

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

Procede practicar el asiento de cancelación de hipoteca si la escritura, además de contener cláusula de carta de pago o de estar reintegrado del préstamo el acreedor, incluye la expresión de que esté cancelada la hipoteca, sin que se requiera ninguna fórmula sacramental expresa de solicitar o consentir el asiento de cancelación. (Resolución de 22 de agosto de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 9 de septiembre.)

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

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

El Notario autorizante de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción y alegó: Que los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento no exigen al acreedor hipotecario que manifieste su voluntad cancelatoria utilizando ineludiblemente las mismas palabras empleadas por el legislador; que en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del acreedor hipotecario, en el sentido de que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su voluntad de cancelar; que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ponen de relieve que la voluntad cancelatoria no requiere fórmulas especiales, y así la de 8 de octubre de 1886 estimó válida, a estos efectos, la manifestación por la que se declaraba totalmente extinguida la hipoteca; que igualmente válidas fueron declaradas las expresiones de que se entendiera liberada la finca gravada con la hipoteca (Resolución de 10 de diciembre de 1889) y la de que «Cancela y deja sin ningún valor ni efecto de hipoteca constituida a su favor sobre la misma finca» (Resolución de 28 de junio de 1909); que la escritura calificada no se limita a dar carta de pago, sino que el representante de la entidad acreedora manifiesta su voluntad cancelatoria, es decir, ni calla respecto a la cancelación, ni dice «no cancela», sino que el representante dice «cancela», con lo que exterioriza la voluntad de cancelar; que el artículo 178, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario

establece que podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por menores emancipados, no empleando el legislador aquí la palabra «consiente», sino que habla sólo de cancelaciones otorgadas; que el artículo 213 del mismo Reglamento dice que «los herederos podrán cancelar...», de donde se deducirá, siguiendo el razonamiento del Registrador, que el heredero del titular registral es de mejor condición que éste, puesto que podrá emplear indistintamente las fórmulas «consiente la cancelación» (artículo 82 de la Ley Hipotecaria), o bien simplemente «cancelo» (artículo 213 del Reglamento Hipotecario), mientras que, según la nota resumida, el titular registral sólo puede emplear la expresión «consiento la cancelación»; que los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento abonan la tesis del recurrente.

El Registrador informó que en ningún momento ha exigido el empleo de las mismas palabras utilizadas por el legislador, sino que, de una forma u otra, el acreedor dé su conformidad o exprese su consentimiento para que el Registrador extienda el asiento de cancelación, lo que es distinto a la simple manifestación de cancelar la hipoteca; que si la hipoteca quedase cancelada por esta lacónica declaración de voluntad del acreedor hipotecario, holgaría la extensión del asiento de cancelación; que en la práctica notarial, las escrituras de cancelación de hipoteca contienen una declaración de voluntad relativa a la práctica del asiento de cancelación; que en la escritura calificada se aprecia la existencia de una declaración de voluntad de cancelar, pero, en cambio, no figura ninguna dirigida a consentir el asiento de cancelación, que son cosas totalmente distintas; que las Resoluciones invocadas por el Notario recurrente son anteriores al término inicial de vigencia del artículo 179 del Reglamento Hipotecario invocado por el informante en la nota de calificación, fragmentarias en cuanto a su cita, y no encajan perfectamente en el caso del presente recurso; que, por el contrario, es de destacar la Resolución de 23 de agosto de 1900 en la que se declara que el simple pago no puede producir la cancelación de la Hipoteca en el Registro, siendo necesario para ello obtener el consentimiento expreso del acreedor hipotecario, el cual podía deducirse de los términos del acuerdo tomado por la entidad acreedora para interponer el recurso, pero que, por causas que se desconocen, se abstuvo dicha entidad de consignar que consentía expresamente en tal cancelación; que el modelo XV, anejo al Reglamento Hipotecario, relativo a la cancelación extensa de hipoteca, dice que «la inscripción de crédito hipotecario se cancela totalmente por haber satisfecho el deudor al acreedor el capital con sus intereses, y consentir éste expresamente en la cancelación», que la alegación por el Notario recurrente de los artículos 178, párrafo 3.º, y 213 del Reglamento Hipotecario es improcedente a los efectos del presente recurso por cuanto que en ellos se regulan cuestiones de capacidad, pero nada se dice en ellos sobre la forma en que las personas que cita deberán prestar su consentimiento para la cancelación, siendo así que en la nota resumida no se discute un problema de capacidad o de autorización para cancelar, sino que sólo se sostiene la falta de consentimiento; que de igual manera es improcedente la alegación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador aduciendo

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

Interpuesta apelación por el Registrador contra el auto presidencial, la Dirección General acordó confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

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

«Ninguno de estos dos artículos exigen en su cumplimiento formalidades de carácter sacramental, sino sólo la constancia en la correspondiente escritura de la voluntad del acreedor de extinguir o poner fin a la garantía hipotecaria.»

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

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

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

«Estas afirmaciones vienen avaladas por las expresiones que el propio legislador utiliza en los artículo 178, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario,

que alude a las «cancelaciones otorgadas por los menores», 213 del mismo texto legal, que establece que «los herederos podrán cancelar...», o en el artículo 46, párrafo 3.º, de la Compilación Catalana: «la mujer podrá cancelar...».

Consideraciones críticas

Todo el problema que plantea, pero no resuelve, la presente Resolución es si para poder practicar un asiento de cancelación de hipoteca es suficiente un «*consentimiento formal*» o con el posible «*consentimiento material*» basta para cancelar y considerar extinguida la hipoteca. Es el viejo problema de la distinción doctrinal del consentimiento sustantivo, causal, y la posibilidad o no de un consentimiento formal, dispositivo y abstracto. Yo creo que no se resuelve el problema, pues a lo más que se llega es a presumir que las palabras que califican a la escritura como de «carta de pago y cancelación de hipoteca» y la expresión interior de la cláusula en la que la entidad acreedora da «carta de pago, es decir, declara estar reintegrada del préstamo... y, en consecuencia, cancela la hipoteca», son base suficiente para que el Registrador considere cumplido el requisito del «consentimiento» que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Esta argumentación, quizá ajustada a la justicia del caso concreto, es peligrosísima, pues la fórmula en la cual el acreedor hipotecario en forma unilateral preste su consentimiento «formal» para cancelar, puede servir de base al Registrador para entender que ha existido una causa de extinción de la hipoteca (pago, renuncia, etc.). Así las cosas, habrá que tratar de descubrir desde el campo de la doctrina lo que la Resolución no resuelve: si es o no suficiente el consentimiento formal para la cancelación o son necesarios mayores requisitos y, sobre todo, si reflejado un consentimiento material, se debe o no exigir además el formal. Distingamos.

A) *El consentimiento cancelatorio*

Parecindiendo de posibles antecedentes históricos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria parece claro admitir que para cancelar inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escrituras públicas será necesario «otra 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...». Lo que el artículo no dice, ni puede decir, es si este consentimiento tiene que ser material, formal, dispositivo, abstracto, inducido, expreso, tácito, etc. Pero sí resulta evidente que el consentimiento tiene fuerza de *requisito sustancial* para que la cancelación se opere. Queda a cargo del Registrador el apreciar si el requisito se ha cumplido o no.

La nota de calificación no puede ser más ajustada a la legalidad vigente, ya que en ella el Registrador estima que el acreedor no ha prestado el consentimiento para la cancelación y, por ello, el defecto debe ser considerado como insubsanable. O los términos que resumen el escrito notarial que interpone el recurso son excesivamente sucintos y resumidos o de lo contrario en ellos hay un inicial y evidente contradicción: ni el artículo 82, ni el 179

del Reglamento, exigen al acreedor hipotecario que *manifieste su voluntad cancelatoria*, agregando a continuación que «en la escritura calificada se refleja el consentimiento formal del creador hipotecario, en el sentido que aparece clara, inequívoca, rotunda e incondicionada su *voluntad de cancelar*». Y uno se pregunta, ¿si el artículo 82 de la Ley y el 179 del Reglamento no exigen la *voluntad cancelatoria*, para qué de la escritura hay que deducir clara, inequívoca, rotunda e incondicionada la *voluntad* de cancelar? El argumento lo repite el Notario recurrente en forma reiterada, pareciendo deducirse que toda su razón reside en que se precisa «la voluntad de cancelar» manifestada o inducida de un «consentimiento formal».

El Registrador, en su informe elude meterse en ese campo de las cláusulas de estilo, pero, sin embargo, plantea un tema tremendo que le va a costar perder el recurso: no es lo mismo la existencia de una voluntad de cancelar que la dirigida a consentir el asiento de cancelación, cosas que para él son diametralmente distintas. Pesa sobre esta afirmación un poco las especulaciones notariales en torno al artículo 178, 3.º, del Reglamento Hipotecario que habla de que «podrán practicarse las cancelaciones», cosa que no innova nada respecto al artículo 82 de la Ley y 179 del Reglamento, pues que se puedan practicar las cancelaciones no quiere decir que se puedan hacer en contra o de forma distinta de lo que establece la Ley. El mismo argumento se utiliza con el artículo 213 del Reglamento Hipotecario y la misma contestación debe dársele a la especulación. A mi entender *consentir una cancelación* (requisito imprescindible para que ésta se produzca) es exteriorizar o manifestar una voluntad en este sentido. Deslindemos, sin embargo, campos pues la exteriorización o manifestación de voluntad se puede deducir, inducir o descubrir de la voluntad que se refleja en el instrumento público y, en el caso concreto, aparte del problema del otorgamiento de la carta de pago se decía que el acreedor se declaraba reintegrado de su préstamo... y, en consecuencia, que cancela la hipoteca. Si se cancela es porque se consiente y se tiene legitimación para ello, cosas que el Registrador luego reconoce al centrar en su justo punto la doctrina que parece emanar de los artículos 178,3 y 213 del Reglamento Hipotecario que regulan problemas de capacidad y no de consentimiento.

El Presidente de la Audiencia sigue la vía fácil de la interpretación de los artículos 178,3 y 213 del Reglamento Hipotecario que no hablan más que de facultad para cancelar, sin tener en cuenta que el precepto clave del asunto no es el Reglamento, sino la Ley en su artículo 82, ratificado posteriormente por el mismo Reglamento en el artículo 179, cosa que para nada se cita. Creo que el tema es muy semejante al de la donación que sólo se perfecciona por el consentimiento o aceptación del donatario. Si consta la *aceptación*, se inscribe, si no se supedita a que el negocio quede perfecto por la misma. El acreedor hipotecario con verse pagado de su crédito ya es suficiente y es al deudor al que de verdad le interesa que el acreedor le otorgue el consentimiento para cancelar, pues él por mucho pago que haya hecho no puede cancelar si no es en virtud de acudir a los Tribunales para que estos suplán la voluntad del acreedor en materia de cancelación, ya que la inscripción de hipoteca es constitutiva y constitutiva es su cancelación.

La Dirección General, aparte del peligroso argumento que utiliza y que al

generalizarse puede dar lugar a interpretaciones muy diferentes al espíritu que parece reflejar la letra de la Ley, ya que el argumento a «contrario sensu» es fácil de emplear, comete el tremendo error de seguir la línea del Presidente de la Audiencia y la marcada por el informe del Notario y en el último considerando confunde lo que es capacidad de «cancelar» o legitimación para ello, con lo que es requisito esencial para que se produzca: el menor y el heredero podrán cancelar, pero *si consienten* en ello. Tampoco es acertado el argumento de la Dirección al hablar de que no es preciso el empleo de «formalidades de carácter sacramental», pero sí de la constancia de la voluntad de extinguir la garantía hipotecaria. No es a la fórmula a la que se refiere el artículo 82 de la L. H., sino a la fuerza constitutiva de la inscripción de la hipoteca y a la repercusión que la fuerza publicitaria puede tener para terceros, por lo que se exige el consentimiento, ya que si el pago se verifica, pero no se consiente (expresa o tácitamente) en la cancelación, la hipoteca puede seguir perjudicando al tercero que adquiera confiado en las apariencias. Uno de los trabajos más importantes en torno al consentimiento cancelatorio es el de Díez Picazo («El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», R. Cr. Dr. Inm., 1967, pág. 1284), en el cual se dice estas frases sintomáticas: «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, intereses 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».

B) *Carácter del consentimiento*

Bajo la gran influencia del Derecho alemán la doctrina española ha insistido mucho en la diferenciación entre el llamado consentimiento material o sustantivo y el formal. Sin intentar en este momento aportar el concepto del consentimiento sustantivo, sí conviene precisar que en el Derecho alemán se distingue entre un negocio de carácter obligacional o acto causal y un negocio dispositivo (acuerdo de transferencia) dirigido exclusivamente a la modificación real, desligado de la causa y constituyendo un contrato real y abstracto, que consta de dos elementos: el acuerdo de voluntades y la inscripción. Este principio de consentimiento parece que ni desde el punto de vista civil, ni desde el hipotecario tienen cabida en nuestro sistema, ya que en el primero rige la teoría del título y el modo y en el segundo se respeta la tradición civil y los asientos tienen carácter causalista, no permitiéndose el acceso de un acto o contrato abstracto.

Los términos generales de las afirmaciones anteriores pueden reflejar el

común sentir de la doctrina española en este punto. Es decir, no cabe la mecánica de la legislación alemana y a lo sumo que puede llegarse es a la admisión del principio del consentimiento «formal», sobre la base de distinguir el proceso material de adquisición del derecho y el formal de inscripción. Y aquí la doctrina, en forma casi unánime, y arrancando de Don Jerónimo González va admitiendo el supuesto del artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria como un caso claro de *consentimiento formal*. Roca Sastre (Derecho Hipotecario, Barcelona, 1968), Sanz Fernández (Instituciones de Derecho Hipotecario, Madrid, 1953), Chico-Bonilla (Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral, Madrid, 1967), Lacruz Berdejo (Lecciones de Derecho Inmobiliario registral, Zaragoza, 1957), etc. Tomando como común opinión de todos la sostenida por este último, reproducimos sus palabras: «En Derecho español, la modificación del Registro mediante la simple manifestación formal del titular afectado se halla restringida al caso del artículo 82 de la Ley. Según dicho autor, las inscripciones pueden cancelarse, si no mediante una declaración ante el Registrador—lo que constituiría la forma estricta del consentimiento formal—, sí, al menos, a través de la escritura o documento auténtico en los cuales se dé cumplimiento a los requisitos establecidos».

Conforme a este criterio se hace de todo punto necesaria la *expresión del consentimiento formal* para que pueda llevarse a cabo la cancelación. Es decir, se asimila la fórmula ritual del *acepto* de las donaciones al supuesto del consentimiento. La Dirección desvía el tema y centra toda la fuerza de la Resolución en si la fórmula empleada puede suponer el cumplimiento de lo que dispone el artículo 82, 1.º, como «una modalidad del mismo». De esta forma la Dirección General rectifica su doctrina mantenida en la de 23 de agosto de 1900, en la que teniendo la posibilidad de deducir de un acuerdo municipal la posible voluntad de cancelar, entiende que el consentimiento ha de ser *expreso* y no inducido, no siendo suficiente la carta de pago. Igualmente se suelen citar las Resoluciones de 27 de septiembre de 1924 y 25 de octubre de 1932, entendiéndose derogadas por lo que dispone el artículo 179 del Reglamento Hipotecario—clarísima aplicación de lo que dispone la Ley—las que el Notario utiliza para apoyar su tesis: 8 de octubre de 1886, 10 de diciembre de 1889 y 28 de junio de 1909.

Así las cosas en la doctrina, se registra un replanteamiento del principio del consentimiento en su aspecto formal. Díez Picazo (El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, Rv. Cr. Dr. Inm., 1967) trata de desmontar los tres mitos que adornan al consentimiento del artículo 82: que es formal, que es abstracto y que es dispositivo. El autor citado, al aportar la trayectoria histórica del artículo 82, entiende que con el recuento de esos antecedentes se puede llegar a la conclusión de que el artículo no refleja la idea rectora del llamado principio del consentimiento formal. Termina afirmando que en el párrafo primero del citado artículo deben incluirse solamente de modo necesario los supuestos de voluntario extinción del derecho, que son únicamente las hipótesis de renuncia y de convenio extintivo (redención, etc.), mientras que, en cambio, todos los demás casos de extinción de los derechos reales tienen la posibilidad de encontrar cabida en el párrafo segundo del referido artículo. De ahí que estime que la extinción por pago lo es en base de una causa «ope legis». Al referirse al carácter abstracto entiende que no

cabe la cancelación de un derecho si éste no está extinguido, aun y a pesar del juego del artículo 97 de la Ley Hipotecaria. El consentimiento escriturado entra en la presunción del artículo 1277 del Código civil. Solamente cuando la cancelación de un derecho se apoya en una causa de extinción podría hablarse de un negocio dispositivo.

En la línea de aportaciones doctrinales al tema hay que recoger la de Zumalacárregui, en dos trabajos («Meditaciones en torno a la cancelación», Rv. Cr. Dr. Inm., 1967 y «Causa y abstracción causal en el Derecho civil español». Tesis doctoral, Madrid, 1977) que siguen la misma línea: reconocer que el artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria exige un consentimiento formal y criticar dicha postura, que puede llevar a la admisión de la extinción de una hipoteca por decisión unilateral del titular registral. De la Cámara Alvarez («Meditaciones sobre la causa», Rv. Cr. Dr. Inm., julio y agosto 1978) sigue la línea del autor de la tesis y considera innecesario un consentimiento especial para la cancelación. Ni la crítica que Vázquez Bote («La causa de unas meditaciones», Rev. Cr. Dr. Inm., noviembre-diciembre 1979) hace a la teoría de la causa que reflejan las notas de La Cámara, ni por supuesto ni aséptica forma de recensionar el libro de Zumalacárregui (Rev. Cr. Dr. Inm., número 529, pág. 1361, 1978) alteran en nada lo sostenido por el autor.

Ante todo, este panorama doctrinal la problemática del supuesto de hecho se complica, ya que lo que de verdad se debería haber discutido si es o no necesario un consentimiento formal o basta con el sustantivo causal que provoca la extinción del derecho y lo que se resuelve es que con las palabras empleadas se entiende cumplido el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Por ello vamos a intentar llegar a unas conclusiones.

C) Conclusiones

Creo que el tema que debe resolverse es si basta con el consentimiento formalmente expresado en una escritura para poder cancelar la correspondiente inscripción de hipoteca. Había en la doctrina española una opinión que sustentaba La Rica, quien al comentar el artículo 38,2 de la Ley Hipotecaria y las acciones contradictorias de bienes inmuebles o derechos reales, decía que dicho precepto, además de dotar a la inscripción de cierta sustantividad, la configura como algo independiente del derecho a que se refiere y condiciona su destrucción para aniquilar el derecho que en ella alienta. ¿Estaremos también tocando el mismo tema al hablar de ese consentimiento del artículo 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria?

Si verdaderamente se parte de la existencia de dos mundos, el extrarregistral y el registral, hay que admitir la existencia de derechos tabularmente vigentes aun cuando en la realidad hayan dejado de existir y derechos que existen, pero que registralmente deben ser considerados como inexistentes. En ese mundo tabular de terceros adquirentes y de presunciones favorecedoras, a la presunción de la existencia de derecho hay que admitir la presunción de la extinción del mismo por la práctica de una cancelación. Es decir, la inscripción cobra así un sentido de independencia, sustantividad, frente al derecho que refleja o que se presume extinguido. Pero lo importante no es eso, sino la forma y manera de que pueda salvarse, para la práctica de las

mismas, el escollo que significa el principio de calificación. ¿Puede un Registrador cancelar una hipoteca con la sola expresión en escritura pública del *consentimiento cancelatorio* de que habla el artículo 82, 1.º, o será preciso que se refleje la causa por la que se emite dicho consentimiento? Lo que no cabe duda es que cancelado y admitida como válida una escritura de consentimiento de cancelación entrará en juego el artículo 97 que presume extinguido el derecho.

A mí el argumento de la Dirección de inducir la existencia de un consentimiento de una manifestación de voluntad de cancelar me da pie para volver el argumento a la inversa y entender que sobre la base de un consentimiento formal puede deducirse o inducirse la existencia de una causa cancelatoria, sobre todo teniendo en cuenta la presunción de la existencia y validez de la causa de que habla el 1.277 del C. c. ¿Pero esto puede admitirse?

Tirso Carretero (comentario a esta Resolución en la Rv. Cr. D. Inm., septiembre-octubre, 1979, págs. 1103 y ss.) entiende todo lo contrario y estima que el artículo 97 de la L. H. resulta absurdo con su presunción cuando se trata de una escritura de cancelación que tenga por único contenido la cláusula de consentimiento formal, entendiendo que dota de un arma de lucha que nunca se le debió de dar, pues está claro que en el clima de nuestro sistema y dada la escasa frecuencia de dichas escrituras de consentimiento formal, el silencio en el documento cancelatorio sobre la extinción del derecho y sobre la causa del consentimiento formal de cancelación del asiento deberá ser base de una presunción de subsistencia, más que de una presunción de extinción. Igualmente aduce en favor de su tesis el artículo 144 de la misma L. H., del cual se deduce un criterio antiformalista y permite suponer que la cancelación debe servir ante todo para hacer oponible a tercero la extinción del derecho que se cancela. Para dicho autor, ante la casi imposibilidad de una escritura «pluscuamperfecta» en la que se acredite el pago, comparezcan deudor, acreedor y personas interesadas, se consienta en la extinción del derecho y se consienta expresamente en la cancelación del mismo, hay que optar por estas siguientes direcciones: 1.º) Que la simple cláusula de carta de pago sin ninguna referencia al derecho real de hipoteca ni a su extinción debe estimarse insuficiente. 2.º) La que contenga sólo cláusula de consentimiento formal en principio tampoco puede ser admitida. 3.º) La que contenga cláusula de consentimiento material suficientemente expresiva con un principio de causalización, por escaso que sea, debe estimarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito.

Habría que pensar un poco que la cancelación de hipotecas elimina el principio de «accesoriedad» de la hipoteca, ya que la justificación del pago del crédito que asegura la hipoteca no sirve como documento para su cancelación. Así se deduce del artículo 82, 1.º de la Ley Hipotecaria y del 179 del Reglamento Hipotecario apoyados por la Resolución anteriormente citada de 23 de agosto de 1900. Sólo se registran en la legislación hipotecaria los supuestos de la indeterminación del titular de los títulos endosables o al portador, así como el de la hipoteca cambiaria, en los que la justificación del pago de la deuda permite la cancelación. ¿Por qué en los demás se exige el consentimiento? Siempre que surge el problema del consentimiento para

la modificación del contenido registral es necesario citar el principio de la salvaguardia de los Tribunales bajo los que está dicho contenido y bien se ordena por estos la alteración o debe consentir en ella el titular registral. Por eso estimo que el simple *consentimiento formal* expresado en una escritura, perfectamente puede ser inscrito y eso no quiere decir que califiquemos de abstracto a dicho consentimiento, pues es claro que si no responde a una causa podrá ser impugnado y rectificado en virtud de ejecutoria judicial, destruyendo la presunción de extinción del derecho de que habla el artículo 97 de la Ley Hipotecaria.

En el último caso en el que solamente exista un consentimiento material o sustantivo que exprese la causa del derecho, habría que descender caso por caso para estimar la justicia del caso concreto, camino éste que es el que parece haber recogido la Resolución comentada, la cual debió aclarar este punto y no generalizar su doctrina. Sobra, por supuesto, el último considerando que confunde lamentablemente el acto de cancelar, el consentimiento para ello, con el problema de la capacidad y legitimación para verificarlo y da que pensar al lector que si la interpretación teleológica que se invoca para deducir la existencia del consentimiento está basada en las mismas deducciones que las de las expresiones «cancelaciones... de menores» y de «los herederos podrán cancelar», puede quedar sin fuerza—ni siquiera por la justicia del caso concreto—toda la argumentación de la Dirección.

Aunque el artículo 116 del Reglamento Hipotecario permita al Registrador rectificar, en todo o en parte, la calificación recurrida, al evacuar el informe que preceptúa el artículo 115 del mismo, esto no le permite rectificar la nota en el sentido de añadir nuevos defectos antes no constatados, ni a cambiar su sentido con alteración de los términos con que se redactó. En tales casos no procederá entrar en el examen de la nota primitiva ni en el contenido de la nueva calificación que consta en el informe.

Los registradores, dentro de la independencia con que ejercen su función, deben tener en cuenta al calificar la doctrina del centro directivo sobre actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales. (Resolución de 27 de septiembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 14 de octubre.)

Hechos.—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario recurrente, don Antonio Rodríguez Adrados, el 10 de octubre de 1975, don Juan Roth Hummer vende un piso a doña Lucila Prieto Sáez, mayor de edad, casada, y que comparece en la escritura en su propio nombre y derecho, declarando que retiene en su poder el importe actual de las hipotecas que gravan el piso que adquiere, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de las mismas y confesando el vendedor haber recibido de la compradora el resto del precio, por lo que le otorga la más completa carta de pago.

Presentada en el Registro número 1 de los de Madrid primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que antecede, por carecer el cónyuge no administrador de capacidad de adquirir bienes para la sociedad de ga-

nciales, con evidente transgresión de los artículos 5, 59, 63, 1.315, 1.401-1.º, 1.407 y 1.441 del Código civil. Se ha tenido en cuenta lo preceptuado en el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los artículos 5, 63 y 1.441 que se aducen en la nota no tienen ninguna relación con el supuesto que nos ocupa; que la tesis de la nota recurrida es que la mujer casada en régimen de gananciales, no administradora de la sociedad legal, no puede adquirir por compra mientras no pruebe la pertenencia privativa del precio, y ello de manera absoluta y radical, sin que el defecto pueda subsanarse, dado que la inscripción no se suspende, sino que se deniega; que el defecto obedece a una falta de capacidad; que esta posición tan radical, desconocida por la doctrina, ha sido planteada muchas veces en recursos gubernativos, siendo siempre rechazada, pudiendo citarse como ejemplo las Resoluciones de la Dirección de 4 de mayo de 1892, 1 de noviembre de 1963, y 4 de noviembre de 1969, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967; que son numerosos los artículos del Código civil que abonan este último criterio jurisprudencial, así el 1.392 al hablar de las ganancias o beneficios obtenidos «indistintamente» por cualquiera de los cónyuges, coloca en igual situación en cuanto a adquisiciones a marido y mujer, y en igual sentido se manifiesta el artículo 1.401-1.º; que si la mujer casada en régimen de gananciales no pudiera comprar en absoluto, carecería de sentido que el artículo 1.458 le prohibiese comprar a su marido; que la Ley de 2 de mayo de 1975 persigue una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que ha de entenderse que incluso los preceptos del Código civil que resultan inalterados por la misma han de ser interpretados conforme a la nueva concepción, y, por tanto, restrictivamente cuando lo contraríen; que esta Ley, al redactar de nuevo los artículos 60 a 65 del Código, suprime la licencia marital, desapareciendo con ello la única limitación que antes tenían las compras de la mujer casada; también quedan suprimidas las restricciones a las mujeres casadas para prestar consentimiento, al suprimirse el artículo 1.263-3.º, por lo que la mujer casada, al poder obligarse, puede comprar (artículo 1.457); que la nota calificadora se enfrenta claramente al artículo 62-1.º, que establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges; que en el ámbito hipotecario la doctrina que se ha expuesto ha sido la aplicada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogido en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que la doctrina clásica de la Dirección entendía que las adquisiciones de bienes gananciales podían inscribirse, indistintamente, a nombre del marido o a nombre de la mujer (lo que evidencia que ésta podía adquirir), y que eran las circunstancias de tales adquisiciones las que imponían el carácter ganancial, no existiendo en nuestro régimen hipotecario extendidas expresamente a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica (Resoluciones de 9 de febrero de 1917 y 11 de octubre de 1941); que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario regula las adquisiciones del marido y de la mujer sin establecer diferencias entre uno y otra, sin aludir para nada al cónyuge administrador y al no administrador de la sociedad, regulándose las adquisiciones de la esposa no administradora en el mismo plano que las

del marido, aun tratándose de bienes gananciales; que si antes de la Ley de 2 de marzo de 1976, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, las compras efectuadas por la mujer casada sin intervención del marido eran inscribibles haciendo constar en la inscripción la falta de licencia; actualmente, suprimida la licencia marital, dichas compras deben ser inscribibles sin ninguna salvedad.

Por cese de los tres titulares del Registro número 1, uno por jubilación y los otros dos por traslados, el nuevo Registrador de la Propiedad, designado, de conformidad con sus otros dos cotitulares interinos, informó que en la nota de calificación recurrida puesta por sus antecesores en el cargo se debió padecer un error al citar el artículo 5.º del Código civil, así como otro consistente en la omisión de las palabras «por sí sola» después de la palabra «capacidad», e igualmente que los artículos 63 y 1.441 del Código tampoco están directamente infringidos y que el defecto debe ser calificado de subsanable, por lo que, en uso de la facultad que confiere el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectifican en parte y atenúan la calificación recurrida, quedando la nota redactada de la siguiente forma:

a) Que al no expresarse el régimen económico matrimonial de la compareciente compradora ni, en su caso, el carácter ganancial o privativo de la adquisición, ni el de la parte de precio ya pagado, ni el de la que se obliga a pagar la misma en los futuros vencimientos del crédito hipotecario que se subroga, faltan datos para una calificación e inscripción precisa; y

b) Que de presumirse, por tanto, que el régimen económico matrimonial es el de la sociedad legal de gananciales, según el artículo 1.315 del Código civil, y que tales dinero y adquisición son gananciales conforme al artículo 1.407 y que su administrador y facultado para obligarlos, en principio y mientras otra cosa no se demuestre, es el marido de la compareciente, según los artículos 1.412 en relación con el 59 y 1.416, todos del mismo cuerpo legal, es necesaria la intervención del marido, como presunto cónyuge administrador, o acreditar la causa que hace innecesaria su intervención.

Y considerando el defecto subsanable, se suspende la inscripción solicitada, de la que podrá tomarse anotación preventiva si se solicitare.

Se ha cumplido lo dispuesto en la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.»

Que al rectificarse en parte la calificación ha sido necesario redactar de nuevo la nota para precisar los motivos y alcance de la misma, haciendo factible la subsanación de los defectos y la protección de los derechos de los interesados mediante la posible anotación preventiva; que la nueva redacción de la nota está admitida por diversas Resoluciones de la Dirección; entre otras, por la de 4 de noviembre de 1968; y entrando en el fondo de la cuestión, indica que después de la reforma de 2 de mayo de 1975, según la cual puede celebrarse y modificarse las capitulaciones matrimoniales después de contraer matrimonio, la primera manifestación de un otorgante casado debe ser cuál es el régimen económico matrimonial, y en atención a la naturaleza de los bienes, privativos o gananciales, hace constar si tiene o no la administración de los mismos, así como el carácter que quiere dar a la adquisición, y, en su caso, la regionalidad que le corresponde, que natural-

mente puede determinar regímenes económicos diferentes; que en el caso de que la compareciente sea la mujer, la omisión de tales manifestaciones es un verdadero defecto de la escritura, ya que las presunciones legales indican que no es la administradora de la sociedad conyugal; que en el caso que nos ocupa la compradora ha dispuesto de bienes para el futuro al comprometerse a pagos aplazados que, además, ha garantizado en forma real subrogándose en dos hipotecas, todo ello sin que se acredite la necesaria intervención del marido o la causa por la que no es preceptiva la misma; que el Código civil, en sus artículos 1.412 en relación con el 59, así como en el 1.416, es de una gran claridad que no necesita interpretación, al determinar la necesaria intervención del marido como presuntó cónyuge administrador, o bien la necesidad de acreditar la causa por la que no es precisa; que la Ley de 2 de mayo de 1975 mantiene el sistema de unidad de dirección económica del matrimonio por el que uno solo de los cónyuges será el administrador, bien sea el marido o la mujer; que una vez suprimida la licencia marital debe entenderse derogado el artículo 94 del Reglamento Hipotecario e inaplicable la jurisprudencia a que dio origen; que admitiendo las adquisiciones de la mujer casada no administradora tendremos también que admitir las del marido cuando se haya pactado que no sea administrador, e incluso cuando haya sido privado de la administración por resolución judicial; que en el caso que estamos examinando el cónyuge administrador podrá oponerse a que se realicen los pagos aplazados con cargo a los bienes gananciales, y esto sin pedir la anulación de nada, siendo tal vez el vendedor o sus herederos o acreedores los que tengan que pedir la anulación del acto, con lo cual intervendrían terceros extraños a la relación familiar como serían los acreedores del vendedor o incluso la masa de una quiebra, y si se llegase a declarar ineficaz el acto, podría negarse a exigir responsabilidad a los funcionarios que admitieron su eficacia; que el recurrente parece sugerir la existencia de una ratificación tácita de la escritura por el esposo al referir que fue éste el que la presentó en el Registro, a lo que hay que oponer que no es admisible ni pudo tenerse en cuenta al calificar semejante forma de ratificación no cubierta por la fe pública notarial, ya que el Registro rechaza todo consentimiento inmobiliario que no se otorgue en documento público; que lo que parece demostrarse es que la falta de intervención del marido en la escritura no tiene ninguna justificación lógica por imposibilidad de hecho; que, como resumen puede decirse que la escritura es imprecisa por falta de datos para una adecuada calificación, y que si en vista de ello se acude a las presunciones establecidas por el Código civil la compareciente no está legitimada para los actos que realiza, siendo subsanable el defecto.

Con fecha 5 de junio de 1976 se traslada por la Secretaría de Gobierno de la Audiencia Territorial al Notario recurrente, a los efectos que pudiera proceder, la nueva nota que en sustitución de la originaria se había emitido, traslado que recibe el interesado el día 7 del mismo mes y año y con fecha 10 de junio el Presidente de la Audiencia confirma esta segunda nota redactada por los nuevos Registradores, por razones análogas a las expuestas por estos funcionarios, declarando que la rectificación parcial está permitida por el artículo 116 del Reglamento Hipotecario y es recogida por la doctrina de la Dirección General en varias Resoluciones, tales como la de 1 de febrero

de 1952 y la de 25 de abril de 1959; que los argumentos que se adicionan al corregir parcialmente la nota no agravan la calificación, sino que, por el contrario, la atenúan al declarar subsnable el defecto primitivamente considerado insubsanable, y que no se aducen en la nueva redacción de la nota distintas alegaciones fácticas ni sustancialmente diferentes motivaciones que pudieran haber producido la indefensión del recurrente.

El Notario se alzó de la decisión presidencial manifestando que al aceptarse en el auto la sustitución de la nota originada por una nueva nota se alteran fundamentalmente las bases del debate, produciéndose la indefensión del recurrente e incurriendo además en incongruencia; que el Registrador, al amparo del artículo 116 del Reglamento Hipotecario, que le permite rectificar la nota en todo o en parte en el sentido de conformarse con la petición del recurrente, tal como prevé el párrafo 2.º del mismo artículo, lo que no puede es hacer una rectificación total consistente en sustituir la nota originaria por una nueva calificación ni hacer una rectificación parcial consistente en añadir nuevos defectos; que la litis queda definitivamente trabada con la nota del Registrador y con el suplico de interposición del recurso, y que, aunque en trámite no previsto, se le diera traslado al recurrente de la nueva nota, como con espíritu de justicia ha hecho el excelentísimo señor Presidente, la indefensión subsiste porque la normativa procesal del recurso gubernativo no establece forma y plazo para la impugnación de la nueva nota, que en el presente caso ha sido notificada un día 7, fallándose el siguiente día 10, sin tiempo ni posibilidad de presentar siquiera el acuse de recibo, y si el derecho de impugnación de la nueva nota se concediera al recurrente, se produciría la indefensión del Registrador; que este criterio de no señalar nuevos defectos es el mantenido expresamente por los artículos 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, por lo que si la nota originaria le parecía al Registrador insostenible, tenía que haberla retirado, conformándose con la petición del recurrente (artículo 116-2.º), y presentada de nuevo en el Registro, podía haber consignado la nueva nota sin temor alguno a esa corrección disciplinaria que para evitar abusos establece el artículo 127, por ser distinto el Registrador que calificó al que tuvo que emitir su informe; que en este sentido se manifiestan, entre otras que cita, las Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 29 de abril de 1959; que en los casos en que se ha variado la nota, la nimiedad de la alteración introducida y la falta de oposición basta para explicar la abstención de la Dirección General (Resolución de 4 de noviembre de 1968); que no ocurre si en el presente supuesto —incluso el auto presidencial la denomina nueva—, en el que la primitiva contenía un solo defecto del más desafortunado y militante antifeminismo, y al que respondía la argumentación de su escrito —apartado cuarto—, mientras que la nueva contiene dos, uno el a) que ni directa ni indirectamente aparecería en la originaria y el otro el b), totalmente nuevo, ya que el problema suscitado era el de la incapacidad de la mujer, siendo indiferente la intervención del marido, porque aun con ella, en cualquiera de sus variantes, no tenía capacidad de adquirir bienes gananciales de la mujer casada; por el contrario, en la nota actual la mujer casada es capaz y puede adquirir gananciales que pueden figurar a su nombre, siempre que se cumpla el requisito que en la nota primitiva no aparecía ni podía aparecer: la intervención marital; que así, pues, en la

nueva nota no es que se atenúa el rigor de la primitiva —convirtiéndolo en subsanable—, sino que se consignan dos defectos distintos, aunque menos graves, pero que no por ello dejen de ser nuevos, y por eso se incluyen preceptos legales que no aparecían infringidos en la larga lista de la nota primitiva; que por todo ello se ha producido no sólo indefensión procesal del recurrente, sino también incongruencia, pues el auto confirma una nota que no fue la que se impugnó; que la nueva nota carece de virtualidad al no haber sido extendida en tiempo y forma, por lo que debe tenerse por no puesta que no obstante, y para el caso de que se estimase legalmente extendida entra en su examen, haciendo una serie de consideraciones acerca de que no existe en la escritura las imprecisiones a que alude la letra a) de la nueva nota, por no existir disposición legal alguna que pida su constancia, y que de exigirse las circunstancias señaladas, como se hace, sólo para la mujer, y no para el marido, sigue latiendo una tesis antifeminista; que en cuanto al defecto de la letra b) de ser necesaria la intervención del marido, tras apuntar la infracción del artículo 106 del Reglamento Hipotecario, por la imprecisión de que adolece, reitera toda una serie de argumentos que se contienen en otro de los recursos gubernativos que sobre esta misma materia tiene interpuesto.

Y la Dirección acordó que procede:

PRIMERO.—No entrar en el examen del contenido de la nota puesta en la escritura calificada, por haberla dejado sin efecto los tres titulares encargados del Registro de la Propiedad.

SEGUNDO.—No examinar el contenido de la nueva nota que consta en el informe, al no estar autorizados los mencionados funcionarios para ello.

TERCERO.—Que, como consecuencia de la reforma de determinados artículos del Código Civil introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, los Registradores de la Propiedad, dentro de la independencia con que ejercen la función, tengan en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina de este Centro sobre este particular y que aparece recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978.

El precedente acuerdo se basa en la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Cuestión previa al posible examen del fondo del recurso es la de resolver la cuestión procesal planteada por el Notario recurrente, que hace referencia a si era o no posible la rectificación de la nota en la forma realizada por los nuevos Registradores en el preceptivo informe que habían de emitir.»

«Las normas del Reglamento Hipotecario desarrollan la forma en que ha de resolverse el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador presuponen que es la nota recurrida con los defectos que señala la que ha de servir de base para el debate establecido y la que fija el nudo de la cuestión, y por eso de una parte el artículo 117 no permite al recurrente plantear peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, y de otra, en el artículo 116 permite al Registrador

que pueda rectificar en toda su calificación —siempre que se conforme con la petición del recurrente— o sólo en parte, con supresión de alguno de los defectos señalados, pero lo que no autoriza el mencionado precepto es que se rectifique la nota en el sentido de añadir en el informe registral nuevos defectos antes no constatados o se cambie su sentido con alteración de los términos y fundamento con que se redactó, ya que entonces se producirá la anómala situación de que se resolvería no el debate planteado, sino una cuestión distinta de la que incluso no ha llegado a tener conocimiento el recurrente por haberse redactado la nueva nota en un ulterior escrito del Registrador.»

«En el presente caso, aunque se pretenda mantener que se ha suavizado, fundándose en el artículo 116 del Reglamento —con una rectificación parcial— la primitiva nota, al transformarse un defecto insubsanable en dos de carácter subsanable, el examen de la misma muestra con claridad que ha habido un total cambio en su contenido, ya que la primitiva alegaba la incapacidad del cónyuge no administrador para adquirir bienes para la sociedad de gananciales, y en la nueva —redactada al emitir el informe— se exige la constancia en la escritura calificada de una serie de datos y la necesidad de la intervención del marido para el acto realizado o la justificación de la causa que haría innecesaria su intervención.»

«Al no haber atendido los Registradores los argumentos y peticiones del Notario recurrente y admitido que los artículos 5, 63 y 1.441 del Código Civil, que sirven de fundamento a la nota discutida, no se encuentran infringidos, y en consecuencia la dejan sin efecto en la forma redactada, carece de interés el entrar en su examen, dada la coincidencia de pareceres de todos los interesados en el recurso acerca de su no admisión.»

«De accederse a resolver el recurso en los nuevos términos planteados, resultaría que la resolución definitiva haría referencia a una nota de calificación de la que no existe constancia en la escritura calificada, con lo que se produciría una total incongruencia entre la resolución adoptada y la materia que ha sido objeto de recurso.»

Consideraciones críticas

Son ciertamente importantes los dos temas o cuestiones que se abordan en la presente Resolución, afectando el primero de ellos al principio o facultad de la calificación y el segundo, dentro también del mismo principio, a la fuerza vinculante de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creo que ambos suponen el gran matiz de lo que significa la calificación: la grandeza de su independencia. El primero supone la existencia sucesiva de dos mentes discutiendo sobre un mismo problema y el segundo la valentía de ir contra argumentos que para su manera de enfocar el problema no sirven. Ambos son una clara manifestación del principio de libertad jurídica por el que la calificación se rige. Esta nota, junto con otras muchas, es el gran argumento jurídico que demuestra hasta qué punto están totalmente equivocados aquellos que pretenden encuadrar en la categoría de *funcionarios administrativos* a los que reciben el

poder de calificación. Y como los dos puntos son los que debemos abordar, vamos a ir por sucesivas partes.

A) *La rectificación de la calificación en todo o en parte*

El título elegido es la literalidad de la frase que emplea el artículo 116 del Reglamento Hipotecario en su primera parte al contemplar el supuesto de emisión de un informe por Registrador que no sea el mismo que ha calificado. Dice dicho artículo que: «El Registrador a quien se pida el informe, sea o no el mismo que hizo la calificación, podrá RECTIFICAR ésta en todo o en parte...». Aunque el poder de rectificación es general para los dos supuestos que pueden darse: ser o no el mismo que calificó, aquí los hechos nos obligan a circunscribirnos al segundo supuesto: cuando son dos Registradores distintos los que califican. El otro caso entra ya en el desfigurado recurso de «reposición» que parece encubrir el artículo. Claro que el recurso de reposición en un país tan «sui generis» como el nuestro, en el que nadie quiere dar su brazo a torcer, nos lleva a una pérdida de tiempo enorme y a un desconocimiento de nuestra tozudez. Me gustaría manejar estadísticas que reflejasen las pocas veces en que ha prosperado favorablemente un recurso de reposición. Rectificar es de sabios, dicen, pero ir contra los actos propios puede ser también un buen principio.

Claro está que el artículo 116 del Reglamento no parece poder ser interpretado aisladamente, sino que es preciso relacionarlo con otros del mismo Reglamento, como pueden ser el 117 y el 127, que con su doctrina vienen a restringir los amplios caminos de la rectificación. En los hechos se nos dice que la calificación inicial del documento que se presentó a inscripción (una adquisición de mujer casada en su propio nombre y derecho, declarando que retiene en su poder el importe actual de las hipotecas que gravan el piso que adquiere, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de las mismas) recayó una calificación denegatoria en la que al carecer el cónyuge adquirente de poder para administrar bienes no puede tampoco adquirir para la sociedad de gananciales, existe una transgresión de los artículos 5, 59, 63, 1.315, 1.401, 1.407 y 1.441 del Código civil.

El Notario otorgante de la escritura, gran experto en ganar recursos sobre adquisiciones de mujer casada después de la reforma del Código civil, arremete contra el fondo de la cuestión planteada y a la serie de argumentos que utilizó en otras ocasiones añade algunos más, pero cuando a través de un escrito creyó ganado el recurso, cesan los tres titulares que habían puesto la nota calificadora, uno por jubilación y los otros por traslado, y aparecen en escena otros Registradores que, amparándose en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, reconocen el error sufrido por sus antecesores al citar los artículos 5, 63 y 1.441 del Código civil, aprecian la falta de una frase y atenúan la calificación recurrida, dejando la nota calificadora de la siguiente forma: faltan datos para una calificación precisa por no determinarse el régimen matrimonial; que aceptando el sistema ganancial es requisito la intervención marital o acreditar la causa de su no intervención y que esos defectos son subsanables. La rectificación de la nota se hace al amparo de la doctrina emanada de la Resolución de 4 de noviembre de 1968 y el fondo

de la cuestión está defendido con un conjunto de argumentos tan válidos jurídicamente como los que expone el Notario.

El Presidente de la Audiencia considera oportuna la nota nueva de calificación y ante la imposibilidad legal de aceptar una dúplica —que sería lo correcto— decide seguir el camino que marca la nueva nota calificadora apoyándose en dos Resoluciones de 1 de febrero de 1952 y 25 de abril de 1959. Ante todo ello el Notario apela el auto presidencial, ya que en el breve espacio de tiempo en que se le notifica la nueva nota y la fecha del auto presidencial (tres días naturales) apenas tiene tiempo para contestar a la nueva calificación, pero siempre le queda el recurso de la apelación. La Dirección General entiende que la primera nota queda sin efecto y que la segunda no puede ser considerada como válida al no estar autorizados los funcionarios que la emiten para ello. Se termina con la advertencia de que la doctrina de la Dirección debe ser tenida en cuenta en las calificaciones. Realmente resulta sorprendente todo ello.

Ante la solución que ofrece la doctrina de la Resolución es preciso reaccionar e intentar situar en su justo medio la facultad de rectificar en todo o en parte en su justa medida. El criterio de la Dirección es considerar que el Registrador que ha de emitir el informe, al ser distinto del que puso la nota, puede rectificar en todo o en parte «si se conforma con la petición del recurrente». Es decir, debe rectificar a gusto del recurrente, pero nunca en contra del mismo. Lo cual nos lleva a dar por inútil el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento, ya que todo queda reducido al segundo. Queda, pues, sin efecto el principio de libertad de calificación, considerando al Registrador que interviene en el otorgamiento del informe como una especie de heredero que se subroga en la voluntad del causante, pero con la facultad de traicionarle si estima que se ha equivocado y que el que tiene la razón es el recurrente. La razón fundamental en que todo ello se apoya es que si al nuevo Registrador, o al antiguo, se le permitiera rectificar la calificación agravando la nota de su antecesor tendríamos una *notable indefensión* del recurrente, y a mí se me ocurre pensar que si lo que se trata de proteger es la posibilidad de defensa del recurrente debió concedérsele un nuevo plazo para contestar, aunque siempre lo tiene en la posible apelación ante la Audiencia, pero aun admitiendo esto, también hay que intentar salvar la condición de «mandado» del nuevo Registrador que debe quedar vinculado y sin posibilidad de defensa por la nota de su antecesor. Esto, que quizá sea un principio de economía procesal, se convierte en una notoria alteración del principio de igualdad jurídica de las partes ante una fase de alegaciones.

Creo que todo el gran equívoco que sufre la doctrina y la Dirección (y al hablar de doctrina me incluyo por la cita que luego haré) reside en que en ese artículo 116 deben destacarse dos casos, sin perjuicio de que puedan existir muchos más, claramente diferenciados:

a) El del Registrador que pone una nota y que visto el recurso que se le interpone, rectifica la misma y se allana a la demanda. Es el claro caso a que se está refiriendo el párrafo segundo de dicho artículo y que, al decir de la doctrina, no es más que una manifestación del recurso de reposición,

en la que se brinda la oportunidad a una persona de ir contra sus propios actos y hacer posible lo que antes decíamos: rectificar es de sabios.

También cabe que al rectificar lo haga sujetándose a los límites que establecen los artículos 117, 118 y 127 del mismo Reglamento, es decir, no añadir defectos nuevos, limitarse a dulcificar la nota, pero nunca agravarla.

b) El segundo supuesto es que el que informe sea distinto del que puso la nota. Ya aquí sería muy discutible que pueda hablarse de recurso de reposición, pues al tratarse de persona distinta (y cuidado que aquí no se trata de un funcionario que sustituya a otro, sino de una responsabilidad personal que sustituye a otra) ya no debe encajar mucho lo del recurso de reposición. Mis limitados conocimientos de la rama administrativa me hacen pensar en que estaremos ante un recurso de reposición cuando «se presenta ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada» (GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen III, Madrid, 1963). Y aquí es otra distinta que actúa en nombre propio, bajo su exclusiva responsabilidad y que nada le une con la anterior más que la del compañerismo y pertenecer a un mismo cuerpo. Es decir, no estamos en el campo administrativo.

A mi entender, por todo ello, creo que cuando el que emite el informe es otro Registrador puede perfectamente utilizar la facultad que le concede el párrafo primero y la rectificación puede tener una amplitud total o parcial, incluso puede allanarse a las pretensiones del recurrente. Es decir, respetando el criterio del 117 del Reglamento que marca los límites de la calificación en general y, si se me apura, el 127 que exige incluir todos los motivos de suspensión o denegación. ¿Qué es lo que hace el nuevo Registrador al emitir un informe sobre una calificación hecha? Someterse, según la Dirección, al criterio que le marca la nota sin poder añadir ni quitar nada que perjudique al recurrente, aunque en dicha calificación se hayan dejado olvidados o poco precisados otros motivos y aunque se le faculte para rectificar «LA CALIFICACION», no el informe, en TODO O EN PARTE.

A mí se me hace duro el criterio que se implanta, pero quiero aportar al lector la opinión autorizada de alguno de los que intervinieron en la Comisión de reforma del Reglamento que supone brindar lo que podríamos llamar intención del legislador. Me estoy refiriendo a La Rica («Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario». Modificaciones, Madrid, 1949), quien sostiene una opinión muy en la línea de lo que dice la Dirección. «Esta nueva regla —se está refiriendo al nuevo artículo 116 del Reglamento— es del mayor interés. Viene a conceder al Registrador un derecho a «allanarse a la demanda», que antes no se le concedía. Con vista de la argumentación del escrito interponiendo el recurso, el Registrador puede reconsiderar el asunto y si aprecia que su primitivo criterio era erróneo, rectificarlo. Esto es tanto más importante, cuanto que el informe puede evacuarlo un Registrador distinto al que suscribió la nota de calificación, y su criterio jurídico, en los casos dudosos, puede ser diferente. (Sobre este punto, téngase en cuenta que según la jurisprudencia debe informar el Registrador que calificó, aunque haya pasado a otro Registro, pero en todo caso debe hacerlo el nuevo titular del registro en que se hizo la calificación, Resoluciones de 21 de noviembre de 1889 y 23 de marzo de 1926.) Claro es que la rectificación total o parcial de la calificación sólo tiene o puede **tener efectividad cuando la hace el Registrador que**

desempeñe al Registro en que aquélla se hizo (lo subrayado es mío), pues la hecha por el que cambie destino, no puede tenerla si sostiene íntegramente la calificación su superior. Por ello, el Reglamento expresamente se refiere a aquel funcionario, y aclara que «sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida».

Añade dicho autor que la rectificación sólo se concibe en el sentido de no mantener todos o algunos de los defectos señalados, es decir, de atenuación de la nota, pero nunca en el sentido de agravación, fundándose en los conocidos términos de los artículos 117 y 127 del Reglamento.

Recorriendo el resto de la doctrina sólo se encuentran argumentos favorables a la tesis que mantiene la Resolución comentada. Roca Sastre («Derecho Hipotecario», Barcelona, 1968) se limita a centrar el tema hablando de un posible recurso de reposición; Sanz Fernández («Instituciones de Derecho Hipotecario», Madrid, 1953), sin embargo, no identifica el párrafo primero del 116 del Reglamento con el segundo, aunque al tratar del primero no analice el término rectificar en el sentido de no poder agravar la posición del recurrente. Nosotros (Chico-Bonilla, «Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral», Madrid, 1967) entendíamos restrictivamente dicho artículo y pensamos que la aparente facultad rectificadora quedaba limitada por la idea de no poder agravar la nota en ella. Tirso Carretero (comentario a esta Resolución en Rev. Cr. Dr. Inm., noviembre-diciembre 1979, pág. 1380 y ss.) hace un alarde de aportaciones doctrinales, jurisprudenciales y hasta históricas de los preceptos en juego, pero al construir su obra nueva brinda mucha arena. Es decir, se dirige al caso concreto de la Resolución y elude, como aconseja el sentido común, pronunciarse por una doctrina general. De todas formas hay base en sus razones para apoyar nuestra actual postura.

Resulta difícil extraer de la doctrina de la Dirección General una dirección unitaria que permita apoyar la decisión actual en una trayectoria histórica y repetida. Es bien cierto que existen ciertas resoluciones en las que se rechaza las alegaciones basadas en documentos que no fueron presentados en tiempo y forma, como las de 3 de diciembre de 1938, 9 de febrero de 1943, 25 de mayo de 1962 y 14 de febrero de 1965, pero hay otras en que se repite la cantinela de que el Registrador puede rectificar en todo o en parte y conformarse con la petición del recurrente, pero no puede modificar, ampliar o adicionar con nuevos defectos la calificación mientras no se decida el recurso, porque provocaría la indefensión del recurrente, aunque todo ello está dicho sobre la base de ser el mismo Registrador informante que él extendió la nota de calificación (Resolución de 1 de febrero de 1952). Igualmente cabe añadir la de 29 de abril de 1959, todas ellas manejadas por el recurrente y la Audiencia, con sentido abiertamente contrario, presupone una nueva calificación y unos nuevos motivos y, sin embargo, la Dirección entra en el fondo de la cuestión y no elude lo que en la presente ofrece.

Ante todo ello habría que sacar unas conclusiones de tipo general y también referidas al caso concreto que la Resolución plantea y que insólitamente queda sin resolver apoyándose en esa interpretación del artículo 116 del Reglamento Hipotecario:

1.^a Que no es lo mismo que la nota sea informada por el Registrador que la redactó y asumió, que la que puede redactar otro distinto, ya que en

el primer caso la doctrina de los actos propios sólo admite una rectificación de allanamiento ante las afirmaciones del recurrente, mientras que en el segundo el artículo 116 del Reglamento Hipotecario debe ser interpretado en forma amplia dando facilidades al nuevo Registrador para rectificar en todo o en parte la nota calificadora en base del principio de libertad y, sobre todo, del de responsabilidad.

2.ª El caso concreto que nos ocupa no supone una alteración sustancial de la nota calificadora—que pudiera ser válido si se acepta mi conclusión anterior—, ya que se confunde por la Dirección General lo que es añadir defectos nuevos y distintos y alteración de los términos con que se modifica la nota. Tirso Carretero, en este punto, es auténticamente preciso al referirse a que no resulta exacto en que la primera nota contuviese un defecto y la segunda dos, ya que en ambas había un defecto único que fue insubsanable en la primera y subsanable en la segunda. Y también el citado autor acierta al considerar que al redactar el segundo Registrador la segunda nota no deja sin efecto la primera, sino que lo que hace es rectificarla, suavizándola, cambiando el defecto insubsanable en subsanable y matizando los preceptos del Código civil de los que había que decidir su normativa sobre compras por mujer casada sin intervención del marido.

3.ª El haber eludido entrar en el fondo del asunto por esa serie de razones que se desprenden de los considerandos primeros de la Resolución y de los mismos acuerdos que preceden a la misma, demuestra una total indiferencia con el recurso que plantea el Notario frente a la decisión del Presidente de la Audiencia que en su auto da la razón a la nota del Registrador y aquí es donde el tema se hace polémico y donde se descubre la falta de rigor interpretativo de la doctrina. Se ha especulado mucho con la relación que existe entre los artículos 116, 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, incluso se cita también el 118, pero a la hora de la decisión se olvida este último, ya que en el mismo se dice que la resolución, se refiere al auto presidencial, deberá ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento, dictándose en forma análoga la resolución de la Dirección General, conforme dispone el artículo 123 del R. H. Ello supone un claro contraste entre la forma de interpretar restrictivamente unos artículos sobre la posibilidad de una «rectificación» y otros en los que se impone una rigurosa concreción. Era preciso, como dice Tirso Carretero, revocar «explícitamente» el auto presidencial y las notas en las que se apoyaba. Es sorprendente la reacción de la Dirección.

B) *Fuerza vinculante de las resoluciones*

A mí este tema me ha preocupado enormemente siempre, pues habiendo una doctrina emanada del Centro superior directivo parece, a primera vista, que debe ser tenida en cuenta en toda calificación. Pero no creo que pasen dichas resoluciones de ser un criterio orientador de la decisión registral, ya que el Registrador en el ejercicio de su función goza de plena libertad, sin que nadie—ni la autoridad judicial—pueda imponerle un criterio (artículo 136 del Reglamento Hipotecario).

Quizá sea importante destacar los cuatro grandes caracteres que adornan a las Resoluciones de la Dirección en ninguna de las cuales se destaca ese aspecto vinculante que parece pretender la que comentamos. Podríamos señalar que las Resoluciones de la Dirección General: 1) Impiden que pueda entablarse un nuevo recurso sobre el mismo asunto (Resolución de 21 de noviembre de 1889). 2) Ejecutorias (Resoluciones de 3 de mayo de 1890). 3) Causan estado en el orden administrativo (Resolución de 14 de enero de 1893) y 4) Tienen carácter definitivo (Resolución de 14 de febrero de 1957). De estas notas no se deduce que la recomendación que la Dirección General plasma en su tercera decisión que trata de justificar luego la Resolución sea vinculante, pues el decir que «los Registradores de la Propiedad, dentro de la independencia con que ejercen la función, tengan en cuenta, al calificar los actos y contratos realizados por mujer casada en régimen de gananciales, la doctrina de este Centro sobre el particular y que parece recogida, entre otras, en las Resoluciones de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978», no significa más que una recomendación que, de no cumplirla y por razones de ignorancia, podría dar lugar a una amonestación, pero nunca a una vinculación, ya que, si bien, no puede volverse sobre el caso particularmente juzgado, sí pueden apreciarse matices, motivos, razones, causas o supuestos distintos que hagan nuevo el recurso y que obliguen a una nueva decisión.

Por ello, en principio, esta recomendación me parece extemporánea, sobre todo cuando en la Resolución se abstiene la Dirección de resolverse el problema de fondo o sustancial. Si hubiera habido lugar a pronunciarse sobre este punto hasta estaría justificado una advertencia de este tipo, pero no entrando en el mismo entiendo que huelga... y huelga general. Menos mal que en esta opinión me secunda Tirso Carretero que, con su prudente y acertado criterio, califica de insólito el acuerdo de la Dirección. Los motivos pueden ser los constantes recursos sobre una materia que nacida torpemente del legislador ha provocado innumerables criterios diferenciales, pero no creo que ello justifique una salida de tono de la Dirección por la cuantía y reiteración de materias, tan ricas, de otra parte, en matices diferenciales. Pero no resulta disonante tal recomendación cuando la doctrina anterior que ofrece restringe, limita y subordina la voluntad calificadora a la posición favorable del recurrente.

También Tirso Carretero se hace eco de la cita incompleta de Resoluciones «a tener en cuenta» por el Registrador en su calificación, ya que sólo la Dirección se refiere a la de 8 de febrero de 1977 y 4 de mayo de 1978, cuando hay diversas más que parece no deben tenerse en cuenta. La de 1977 (8 de febrero) se refiere a un caso de adquisición de mujer casada sin administración y con precio confesado y la de 4 de mayo de 1978 resuelve el problema del precio aplazado en forma un tanto particular, ya que había separación de hecho, condición resolutoria y afirmación del precio parafernál. Luego hay la de 11 de febrero de 1977, 26 de febrero de 1977, 27 de septiembre de 1978 y 22 de noviembre de 1978. ¿También habrá que atender a estas últimas Resoluciones o sólo a las dos primeras que parecen resolver todos los problemas que la modificación del Código civil—precipitada y defectuosa—parecen dejar zanjados?

Quede así el comentario crítico de esta Resolución que sembrará dudas,

inquietudes y zozobras no sólo en el intérprete, sino en quien con toda grandeza y servidumbre ejerce la noble función de la calificación. Y la calificación no es una decisión caprichosa que trate de ir contra doctrinas o formas de entender el precepto, sino que es una calificación honrada, estudiada y jurídicamente formulada. Ella, en el fondo, no es más que la gran manifestación de esa forma de resolver problemas, construyendo figuras jurídicas a través de su admisión, velando por la legalidad vigente y aportando las bases de la llamada «jurisprudencia de problemas» que como meta ha rematado la de conceptos y la de intereses. A mi entender sujetarla de una parte a la posibilidad de tener que ajustarse a un criterio mantenido por quien extendió la primera nota calificadora, sin posibilidad de ejercer el derecho de rectificación que el artículo 116 le concede y, de otra, vincularse a un criterio doctrinal mantenido por la Dirección General —que a veces varía en su trayectoria histórica— es negar la libertad e independencia de la noble función calificadora, aparte de reducir el campo vivo del Derecho a casos específicamente contemplados. Es, en suma, la negación de una posible «jurisprudencia de problemas».