

## La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas

(Notas a una propuesta de Pascual Lacal)

Mi compañero Pascual Lacal, en el núm. 368-369 de esta Revista (enero-febrero de 1959), con la salsa y salero de su castiza prosa, rompe una lanza a favor del criterio restrictivo en la interpretación del reformado art. 1.413 del Código civil; y nos invita, a los que pudiéramos tener razones en contra de su postura, a que las demos a conocer. Y en verdad, que el tema es interesante y que la reforma nos crea a los que hemos de aplicar el Derecho (que debe siempre servir a la Sociedad, y no ésta a aquél), no desde el punto de vista teórico, sino pulsando las necesidades de nuestros clientes, un buen número de disgustos y una no pequeña dosis de vacilaciones y dudas.

Una de ellas es la que plantea Lacal.

Veamos el caso: Nuestro buen amigo don Pedro, casado con doña Juliana, tenía sus ahorritos. Dándole vueltas al asunto de poder conseguir una renta superior a la que el Banco pudiera proporcionarle, decidió, antes de la reforma del Código, dárselos a don Gervasio, con una garantía hipotecaria de las buenas y un interés del 6 por 100. El recuerda que cuando fué a la Nota-

ria a constituir la hipoteca, sólo le pidieron que dijera el nombre de su mujer, y así lo hizo. Pero llegó el momento en que don Gervasio le pagó a don Pedro hasta el último céntimo que le debía y le exigió que le otorgara la escritura pública de cancelación, cosa que encontró perfectamente lógica; mas como ya había pasado el día de San Isidro de 1958, se llevó la inmensa sorpresa de que el Notario le pidió que viniera doña Juliana a prestar su consentimiento, y he aquí la dificultad, porque mientras la hipoteca había estado vigente, ocurrió que don Pedro y doña Juliana se habían separado amistosamente, no querían saber nada el uno del otro y procuraban ayudarse lo menos posible.

La cosa no era fácil, porque decían:

*Don Gervasio:* «Yo he pagado, y me tiene sin cuidado que don Pedro y doña Juliana hayan reñido; yo he pagado a don Pedro y me dicen que he pagado bien, y por tanto tengo un perfecto derecho a que se me otorgue la escritura de cancelación, para que desaparezca la carga del Registro.»

*Don Pedro:* «No comprendo para qué hace falta mi mujer, porque si lo peligroso para ella es que yo me quede con el dinero, y parece que puedo quedarme con él, sin darle cuenta siquiera, ¿a santo de qué tiene que venir ella a darme el consentimiento para cancelar?»

*Doña Juliana*, a la que había llegado la noticia: «Que no piense mi marido que yo voy a darle por las buenas ese consentimiento; ¿para qué? ¿Para que él se quede con el dinero y yo no participe de él?» Y como era un poco chulesca, añadía: «¡Pues arreglado está!».

Claro es que adoptando la posición de mi compañero, el problema no surgía: el marido hubiera otorgado la escritura de cancelación sin más consentimiento que el suyo propio, y no había dificultades ni resistencias que vencer.

Pero la cuestión, a mi entender, no es tan sencilla.

Leamos el art. 1.413 del Código civil, después de la reforma:

«*El marido*, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de

*la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimiento mercantiles...»* «En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

Copiamos este tercer párrafo del artículo, porque de él parece deducirse que el marido podrá realizar actos de disposición sin consentimiento de la mujer, o sea *contraviniendo* lo dispuesto en el Código, siempre que estos actos no perjudiquen a la mujer ni a sus herederos. La interpretación literal de este párrafo nos lleva directamente a ello, pero en este caso la reforma sería totalmente inocua y las cosas habría que haberlas dejado como estaban.

Prescindiendo de esta disgrésion, resulta que el marido continua siendo el *dueño* de los bienes gananciales, pero *en menor cantidad* que lo era antes; porque antes de la reforma, el marido compraba, vendía, permutaba, hipotecaba, cancelaba, en suma, disponía y gravaba, sin más limitaciones que la de no ocasionar con sus actos un perjuicio o fraude a la mujer o sus herederos. Poco más o menos que lo que ocurre ahora, conforme a lo establecido en ese último párrafo del art. 1.413. Pero, como decimos antes, para que las cosas continúen como estaban no hay necesidad de reformar.

Es cierto, completamente cierto, que las leyes no pueden ser un producto de la mente, de perfección teórica, sino que han de acomodarse a la realidad vital de la nación de que se trata en un momento determinado de su historia. Pero no lo es menos que sólo desde un punto de vista crítico podemos entrar en la necesidad o conveniencia de la reforma o en su acierto. Nuestra opinión personalísima, derivada de los datos que la experiencia profesional nos van proporcionando, es contraria a ella; pero desde el punto de vista del derecho positivo, hemos de supeditarla al imperativo mandato del legislador, y tomando al mismo por base, hemos de razonar:

El consentimiento de la mujer que impone el art. 1.413, re-

quiere como presupuestos de hecho de su aplicación los siguientes:

- A) Actos de disposición, sobre
- B) Inmuebles.

A los efectos de estas notas, los demás requisitos no interesan. Discurremos sobre ellos:

A) *Actos de disposición*.—¿Lo es la cancelación de una hipoteca?

El problema está intimamente unido al de la consideración de la hipoteca como un derecho accesorio al de crédito o no. No puedo tratarlo aquí extensamente, porque excedería de los límites y concreción que quiero imprimir a estas cuartillas. Lo cierto es que, si bien la doctrina tradicional estimaba la hipoteca, como derecho real de garantía que es, como accesorio del de crédito que garantiza, hoy día ni en la doctrina, ni en el articulado de la legislación hipotecaria, ni en la interpretación jurisprudencial, está claro este absoluto carácter de accesoriedad.

La doctrina (y tomamos como ejemplo el trabajo del propio Lacal, *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*, «Revista de Derecho Privado», núm. 392, pág. 936), nos llega a decir que «la hipoteca en todos los supuestos es sustantiva, pues no vive sometida a la obligación personal. Por el contrario, es ésta la que se convierte en elemento accesorio y dependiente de aquélla». La Ley y el Reglamento hipotecario, al dar acceso al Registro al derecho real de hipoteca, con independencia de las vicisitudes del crédito, hasta el punto que, una vez inscrita, nace y muere, no cuando se extingue el crédito, sino cuando se cancela la inscripción en el Registro, respecto a terceros, da vida propia al derecho real vida autónoma e independiente. La Dirección General de los Registros, basada en los preceptos legales y reglamentarios, llega a declarar que la cancelación es acto de desprendimiento de derechos, siendo cosas distintas la facultad para cobrar crédito garantido con hipoteca y la facultad para consentir la cancelación de ésta, para la cual se necesita capacidad para disponer (Resolución de 22 de julio de 1936).

Pues bien: en principio parece ser que ni don Pedro ni mi

compañero Lacal van teniendo razón por ahora; porque don Pedro tenía facultades indudables para cobrar el crédito, pero no parece que las tuviera tan claras para proceder a la cancelación de la hipoteca.

Y volvemos a preguntar: ¿Es la cancelación un acto de disposición? Creo que la contestación no puede ser más que afirmativa. Cancelar es «anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza», y también «borrar de la memoria, abolir, derogar». Esta en su significación gramatical. Jurídicamente nos dice, por ejemplo, Roca Sastre: «La cancelación es un asiento accesorio y definitivo, por el cual se extingue un asiento anterior, y a consecuencia del cual se presume extinguido el derecho a que se refería el asiento cancelado.» Y antes de esto: «La vida o subsistencia del derecho inscrito es, pues, en cierta manera, independiente de la cancelación del asiento que lo publica. Frecuentemente la cancelación se operará a consecuencia de haberse extinguido el derecho registrado, pero los efectos de la cancelación se producen con independencia de si tal derecho se ha extinguido o no en la realidad jurídica...» «Cancelar, en el orden hipotecario, es dejar sin efecto un asiento. Equivale a destruir o aniquilar un determinado contenido registral.» ¿Para qué más? En las líneas anteriores encontramos las siguientes palabras referidas al concepto y contenido de la cancelación: anular, hacer ineficaz, abolir, derogar, extinguir, destruir, aniquilar... En suma, disponer.

Quien cancela, dispone. Dispone de lo que antes tenía; y por su declaración de voluntad de cancelar, se desapodera, se desprende, como decía la Dirección General de los Registros, de un derecho, de un algo que antes le pertenecía; de un derecho, de un algo que antes estaba en su patrimonio, y que por el hecho de la cancelación ha dejado de existir en el mismo. Y no podemos negar que, aunque se admitiese a ojos cerrados el carácter accesorio de la hipoteca en relación con el crédito que se garantiza, la extinción del crédito tiene una vida propia e independiente de la extinción de la garantía hipotecaria. No muere en el Registro un asiento de inscripción de hipoteca porque el acreedor diga que ha cobrado, si no va unida a esa declaración otra de con-

tenido positivo, la de que consiente en que la cancelación se practique.

Por tanto, el acreedor hipotecario que emite esta declaración de voluntad extintiva de un derecho que antes le pertenecía, *dispone* de ese derecho, realiza un *acto de disposición*.

Coincidimos, en la apreciación anterior, con la Academia Granadina del Notariado, la que en un trabajo comprendido en su Boletín de junio de 1958, entiende comprendidos dentro del concepto de actos de disposición: la enajenación, el gravamen, la renuncia y la *cancelación*.

Por esta parte, pues, como decíamos antes, no tiene razón don Pedro, sino doña Juliana, a pesar de que en el caso que hemos relatado ésta se produzca en su pensamiento con los calores de su resentimiento; pero hay muchas otras *Doñas Julianas* que tienen razón más que sobrada para pensar así, por ser las víctimas de un marido poco consciente de sus deberes.

B) Que el acto de disposición lo sea sobre *inmuebles*. ¿Qué quiere decir el Código cuando emplea esta palabra?

Aquí si que hemos de acudir forzosamente al mismo Código, porque la acepción gramatical del adjetivo «inmueble», aunque también pueda utilizarse como sustantivo, por abreviatura de la locución «cosa o bien inmueble», se remite por la Academia a su pura significación jurídica. Y el art. 346 nos dice que «cuando por disposición de la ley, o por declaración individual, se use la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidos en ella, respectivamente, los numerados en el capítulo I y en el capítulo II». Y en el capítulo I, en su primero y único artículo, el 334, nos dice: «Son bienes inmuebles: «... 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás *derechos reales sobre bienes inmuebles*». Concepto éste repetido en la propia definición de la hipoteca y en la admisión para su inscripción en el Registro de la Propiedad, porque, bien sabido lo tenemos, sólo pueden ser objeto de inscripción los títulos traslativos y declarativos de dominio de los *inmuebles* o de los *derechos reales impuestos sobre los mismos* (art. 2.º de la Ley Hipotecaria).

Pues bien, si el derecho real de hipoteca tiene la considera-

ción de inmueble, si su cancelación es un acto de disposición, podemos ya concluir, sin temor a errar la interpretación, que cuando el derecho real de hipoteca tenga la consideración de bien ganancial, para cancelarlo, es necesario, conforme al art. 1.413 del Código civil, que al marido, titular y dueño del dinero que cobre, le preste su consentimiento la mujer.

¿Que parece un contrasentido? Pues sí; pero recordemos otro no menor, y que parece ser que por nadie se discute: que para cancelar un crédito hipotecario ya cobrado, titularizado en unos menores de edad, el padre o madre que tenga la patria potestad ha de recabar la autorización judicial. Porque ésta, que pudiera pensarse era precisa para evitar que un padre poco escrupuloso cobrara el crédito y se lo gastase alegremente, sin beneficio para los hijos, cosa que impediría la autoridad tuitiva del Juez, siguiendo requisito preciso, aunque el crédito estuviera ya pagado con anterioridad a titularizarse en los menores, por ejemplo por haberlo adquirido éstos por herencia de un causante que lo tuviera ya cobrado; y entonces parecería lógico que al exigir el deudor que se cancelara lo que ya no tenía razón de subsistir, bastase la simple representación del padre o madre para cancelar, sin necesidad de la autorización judicial.

Queda, pues, apuntada mi posición, que la creo acertada; pero ante la imprecisión legislativa, cualquiera otra pudiera serlo; porque estamos en un caso semejante al de aquel del cuento que González Palomino nos relataba en uno de sus amenos e interesantes trabajos (*Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar*, «Anales», tomo II): «Es que para este caso, el jefe tiene siete soluciones distintas.» Pues el jefe nuestro, que somos cada uno de los que hemos tenido que enfrentarnos con el problema, lo ha resuelto así:

A) No exigiendo el consentimiento de la mujer, en ningún caso.

B) Exigiéndolo, en todos.

C) Exigiéndolo solamente en aquellos supuestos de cancelación de hipotecas que se constituyeron después del 15 de mayo de 1958, fecha de entrada en vigor de la ley de reforma.

D) Exigiéndolo solamente en aquellos supuestos en que el vencimiento de la hipoteca era posterior a la fecha de entrada en vigor de la ley, pero no a las hipotecas que, vencidas antes, se pretenda su cancelación con posterioridad.

Y otras soluciones, más o menos justificadas, que, como se solía decir en las crónicas de sociedad, sentimos no recordar.

Cada uno defiende su tesis con razones más o menos convincentes, cosa que suele ocurrir siempre que una ley venga a derrocar con carácter particularista, o sea basándose en casos de excepción, un principio general que se mantiene, a pesar de todo, intangible.

En fin, mi criterio de que en todo caso debe exigirse ese consentimiento, quizá sea el más incómodo; y aunque personalmente tienda a interpretar las leyes con suficiente elasticidad para evitar la *summa iniuria* que representa el *summum ius*, en este caso que he tratado a vuelta pluma, debo decirle a mi querido compañero Pascual Lacal: Su solución es muy humana, pero, a mi entender, no ajustada al Derecho positivo: *Dura lex, sed lex.*

MIGUEL BORRACHERO.

Notario.