificación del consentimiento cancelatorio como una declaración de voluntad abstracta se recibe de la doctrina alemana, sin apercibirse debidamente de que en aquel sistema jurídico es perfectamente coherente con la construcción del llamado «consentimiento formal». Cfr. BAUR, op. cit., pág. 123; LENT-SCHWAB, op. cit., págs. 86 y 87.

(35) Sobre los negocios abstractos, vid. recientemente DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en A. D. C., 19, 2, 1966, págs. 369 y ss., y allí bibliografía. Es de interés el estudio de COHN, *Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte*, en «Archiv f. d. civilist.», Praxis, 1932, páginas 67 y sigs.

otra persona (*causa donandi*) o porque cumple una previa obligación que sobre él pesa, ya que el derecho se encuentra previamente extinguido (*causa solvendi*) o porque ha celebrado un convenio con la otra parte y espera recibir de ella una contraprestación (*causa credendi*). Cuando se caracteriza el negocio cancelatorio como un negocio abstracto, no se significa que sea un negocio sin causa. Lo que está en juego en la calificación de un negocio abstracto es la manera como la causa influye en la suerte y en régimen jurídico del negocio.

Por negocio abstracto han entendido también algunos autores aquel negocio jurídico que no requiere la expresión de su causa (36). Si esto fuera así, tendríamos que convenir en que, efectivamente, el negocio cancelatorio puede ser en ocasiones un negocio abstracto, pues el artículo 82 no exige que en el consentimiento de la cancelación sea expresada la causa por la que se emite. El acreedor hipotecario puede limitarse a declarar que consiente la cancelación del asiento de inscripción de su derecho real de hipoteca y no decir más. La hipoteca puede extinguirse porque su titular renuncia a su derecho, porque el crédito garantizado se encuentra íntegramente satisfecho o porque el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario se han puesto previamente de acuerdo para sustituir la garantía de este último por otra distinta (vgr.: se prescinde de la hipoteca y se otorga en favor del acreedor un aval bancario liberando a la finca del gravamen). Si la escritura en que el acreedor hipotecario presta su consentimiento para la cancelación no expresa la causa por la que aquél se emite, es cierto que producirá sus efectos cualquiera que esta causa haya sido. Sin embargo, esta consecuencia no constituye un efecto especial del negocio cancelatorio, sino que es un efecto general que para todos los negocios jurídicos está previsto y admitido por el artículo 1.277 del Código civil, según el cual, aunque la causa no se exprese en un contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La falta de expresión de la causa no hace sin

(36) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.^a ed., tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1952. Define los negocios abstractos como «aquellos en que la causa no está incorporada al negocio, sino separada de él. de tal modo que hay que buscarla fuera del negocio, en otra relación entre las partes, y los efectos del negocio se producen, en principio, con independencia de ella» (op. y loc. citados, pág. 471).

más abstracto a un negocio. Podría hablarse en estos casos, como hacen los civilistas italianos (37), de una abstracción procesal o puramente formal, cosa radicalmente distinta de un genuino negocio abstracto. Por otra parte, una concepción semejante nos llevaría a pensar en la necesidad de admitir dos tipos distintos de negocios cancelatorios, uno abstracto y otro causal. Este último se daría en el caso—normal en nuestra práctica jurídica—de que el cancelante exprese la causa de la cancelación (vgr.: el acreedor hipotecario otorga escritura de carta de pago, manifestando que en virtud del pago consiente la cancelación de la hipoteca).

Para que pueda hablarse en rigor de un negocio abstracto es menester que el negocio jurídico haya quedado integramente desligado de su causa (38). Los negocios llamados causales tienen un nexo o cordón umbilical que los liga inexorablemente con su causa, de tal manera que un defecto o una irregularidad de la causa produce la invalidez o la ineficacia del negocio. Si la causa no existió (vgr.: se realiza una promesa para pagar una deuda y no se debía nada) o si la causa es ilícita (vgr.: contraria a la moral o a la ley), el negocio es nulo y el declarante dispone de una excepción para impedir su exigibilidad o de una acción para reclamar la restitución de lo que hubiese perdido. En el negocio abstracto este cordón umbilical que liga el negocio con su causa está roto. De esta manera, el negocio vive y surte sus efectos con independencia de la existencia o de la irregularidad de su causa. Los defectos o las vicisitudes de la causa no afectan al negocio. Si la causa no existe o es ilícita, el obligado debe cumplir y realizar la prestación, y la otra parte está legitimada para recibir la atribución, sin perjuicio de la posible existencia de una acción de enriquecimiento injusto. Cuando se plantea el problema del carácter abstracto de la cancelación debe marginarse el tema de la expresión o de la falta de expresión de la causa en el negocio cancelatorio para centrar la indagación en la repercusión que la causa tiene en el negocio. Centrado así el problema, nuestra Ley hipotecaria cobra un sentido antes no sospechado. Ante todo hay que recordar

(37) GIORGIANNI, *Causa*, en «Enciclopedia del Diritto».

(38) Cfr. LANGE, *BGB Allgemeiner Teil*, München-Berlin, 1964, págs. 256 v sigs.; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des BGB*. También FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1965, págs. 152 y sigs.

que los artículos 79 y 80 establecen un repertorio de «causas de cancelación» que carecería por completo de sentido si estas causas fueran a ser por completo intrascendentes (39). Estas causas de cancelación se pueden reducir a tres fenómenos: 1.º La extinción del derecho inscrito o anotado; 2.º La invalidez de la base documental del asiento del derecho inscrito o anotado (nulidad del título); y 3.º La nulidad de la inscripción.

Podría objetarse que este repertorio de causas funciona en todos aquellos casos en que la cancelación no se produce por la declaración de voluntad del interesado, sino por resolución judicial. Sin embargo, para que esto fuera así, sería menester admitir la posibilidad de desligar la pérdida de vigencia de un asiento registral de la extinción del derecho publicado por dicho asiento. Es cierto que en nuestro sistema inmobiliario hay, como sabemos, una cierta independencia entre la realidad jurídica extrarregistral y la realidad jurídica del registro, que es consecuencia de la peculiar manera de producirse que tienen la mecánica formal y los procedimientos registrales. Puede ocurrir que un determinado derecho real (vgr.: un usufructo) se halle extinguido y que continúe, no obstante, como vigente el asiento de inscripción. El fenómeno inverso, en cambio, es el que, a nuestro juicio, nos debe preocupar, porque es el que se relaciona íntimamente con nuestro tema ahora. ¿Hasta qué punto es posible que pierda vigencia un asiento registral y que, sin embargo, continúe subsistiendo la situación jurídica extrarregistral? Los artículos 206, 12 y 208 del Reglamento permiten que la persona a cuyo favor esté constituida o extendida una anotación preventiva renuncie a ella. La renuncia a la anotación parece así como un fenómeno independiente de la subsistencia del derecho anotado. Este fenómeno de la renuncia a la anotación preventiva como evento independiente de la subsistencia de la situación jurídica anotada encuentra, sin embargo, su fundamento más profundo en la especial naturaleza que la anotación preventiva tiene como peculiar asiento registral. En un pequeño artículo que publiqué en la *Revista de Derecho Notarial* en 1964 (40), tratando de estudiar las anotaciones preventivas, las

(39) El argumento fue empleado por VÁZQUEZ CAMPO, *La cancelación y la técnica hipotecaria española*, en R. C. D. I., 1930, págs. 690 y sigs.

(40) *Las anotaciones preventivas*, en «Rev. Der. Notarial», XII, núm. 44, abril-junio 1964, págs. 7 y sigs.

define como «asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles». Por medio de las anotaciones preventivas, el Ordenamiento jurídico otorga a través del Registro una determinada eficacia o una especial protección, que por una parte es limitada temporalmente—limitada a la duración o vigencia del asiento, que nunca excede de cuatro años (41)—y que, por otra parte, es limitada en cuanto a su contenido, pues se reduce a enervar la eventual fe pública de los terceros. En un tipo de asiento así construido es posible la renuncia de la anotación con subsistencia de la situación jurídica anotada. El demandante, el acreedor embargante, el heredero, el legatario, el acreedor refaccionario o el solicitante de una inscripción pueden renunciar a esa provisoria y limitada protección que el registro les concede, conservando los derechos, pretensiones o situaciones que la anotación publicaba. Las razones de un modo de proceder semejante pueden ser de signo muy variado y, en definitiva, plausible.

El problema parece, sin embargo, más complejo por lo que se refiere al asiento de inscripción. ¿Cabe pensar como posible que por voluntad del titular del derecho real inscrito se cancele una inscripción, pero manteniendo vivo y subsistente el derecho real que el asiento publicaba? ¿Cabe pensar como posible en lo que se ha llamado la negociabilidad o la disponibilidad de la entidad o posición registral? (42). En favor de una solución afirmativa cabría argumentar sobre el artículo 97 de la Ley hipotecaria. Según este artículo, de todos conocido, «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere». El efecto de la cancelación es, pues, una *presunción* de extinción del derecho y la creación de una situación jurídica registral que permite a los terceros la confianza—fe pública—en que el derecho se ha extinguido. Esta presunción que el artículo 97 establece parece que es, como por regla general lo son todas las presunciones, relativa o *iuris tantum*. Una presunción relativa admite la prueba en

(41) El tiempo máximo de duración es de ocho años, de acuerdo con la posibilidad de prórroga que concede el artículo 86 L. H.

(42) Vid. sobre el tema últimamente CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Madrid, 1963, pág. 267.

contrario. Cabe, por consiguiente, que, no obstante la cancelación del asiento, se pueda probar que el derecho no se ha extinguido. Naturalmente, esta prueba no podrá en ningún caso perjudicar los derechos adquiridos por los terceros que han contratado fiándose de la apariencia registral. Es cierto que el artículo 97 permite una cierta separación o independencia entre la realidad jurídica extraregistral y la realidad jurídica del registro.

A mi juicio, el problema de la admisibilidad de una cancelación de los asientos registrales que no vaya unida a una correlativa extinción de los derechos inscritos es un problema al que no puede darse una única respuesta de carácter general, sino que debe encararse realizando las necesarias distinciones y matizaciones. Creo que estas distinciones podrían ser tres: la primera, referida a las inscripciones de dominio; la segunda, referida a las inscripciones de derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva; la tercera y última, referida a aquellos derechos reales, como la hipoteca, en que la inscripción es constitutiva.

Sentado así el tema, podríamos establecer con carácter muy provisional las siguientes conclusiones:

1.^a Respecto de las inscripciones de dominio, no parece posible admitir una cancelación del asiento de inscripción que no vaya acompañada al mismo tiempo de la desaparición del derecho publicado por el asiento. Piénsese que en una hipótesis como la descrita tendríamos que llegar a una de estas dos conclusiones: o bien la cosa queda inscrita como *nullius*, al desaparecer registralmente el derecho de dominio, o bien cancelada la adquisición inscrita, el derecho que el Registro publicaría sería el del tramitante, anterior propietario.

2.^a Respecto de aquellos derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva, creo que es posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedaría limitada a las partes de la relación jurídica (por ejemplo, usufructo, servidumbres, etc.).

3.^a Respecto de aquellos derechos reales, como la hipoteca, para los cuales la inscripción es constitutiva, debe entenderse que la

cancelación es constitutiva también. El carácter constitutivo de la cancelación comporta dos consecuencias en el terreno en que ahora nos movemos. La primera es que cancelado el asiento, el derecho queda extinguido. La segunda es la inversa de la anterior. Sólo se extingue el derecho por su cancelación. Esta afirmación plantea el problema de determinar qué contenido tiene el derecho real de hipoteca subsistente en el Registro cuando el derecho de crédito garantizado ha sido plenamente satisfecho, en cuanto al principal interés y costas. Es claro que entre las partes se trata de una pura entidad hipotecaria vacía de contenido, pero parece posible imaginar que frente a los terceros protegidos por el artículo 34 es una entidad hipotecaria capaz de despertar los efectos de la fe pública registral.

Con las conclusiones anteriores no ha quedado resuelto todavía el problema del carácter abstracto o causal que en nuestro Derecho tiene el negocio cancelatorio. Hace un rato habíamos llegado a la conclusión de que los supuestos del artículo 79 de la Ley hipotecaria (extinción del derecho, extinción del inmueble; declaración de nulidad del título y nulidad de la inscripción) funcionan como auténticas causas de la cancelación. Por rebote hemos conseguido ampliar este repertorio de causas de cancelación en supuestos muy concretos (situaciones jurídicas anotadas y derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva) con una quinta causa de cancelación, que puede configurarse como la renuncia a la protección registral. El problema del carácter abstracto o causal del consentimiento cancelatorio continúa, sin embargo, en pie y su resolución sigue presentando dificultades (43).

El nudo del problema donde radica de verdad es en averiguar qué repercusión produce un defecto causal sobre el negocio cancelatorio y, consiguientemente, sobre la cancelación en sí misma considerada. Si la declaración de voluntad cancelatoria tuvo como causa, por ejemplo, la extinción del derecho, y el derecho no se

(43) Cabría recordar aquí el artículo 173 R. H., según el cual «para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad de los títulos inscritos o la nulidad de la inscripción». Si para practicar la cancelación es necesario acreditar en el Registro la *extinción del derecho*, ello es porque, al menos en línea de principio, la extinción del derecho opera como causa de la cancelación.

había extinguido en realidad, ¿qué eficacia debe producir el negocio cancelatorio? Esta es la pregunta a que debemos responder para decidir si la cancelación es abstracta o no lo es. Si el negocio cancelatorio funcionara como un verdadero negocio abstracto, la cancelación debería ser considerada como plenamente eficaz y al perjudicado no le quedaría otro camino que el de intentar una acción por enriquecimiento sin causa.

Personalmente creo que no es éste el esquema de nuestro Derecho positivo. Un negocio cancelatorio sin causa o con una causa falsa o con una causa ilícita es un negocio jurídico ineficaz. La posible invalidez del negocio cancelatorio queda reconocida desde el momento en que el artículo 99 manda que los registradores califiquen los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones en los mismos términos previstos para las inscripciones en el artículo 18 de la Ley. Es cierto que la función calificadora, por lo menos literalmente, tiene una amplitud mayor en el artículo 18 que en el artículo 99. En el artículo 18 la calificación se extiende a la legalidad de las formas intrínsecas, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, mientras que en el artículo 99 la calificación se refiere a la legalidad de los documentos y a la capacidad de los otorgantes. No creo, sin embargo, que ello signifique que el Registrador en la cancelación no deba calificar la validez del acto dispositivo. Cabe, por ello, admitir una invalidez del negocio cancelatorio y una invalidez del asiento de cancelación. Es posible que, como consecuencia de la cancelación nula, la finca haya sido adquirida por un tercero que de buena fe la haya considerado como libre de cargas. Aquí entrarán en juego la presunción del artículo 97 y, por analogía, el efecto previsto en el artículo 31. Frente al tercero de buena fe no podrá jugar la nulidad de la cancelación. Pero ésta es ya una cuestión distinta. Para nuestro tema lo importante es constatar que la causa influye y repercute, aunque otra cosa parezca, en el negocio cancelatorio, que no es nunca en nuestro Derecho un negocio abstracto, sino, por el contrario, de acuerdo con los principios generales de nuestro sistema, un negocio causal. La causalidad del negocio cancelatorio la constata nuestra práctica jurídica, en la cual es norma siempre hacer referencia a la causa de la cancelación. En la cancelación de las

hipotecas, que es estadísticamente el fenómeno más frecuente, lo normal es que el acreedor hipotecario dé al deudor carta de pago de la deuda garantizada y preste, por ello, su consentimiento a la cancelación de la hipoteca. Cabe admitir—es cierto—por vía excepcional que la causa no aparezca mencionada en la declaración de la voluntad cancelatoria; pero en este caso nos encontraremos en presencia de un supuesto de aplicación del artículo 1.277 del Código civil, y se presumirá que la causa existe y que es lícita. En el Registro el asiento de cancelación podrá practicarse. Pero si la causa no ha existido o ha sido falsa o ilícita, el perjudicado por la cancelación podrá pretender la nulidad ejercitando una acción de rectificación del registro, que no podrá nunca perjudicar a los terceros adquirentes de buena fe.

VI

Nuestra doctrina hipotecarista, con rara unanimidad, ha configurado el negocio cancelatorio como un negocio de disposición (44). La cancelación—dicen las resoluciones de 25 de octubre de 1932 y 22 de junio de 1936, entre otras muchas—es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación. Este mismo criterio lo mantienen en el fondo la Ley y el Reglamento en materia de capacidad para cancelar, que es donde mayor influencia ejerce esta calificación de la cancelación como negocio dispositivo. Es un negocio dispositivo—dice el maestro Roca (45)—, pues la cancelación tiene por objeto eliminar o hacer desaparecer un ente registral y puede implicar la extinción de una entidad pública inmobiliaria.

También en este punto las cosas son, si se profundiza en ellas, algo más complicadas de lo que superficialmente contempladas parecen. En la teoría general del Derecho se denomina negocio de

(44) Cfr. por todos ROCA SASTRE, op. y loc. cit., pág. 730.

(45) ROCA SASTRE, ibid. La calificación del negocio cancelatorio como negocio de disposición es enteramente lógica si se le califica como negocio abstracto. En nuestro ordenamiento jurídico esta concepción parece haber presidido la redacción del artículo 178 R. H., que ordena que se obtengan las autorizaciones y se observen las formalidades legales exigidas para las enajenaciones, aunque con las desviaciones y excepciones que el propio precepto establece.

disposición (46) aquél por virtud del cual el titular de un derecho lo modifica o extingue por un acto de su propia voluntad. Los actos de disposición son actos de transmisión, actos de gravamen o actos de renuncia. ¿Cabe pensar que es en este sentido un negocio de disposición el negocio en el cual el titular de un derecho real inscrito presta su consentimiento por la cancelación del asiento registral? Es evidente que hay disposición cuando la cancelación se realiza por haberse extinguido por extinción voluntaria simultánea el derecho real escrito por vía de renuncia; pero es claro que la disposición está entonces en la renuncia y no en la prestación del consentimiento para la cancelación. Imaginemos por un momento que el titular registral hubiera renunciado en escritura pública a su derecho real. Si con posterioridad—pasadas unas semanas, o unos meses o un año—el propietario del inmueble le pidiera que manifestara en otra escritura pública su consentimiento para la cancelación y el renunciante accediera a ello, no estaría entonces realizando un acto de disposición.

Por la misma razón y más claramente todavía, no puede decirse en rigor que haya un verdadero acto de disposición cuando una hipoteca se cancela por pago íntegro del crédito garantizado, un usufructo vitalicio por fallecimiento del usufructuario o una servidumbre por la llegada del día. Esto nos induce a pensar que para calificar rigurosamente un negocio jurídico cancelatorio como dispositivo o no dispositivo será necesario volver a buscar su causa, indagar cuál sea ésta. Sólo conocida y examinada la causa podrá decirse si hay o no verdadera disposición. Contemplada la causa, cabe distinguir dos tipos de negocios cancelatorios. El primero de ellos está formado por aquellos negocios que envuelven una declaración de voluntad extintiva del derecho y una declaración de voluntad cancelatoria del asiento. Estos negocios son genuinamente dispositivos. El segundo tipo está constituido por aquellos negocios en los cuales el titular de un derecho real que debe considerarse extinguido consiente la cancelación del asiento. En estos

(46) Cfr. LANGE, op. cit., pág. 255; FLUME, op. cit., págs. 140 y sigs.; RAAPE, *Zustimmung und Verfügung*, en *Archiv Civilist, Praxis*, 121. 1929, páginas 257 y sigs.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, págs. 115 y sigs.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, en «*Annali Messina*». I, 1927, y ahora en «*Studi sulla rappresentanza*», Milán, 1965.

casos nos encontramos en presencia de un negocio que no es nunca dispositivo, sino que, por el contrario, merece la consideración de «acto debido» (47). El declarante al prestar su consentimiento se limita a cumplir una obligación: la obligación de facilitar el ajuste entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral.

LUIS DÍEZ PICAZO.

(47) Sobre el concepto de acto debido, cfr. CARNELUTTI *Teoría general del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941.