

LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Colaborador honorario del Departamento de
Derecho Civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ASPECTO HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO.—2. POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL *INTER VIVOS* EN EL ORIGINARIO ART. 138 LH. REFUTACIÓN DE LAS OPINIONES CONTRARIAS.—3. FUNDAMENTACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR HIPOTECA POR ACTO UNILATERAL *INTER VIVOS*.—4. SU CONSAGRACIÓN EN EL VIGENTE ART. 141 LH. SE RECHAZA LA TEORÍA DE LA «DISOCIACIÓN DE OFERTA Y ACEPTACIÓN».—5. CONFIGURACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL: EL SUPUESTO GENERAL DEL ART. 141 LH: A) El requerimiento del 141.2 LH. B) La «aceptación» y su constancia registral; carácter de ésta. C) Efectos en el estadio intermedio: aspecto activo; aspecto registral.—6. SUPUESTOS PARTICULARES DE HIPOTECAS UNILATERALMENTE CONSTITUIDAS: A) Hipoteca en garantía de títulos-valores. B) Hipoteca testamentaria. C) Hipotecas legales: por razón de patria potestad y tutela, y en garantía de reservas legales.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ASPECTO HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO

En línea de principio es posible concebir la constitución de hipoteca voluntaria tanto a través de contrato como de negocio jurídico unilateral. Nosotros vamos a ocuparnos, en este trabajo, de la última de las posibilidades apuntadas, que puede ser definida como aquella en cuyo origen se encuentra un negocio jurídico en que no hay más parte que el disponente, es decir, que está inte-

grado por su sola voluntad. ¿Es admisible esta figura en nuestro Ordenamiento, particularmente en su modalidad *inter vivos*? ¿Cuál es, en su caso, su configuración?

Iniciaremos este estudio intentando hacer un esbozo de lo que ha sido el devenir histórico de esta figura, desde su aparición hasta el momento presente. En este sentido, vemos que en España no es sino a partir de la promulgación, en 1861, de la primera Ley Hipotecaria cuando, por obra de su artículo 138, comienza a plantearse la cuestión, en el supuesto de que el negocio constitutivo unilateral lo fuera por acto *inter vivos*.

Con anterioridad a la misma la situación era clara al respecto, pues los precedentes legislativos, que arrancaban del Derecho romano, se mantenían a lo largo de todo el Derecho Intermedio, y recibían expresa acogida en el Proyecto de Código civil de García Goyena, pocos años antes de la promulgación de la Ley Hipotecaria, afirmaban que «la hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato»¹. Y, así las cosas, la modificación de esta situación no parece que entrara en las intenciones de la Comisión redactora de la Ley, a tenor de lo declarado en la Exposición de Motivos de la misma. En ésta, aun cuando en un primer momento se afirmaba genéricamente que la Ley Hipotecaria «cambia profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas», y que «casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto a ellas sufren, en mayor o menor escala, cambios importantes», los diversos pasajes de la misma que, de modo específico, se refieren a constitución de las hipotecas voluntarias más bien parecen inclinarse en la dirección contraria, haciendo pensar, como afirma Chamorro, que fue éste uno de los pocos puntos que no sufrieron modificación².

Fueron, por tanto, únicamente los términos en que aparecía redactado ese artículo —cuyo número y texto se mantienen prácticamente inalterados hasta nuestros días: «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan»— los que hicieron surgir la polémica³.

En esta situación, el impreciso laconismo de los términos de ese segundo inciso del art. 138 LH llevó a los primeros comentaristas de la LH a interpretarlo, casi sin excepción, a la luz de los postulados propios de la realidad anterior, esto es, concluyendo que aludía exclusivamente a las hipotecas impuestas en acto de

¹ Art. 1.791 del Proyecto de 1851.

² CHAMORRO PIÑERO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ*, 1943, p. 11.

³ Para una exposición más detallada en este punto, cfr. CHAMORRO, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

última voluntad⁴. Solamente Pantoja y Lloret admitía, apoyado en esta segunda parte del precepto, la constitución de hipoteca voluntaria, además de por testamento, «por cualquier acto *inter vivos* en que no haya más parte que la del que constituye la hipoteca»⁵.

Pronto, sin embargo, se vio alterado este panorama, fundamentalmente por obra de la DGRN, que, tras unas breves vacilaciones iniciales, en su R. de 25-6-1877 afirmó de forma clara y sin ambages que «según la doctrina del 138 LH las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyan, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen».

Se reconocía así expresamente, al menos —en contra de la opinión de los comentaristas de la primera época—, la innovación que esta segunda parte del precepto significaba en el plano legislativo, novedad que desde entonces, y casi sin excepción, será reconocida por todos, tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial (fundamentalmente de la DGRN), sin que la STS 4-10-1915 —en la que se negaba que la hipoteca inscrita por acto unilateral tuviera eficacia jurídica e incluso que adquiriese rango antes de la registración de la aceptación— fuera, como apunta Albaladejo, más que un tropiezo que se salvó prontamente, aunque esto sin perjuicio de los profundos desacuerdos en cuanto a su significación y alcance. Aquella Resolución significó el inicio de una corriente en la interpretación de esta norma favorable a la admisión de la modalidad unilateral de constitución de hipotecas que sería luego seguida por otras muchas: RR 29-12-1880, 27-8-1883, 27-10-1892, 31-8-1893, 28-11-1893, 6-9-1912, 15-12-1953, etcétera.

Por otra parte, esta decidida postura de la DGRN llevó a la doctrina a un giro radical respecto a la interpretación dada por los primeros comentaristas, afirmándose ahora la validez —y, consecuencia de ésta, la inscribibilidad en el Registro— de las hipotecas constituidas por un sujeto sobre sus bienes sin contar con el consentimiento del acreedor. Si bien que no con la formulación pura de aquélla pues, mediatizados por el principio que afirma que nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad⁶,

⁴ En este sentido se pronuncian GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Ley Hipotecaria*, 1861, p. 26; PÉREZ PEDRERO y SIDRO MURGA, *Repertorio de Legislación Hipotecaria de España*, 1861, t. II, p. 301; SOLER Y CASTELLÓ, *Tratado completo de legislación hipotecaria*, 1882, p. 422; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 1881, t. II, p. 438. Esta opinión fue sostenida más tarde por MANRESA e incluso por GAYOSO, *Nociones de Legislación Hipotecaria* (1918).

⁵ *Ley Hipotecaria*, 1861, p. 307.

⁶ *Digesto*, 50.17.69 y 39.5.19.2.

y por el criterio adoptado por el RH de 1870 en su art. 112⁷ —«Cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal»—, se consideró, generalizando el criterio reglamentario aunque los favorecidos no fueran esos concretos sujetos, que estas hipotecas adquirirían el carácter de condicionales, consistiendo la condición en que fueran aceptadas por el acreedor y esto se hiciera constar en el Registro. Mientras no se cumpliera la condición, y puesto que la eficacia de estas hipotecas dependía de ello, no favorecerían ni perjudicarían a las personas a cuyo favor resultarían inscritas⁸.

Galindo y Escosura, y también, aunque de forma menos clara, Barrachina, discrepaban sin embargo —contrariamente a lo que suele afirmarse— de este planteamiento, limitando el carácter condicional a los concretos supuestos del art. 112.2 RH (1870), sin extenderlo a otros⁹.

La promulgación, en 1889, del Código civil no sirvió para aclarar la situación. Este, que, como apunta Chamorro, era el llamado a regular las formas o modalidades de constitución de la hipoteca, pasó por alto la cuestión y se limitó a remitir a «las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente» en «lo relativo a su constitución» (art. 1.880 C.c.), dejando el problema, por tanto, en la misma situación en que estaba. Por esta razón pudo afirmar la DGRN en su R. de 31-8-1893 que «ninguna alteración ha introducido el Código civil en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria de que las hipotecas voluntarias nacen de la convención entre partes, esto es, del contrato, o son impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen, o lo que es igual, son resultado de un acto unilateral». Continuaba en ella la DGRN afirmando, además, que los preceptos del C.c. reguladores de los contratos serían aplicables a la hipoteca cuando ésta debiera al contrato su existencia, pero que cuando era manifestación de la libertad del propietario que quería gravar su finca en uso de un derecho indisputable no había por qué subordinar la virtualidad y eficacia de ésta a reglas sólo pertinentes tratándose del hecho jurídico contrato. Por esta razón —según—, «aun de haber innovado el Código nuestro anterior

⁷ Literalmente coincidente con éste será, más tarde, el art. 197 del RH de 1915.

⁸ MORELL, *Legislación Hipotecaria*, 1918, pp. 181 y ss.; ARAGONÉS, *Compendio de legislación hipotecaria*, 1911, t. III, pp. 202 y 209; CAMPUZANO, *Legislación hipotecaria*, 1911, pp. 506 y 507.

⁹ *Legislación hipotecaria*, 1891, p. 323, y *Derecho hipotecario y notarial*, 1911, pp. 209 y 210, respectivamente.

derecho civil en materia de obligaciones, no podía influir el cambio en la doctrina por este Centro sentada en su Resolución de 25 de junio de 1877, en la que, prescindiéndose del aspecto contractual que puede ofrecer la hipoteca, fijáronse los requisitos que presiden su aparición cuando es debida a la mera y simple potestad dominical¹⁰.

Tampoco la reforma de la LH en 1909 —orientada fundamentalmente a concordar ésta con el Código civil— se ocupó de este punto.

Rechazada, sin embargo, por razones que ahora no procede que nos detengamos a considerar, la dicha teoría de la hipoteca sometida a condición suspensiva, acudió la doctrina a una explicación distinta de la figura, sobre la base de una muy acentuada influencia germánica. Así, en opinión de algunos autores¹¹ había de afirmarse categóricamente la necesidad de acuerdo entre concedente y beneficiario para el nacimiento de la hipoteca. Lo cual no era, sin embargo, obstáculo para admitir la inscripción previa del acto unilateral de aquél, como simple manifestación del principio de consentimiento formal: basta, conforme a éste, la voluntad del que en los libros del Registro aparece como propietario para verificar la inscripción, aun cuando el acuerdo entre las partes no haya tenido lugar aún¹². Se considera que «el titular inscrito es dueño y señor de su asiento, y puede hacer, por su sola voluntad y sin necesidad de demostrar que ha sobrevenido una modificación en la realidad jurídica, que el registrador consigne en los folios de su finca un cambio»¹³.

Sólo cuando el acuerdo se haya celebrado nacerá la hipoteca —rectificándose además, de este modo, la inexactitud registral provocada por aquel asiento, al publicar como existente un derecho que no existía en la realidad—, pero entonces lo hará con el rango correspondiente a su inscripción en el Registro, y sin necesidad de acudir a mecanismos de retroacción: aquel asiento produce, en el tiempo que media entre la inscripción y la cancelación o el acuerdo, importantes efectos, como son el de legitimación, fe pública registral y, sobre todo, prioridad.

¹⁰ En este sentido, señala CHAMORRO que su colocación en el libro IV del Código civil («De las obligaciones y contratos») no debe considerarse, en contra del parecer de GAYOSO, como un obstáculo, al igual que no lo es para la forma testamentaria.

¹¹ D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Principios hipotecarios», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* (1948), pp. 412 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF (1936) pp. 169 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación hipotecaria* (1941), t. II, pp. 76 y ss.

¹² En este sentido parece pronunciarse la R. 31-7-1928, aunque nos parece que se trata de una afirmación que no tiene carácter de *ratio decidendi* del supuesto.

¹³ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, p. 50.

Hay que incluir aquí, además, la teoría de la reserva de rango, procedente, al igual que la anterior, del Derecho alemán. Según ésta, la inscripción de la declaración de voluntad del disponente atribuye un puesto, una prioridad, a una hipoteca de constitución futura, que nacerá, necesariamente, del acuerdo entre concedente y beneficiario, en cuyo caso la reserva se transforma en auténtica hipoteca. Aunque presenta similitudes con la institución del consentimiento formal, pueden no obstante apreciarse algunas diferencias: así, la reserva de rango del Derecho alemán, que asegura eficazmente frente a otras anteriores la preferencia de una hipoteca que se constituye después, es ineficaz en cambio frente a los acreedores no hipotecarios del dueño del inmueble, que podrán hacer efectivos sobre éste sus créditos por la vía ejecutiva, puesto que el embargo de la misma impide que la reserva se utilice con quebranto de sus intereses ¹⁴.

Se trata, en definitiva, como afirma Roca Sastre, de intentos de trasplantar a nuestro sistema el principio de consentimiento formal y la institución de la reserva de rango alemanes, aplicados a la constitución de hipotecas.

Poco tiempo después aparecen las dos últimas teorías elaboradas antes de la reforma de 1944-46, favorables ambas a la constitución unilateral de la hipoteca.

La primera, sostenida por Roca Sastre, admite que la hipoteca se constituye por negocio unilateral del disponente, si bien precisa, para su adquisición por el favorecido, registrar la aceptación de éste, que viene configurada como *conditio iuris* ¹⁵.

¹⁴ WOLFF, *Derecho de Cosas* I.43. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. esp. 1929. Resulta discutible, sin embargo, la opinión —muy extendida, por otra parte— de quienes atribuyen a PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER la introducción en España de esta teoría. Esta creencia, a nuestro juicio, se basa únicamente en la frase empleada por dichos autores en la p. 218 de sus Anotaciones a WOLFF: «la inscripción de ésta (la hipoteca) en virtud de acto unilateral del dueño entraña *algo así como una reserva de rango...*». No reparan, sin embargo, en las palabras con que continúan la misma frase transcrita —«*sobre la diferencia entre este supuesto y la auténtica reserva de rango...*»— o en lo indicado en la p. 328 cuando, refiriéndose al art. 138 LH, afirman que «*cualquiera que sea el alcance que se dé a estos preceptos y a las combinaciones que quepan a su amparo, no coinciden plenamente con la auténtica figura de la reserva de rango*». Téngase en cuenta, además, que en la p. 171 afirman «suscribir totalmente» las consideraciones de Jerónimo GONZÁLEZ en este punto, que, como hemos visto, son las del consentimiento formal: el acto unilateral es inscribible como simple manifestación del principio de consentimiento formal, pero siendo así que esto resulta suficiente para asegurar al derecho de hipoteca —que nacería solamente con el acuerdo— el rango correspondiente a su inscripción en el Registro. ¿Acaso no es esto, en términos coloquiales, «reservar el rango»? En nuestra opinión, al hablar de «reservar el rango», PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER no hacen sino expresar en términos vulgares, el efecto principal que aparece conectado a esa inscripción fruto del consentimiento formal, pero sin aludir en modo alguno a la institución alemana del mismo nombre.

¹⁵ *Derecho Hipotecario*, 1941, pp. 186 y ss.

La otra, defendida por Chamorro Piñero, considera que basta el negocio unilateral del hipotecante, no sólo para constituir la hipoteca, sino incluso para hacerla adquirir, sin más, por el beneficiario¹⁶.

Se llega así, en consecuencia, a los instantes previos a la última reforma habida de la Ley Hipotecaria con una situación caracterizada, para decirlo en palabras de Chamorro, tanto por «el unánime reconocimiento de la innovación legislativa» que ese inciso segundo del art. 138 LH suponía, como por «el absoluto desacuerdo al tratar de precisar su alcance, lo mismo en orden a las posibles formas del acto unilateral —*inter vivos*, *mortis causa*, o de ambas especies— que a la eficacia que, en definitiva, haya de atribuirse a dicho acto de constitución»¹⁷.

En este sentido, la situación puede resumirse agrupando las diversas teorías habidas del modo siguiente. De un lado, las que admiten la constitución de la hipoteca a través de acto unilateral del disponente, con las siguientes variantes: teoría de la hipoteca sometida a condición suspensiva, la apuntada por Roca Sastre, y la defendida por Chamorro. De otro, las que niegan esta posibilidad, siendo preciso volver aquí a distinguir: la de los primeros comentaristas, que, negando toda virtualidad innovadora a ese segundo inciso del precepto, consideraban que hacía referencia, en consonancia con lo que había sido la situación anterior a la Ley Hipotecaria, a las hipotecas establecidas en acto de última voluntad; y la de los que, reconociendo la novedad que ese precepto suponía, circunscribían sin embargo su operatividad al campo meramente formal, negándole toda eficacia sustantiva: teoría del consentimiento formal y de la reserva de rango.

En este estado de cosas, la reforma de 1944-46 vino a significar, en opinión casi unánime de la doctrina —las voces que discrepan de este parecer tienen hoy un marcado carácter excepcional¹⁸—, la explícita confirmación de esta posibilidad de constituir hipoteca voluntaria mediante negocio jurídico unilateral e *inter vivos* del disponente: art. 141 LH. Y es que si bien esta figura, como afirma Roca Sastre, tenía de antiguo el favor de la ley —art. 138 LH—, no había sido desenvuelta normativamente en forma tal que ello fuese evidente¹⁹.

Subsiste, sin embargo, el desacuerdo en cuanto al modo como se configura este supuesto, planteándose el debate en torno a la siguiente alternativa: de un lado los que, admitiendo la constitu-

¹⁶ *El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral*, RGLJ, 1943.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁸ Señaladamente LACRUZ, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE y ZUMALACÁRREGUI; nos ocupamos de ellos más adelante.

¹⁹ *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 591.

ción de hipoteca por acto unilateral del dueño de los bienes, se paran este momento del de su adquisición por el favorecido, exigiéndose para ello la aceptación registrada de éste²⁰; de otro, la construcción defendida por Albaladejo, para quien si bien el negocio jurídico unilateral es la base fundamental de la figura que estamos estudiando, éste no debe entenderse que basta, por sí solo, para hacerla nacer, sino que se requiere para ello la aceptación registrada del favorecido, la cual, no obstante, no forma parte del negocio constitutivo sino que viene concebida como una *conditio iuris* del mismo²¹.

Estas diversas posibilidades que en cuanto al modo de constituir hipoteca voluntaria se han ido barajando en España desde la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1861, encuentran generalmente paralelo en el Derecho comparado, si bien esto no significa que en estos países se hayan seguido caminos similares en este punto, ni que se haya llegado a conclusiones idénticas.

Atendiendo a los principales sistemas de nuestro entorno —Alemania, Italia, Francia— podemos apreciar, hasta la promulgación del C.c. italiano de 1942, una singular coincidencia en cuanto a la exigencia de convenio para la constitución de hipoteca: § 873 BGB; arts. 1.919, 1.978 y 1.989 del Código civil italiano de 1865; art. 2.117 Code civil francés.

Ni en Italia ni en Francia, sin embargo, hubo obstáculos, a pesar de ello, para admitir la inscripción del acto unilateral del disponente, considerándose casi unánimemente que la aceptación del favorecido podía resultar válidamente de un acto posterior, incluso en forma tácita²². En Alemania, el acuerdo real entre concedente y adquirente es, como hemos dicho, indispensable para la constitución de la hipoteca. La mayor riqueza, no obstante, de su Derecho Inmobiliario posibilita una más amplia gama de formas hipotecarias —consentimiento formal, reserva de rango, deuda inmobiliaria de propietario—, algunas de las cuales ya hemos visto que han pretendido ser trasplantadas a nuestro Ordenamiento.

Interesa subrayar, llegado este punto, el curioso fenómeno, puesto de relieve por Chamorro, de que «son los países latinos, en cuyas legislaciones falta toda regulación sistemática del consentimiento formal, los que más lejos han llevado la voluntad del

²⁰ Es la postura sostenida, ya antes de la reforma, por ROCA SASTRE, que ha sido después seguida por la mayoría de los autores: SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO, DE CASSO, ESPÍN, etc.

²¹ *La hipoteca unilateral*, ADC, 1950.

²² VITA-LEVI, «Del'ipoteca costituita con un atto unilaterale», *Archivio giuridico*, 1881; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, 1929, p. 761; y los siguientes autores citados por BIANCHI (*Delle ipoteche*, 1914, I, pp. 444 y ss.; II, p. 102): PACIFICI-MAZZONI, POCHINTESTA, MIRABELLI, MELUCCI y RICCI. Entre los franceses, BAUDRY-LACANTINERIE y AUBRY ET RAU, *Droit civil français*, III, pp. 464 y ss.

dueño de los bienes en orden a la constitución del derecho de hipoteca»²³. Hasta el punto de que en Italia, al considerarse como aceptación tácita y suficiente el hecho de «aprovecharse» de la hipoteca, por ejemplo, instando su ejecución, se ha llegado subrepticamente a una verdadera creación unilateral del derecho de hipoteca: admitir esa aceptación no supone, en realidad, más que prescindir en absoluto de ella, pues no es posible presentar éso como aceptación contractual de una oferta de hipoteca.

La llegada, sin embargo, en 1942, del nuevo Código civil italiano supone una ruptura en este panorama, al establecer en su art. 2.821.1 que «*l'ipoteca può essere concessa anche mediante dichiarazione unilaterale*». Con esto queda resuelta en Italia, en sentido afirmativo, la posibilidad, ya apuntada por algunos incluso bajo el C.c. de 1865²⁴, de conceder hipoteca mediante declaración unilateral del propietario²⁵.

2. POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCIÓN UNILATERAL *INTER VIVOS* EN EL ORIGINARIO ART. 138 LH. REFUTACIÓN DE LAS OPINIONES CONTRARIAS

Una vez planteado el tema y señalada, en líneas generales, la evolución seguida en su tratamiento tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, procede pasar ya a un estudio más detenido del mismo; estudio que debe comenzar por plantear si, hoy por hoy, esta figura de la hipoteca unilateral tiene cabida en nuestro Ordenamiento. Hemos dicho ya que, tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46, la doctrina se muestra casi unánimemente favorable a ella, teniendo las voces discrepantes un marcado carácter excepcional; son, por tanto, anteriores a aquélla las teorías contrarias que en su día gozaron de predicamento, pero, aun así, resulta imprescindible que nos detengamos en este punto, como premisa que constituye del trabajo, a fin de dejar establecidas las ideas capitales al respecto.

Y para ello, para demostrar la posibilidad de esta hipoteca, tomaremos como punto de partida las reflexiones hechas por Cha-

²³ *Op. cit.*, pp. 149 y 150.

²⁴ COVIELLO, *Ipoteche*, pp. 139-141 y 491, y CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1918, II, pp. 35 y ss.

²⁵ Cfr., para una visión general de la situación actual en ese país, BOERO, *Le ipoteche*, 1984, pp. 329 y ss., y autores allí citados. Esta circunstancia, en opinión de ROCA SASTRE, ejerció una influencia fundamental en el desenvolvimiento y consagración en nuestro país, por obra de la reforma de 1944-46, de la figura que estamos estudiando.

morro sobre el art. 138 de la ley, único que con anterioridad a la reforma —cuando él escribía— parecía ocuparse del tema.

En este sentido, señala el autor²⁶ que ese precepto es susceptible de ser interpretado de las formas siguientes:

En primer lugar considerando, en el límite extremo de la interpretación restrictiva, que el art. 138 LH, «más bien que a dos modalidades —bilateral y unilateral— de constitución de la hipoteca voluntaria, quiso aludir solamente a dos procesos distintos de su creación bilateral»²⁷: la alternativa consistiría en la posibilidad de que las partes celebren el contrato primero y después inscriban (es el supuesto habitual), o bien que el dueño inscriba primero y las partes convengan más tarde.

Centrándonos en esta última solución, todavía podemos distinguir dos variantes:

a) Ese asiento, aun careciendo de entidad sustantiva —esto es, en orden a la constitución de la hipoteca—, produce los efectos derivados del principio de prioridad, asegurando un determinado rango en favor del inscrito como titular si el derecho llega a nacer —para lo cual, repetimos, es indispensable el acuerdo—. Aquí pueden encuadrarse, de forma más o menos inmediata, tanto la teoría del consentimiento formal como la de la reserva de rango. E incluso la que podríamos denominar de la «disociación de oferta y aceptación», aunque de ella, por ser posterior a la última reforma y apoyarse fundamentalmente en el art. 141 de la ley vigente, nos ocuparemos más adelante²⁸.

b) Ese asiento es totalmente ineficaz, tanto en el plano sustantivo como en el registral, es decir, a los efectos de prioridad. Es una simple posibilidad de invertir el orden «normal» de ese doble elemento que en cuanto a su constitución caracteriza a la hipoteca —negocio hipotecario e inscripción—, haciendo que la inscripción preceda al acuerdo.

En rigor, sin embargo, esta primera interpretación no puede admitirse. Y esto porque pugna abiertamente con la redacción del precepto, en el que, en un plano de absoluta igualdad —«Son hipotecas voluntarias...»—, se contraponen (evidenciado esto por el empleo de la conjunción disyuntiva «...o...») esos dos términos —las convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan—, vedando así aque-

²⁶ *Op. cit.*, pp. 14-16.

²⁷ *Op. cit.*, p. 14.

²⁸ La idea de esta teoría puede resumirse diciendo que, para ella, la pretendida hipoteca unilateral no es sino la posibilidad de disociar los dos elementos consensuales —oferta y aceptación, esenciales ambos— del negocio de constitución de hipoteca —contrato, indefectiblemente—, permitiéndose su reflejo registral en el orden temporal en que se produjeron. El efecto pretendido —la constitución de la hipoteca—, por su parte, aunque precisa del acuerdo para producirse, se retrotrae al tiempo en que la oferta fue inscrita, por disposición de la Ley.

lla interpretación que, por atribuir a ambos una misma naturaleza —evidentemente convencional—, supondría una redundancia inadmisibles, de tal modo que habría bastado con el primer inciso del precepto.

Es cierto que, en la primera de las dos variantes señaladas, nos encontramos con una modalidad particular caracterizada por el hecho de que, no obstante exigir para el nacimiento de la hipoteca el acuerdo entre las partes, permite gozar al derecho, cuando nazca, de un rango anterior al que le correspondería por el tiempo de su constitución. Pero esto no basta, sin embargo, a nuestro juicio, para justificar esta interpretación, pues se trata simplemente de una peculiaridad de orden secundario, atinente al grado de la hipoteca, que no casa con la densidad sustantiva del precepto, ocupado de los modos de constitución del derecho ²⁹.

En cuanto a la segunda variante, el rechazo se presenta aún más claro, pues, además de incurrir en la redundancia señalada, se trata de una posibilidad absurda que no sirve para nada, que carece de toda repercusión práctica. Y lo absurdo no debe admitirse.

Una segunda interpretación llevaría a considerar que, con el 138 LH, el legislador no habría pretendido sino «dar una definición suficientemente amplia como para abarcar las diversas formas en que la hipoteca voluntaria pudiera ser constituida según Derecho, no el hipotecario sino el civil», pero sin que esto permita concluir que se decidió directamente sobre «la admisión de todas las modalidades de constitución que quepan dentro de su elástica fórmula, por estar incluidas en el ámbito del acto de disposición del dueño» ³⁰. En abono de esta interpretación, continúa Chamorro, podría argüirse que según la Ley Hipotecaria, dictada fundamentalmente para terceros, todos los derechos reales se constituyen fuera del Registro, sin que el de hipoteca fuera todavía una excepción en las primeras leyes (recuérdese que el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca es una cuestión que surge como consecuencia de la promulgación, en 1889, del Código civil, art. 1.875), por lo que debió considerar como cuestión ajena a sus preceptos el problema del nacimiento de la hipoteca y, por lo mismo, el de las posibles modalidades de su creación.

²⁹ En este sentido ROCA SASTRE, refiriéndose a la teoría del consentimiento formal, afirma que «en rigor, esta teoría no podía fundarse en el contenido del artículo 138 LH, pues éste... no autoriza un consentimiento meramente formal, o sea, dirigido exclusivamente a la extensión de un asiento, sino que se refiere a un consentimiento sustantivo o material, o sea, encaminado a constituir la hipoteca». Análogamente, en relación con la reserva de rango apunta que «esta opinión carece de base suficiente en que fundamentarla. Las palabras del 138 enfilan el problema hacia un acto dispositivo de constitución de hipoteca, y no a una simple reserva de rango vacía de acto dispositivo». (*Derecho Hipotecario*, IV. 1, pp. 594 y 595, respectivamente.)

³⁰ CHAMORRO, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

Tampoco puede, sin embargo, admitirse esta segunda interpretación, ya que incurriría en una redundancia análoga (aunque de sentido inverso) a la denunciada en relación con la anterior, pues, como dice Roca Sastre, «tanto las hipotecas convenidas como las impuestas por voluntad unilateral del dueño son negocios de disposición»³¹. Así, de haber existido tal propósito, el legislador «se habría limitado indudablemente al segundo inciso, con el que habría bastado, toda vez que la mención especial de la hipoteca convencional apenas se explicaría como un rutinario tributo rendido a su tradicional denominación»³². Pueden, por tanto, reproducirse aquí las consideraciones hechas más arriba: no es posible contraponer esos términos del modo en que lo hace el art. 138 LH, cuando uno de ellos es susceptible de ser englobado en el otro³³.

Cabe pensar, por último, que el inciso segundo del art. 138 LH afirmaba solamente la admisión de la testamentaria³⁴ como forma posible, junto al contrato, de constitución de hipoteca. En efecto, este precepto, comprensivo de las hipotecas voluntarias —es decir, aquéllas cuyo nacimiento tiene lugar voluntariamente, en virtud de negocio jurídico—, presenta dos términos: las convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen. Y, en relación con la hipoteca testamentaria —cuya vigencia en nuestro Derecho queda fuera de toda duda, a pesar de su limitada relevancia práctica hoy día³⁵—,

³¹ *Derecho Hipotecario*, 1941, p. 185.

³² CHAMORRO, *op. cit.*, p. 16.

³³ La otra razón apuntada por CHAMORRO (*op. et loc. cit.*) en contra de esta interpretación —considerar excesivo atribuir al legislador de 1861 la intención de elevar a nota definidora de la hipoteca voluntaria su carácter de negocio de disposición— no tiene, sin embargo, entidad para ser considerada como tal: más que una razón, se trata de una simple opinión, un juicio de valor no apto por sí solo para desvirtuar esa interpretación.

³⁴ Denominamos así a aquella hipoteca constituida por el testador sobre sus propios bienes, en garantía de un legado o para seguridad del pago de una deuda propia o ajena; no lo es la que el testador ordena que constituya su heredero o legatario. Esta distinción aparece clara a base de estimar que, por la fuerza de la cosas, aún perdura en nuestro Derecho la distinción entre legados vindicatorios y damnatorios. *Vid.*, en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 616.

³⁵ Los argumentos en su favor son sintetizados por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 617 y ss.:

a) El devenir histórico de esta institución consagra su posibilidad, siendo así que, además, tal parece ser fue la intención del legislador de 1861 al redactar este segundo inciso del 138 LH, y así lo entendieron los autores de la primera época (cfr. *supra*, pp. 1 y ss.).

b) La hipoteca, aun careciendo de valor intrínseco, es un derecho real que proporciona al acreedor una seguridad en relación con el crédito garantido, el cual aumenta de valor y, por consiguiente, lo hace susceptible de ser objeto de legado. La constitución de hipoteca es, en definitiva, un acto de disposición, igual que el testamento.

el primero queda prontamente descartado, sin que pueda dar ocasión a dudas, por referirse al contrato claramente (i.e, negocio jurídico bilateral); corresponde, por tanto, al segundo, el encuadre de esta figura, dada la indiscutible estructura unilateral —por propia naturaleza— del negocio para su constitución. Esta posibilidad contaría, además, con el respaldo de los precedentes legislativos (cfr. *supra*, pp. 2 y ss.).

Al igual que las anteriores, tampoco resulta admisible esta tercera interpretación del art. 138 LH. Y esto porque, como acertadamente señala Chamorro, no es posible limitar de este modo la amplia fórmula final del precepto, acotando el acto de imposición por disposición del dueño con distinciones que la ley no hizo³⁶. En este mismo sentido se pronuncia Albaladejo, que hace suyo este razonamiento: «aunque los legisladores lo hicieran inconscientemente, es indudable que, objetivamente, el art. 138 LH no restringe la forma unilateral, que admite, exclusivamente al tes-

c) No son de recibo los motivos aducidos en Italia (*vid.* Relación ministerial al Cc. de 1942) para rechazar esta figura: evitar que el deudor-testador cuente con un medio para alterar secretamente (ya que la hipoteca no será normalmente conocida hasta su muerte) la garantía común de sus acreedores. Y ello porque, de una parte, en relación con los acreedores hereditarios, su derecho es anterior y preferente al de los legatarios; y, de otra, si se establece en beneficio de un acreedor del causante, baste observar que éste igualmente puede alterar en vida el rango de sus acreedores, a través de un negocio *inter vivos*. En circunstancias normales, por tanto, igual da que el acto de constitución sea *inter vivos* que *mortis causa*; y si lo que con ello se pretende es realizar un fraude, ya la ley concede entonces los medios para lograr su nulidad.

d) Por último, aunque suele hablarse de la inutilidad práctica de esta hipoteca, por cuanto que, respecto de terceros, el legatario cuenta ya con la garantía de la anotación del art. 42.7 LH, y, en relación con los demás legatarios, el testador puede conceder preferencia a quien quiera, esto no es del todo cierto, ya que esa anotación debe ser pedida, y en la práctica se comprueba que no es muy frecuente hacerlo. Por ello el testador, a fin de evitar perjuicios o de favorecer automáticamente a los legatarios, evitando molestias o susceptibilidades, puede establecer directamente esa hipoteca, lo cual es ya una ventaja o beneficio a tener en cuenta. A esto hay que sumar, añade ROCA SASTRE, la utilidad que puede reportar el que un legado de rentas o prestaciones periódicas adopte claramente la garantía hipotecaria que regula el art. 157 LH, y no la que en forma confusa establecen los arts. 88 y ss. de la ley. Pero es que, aun suponiendo que la hipoteca testamentaria fuese inútil en relación con los legados, su virtualidad queda fuera de toda duda en cuanto a garantizar deudas del causante o de tercero.

Son todos éstos argumentos cuya validez ha quedado corroborada tras la reforma de 1944-46: de una parte, con la aparición del art. 248 RH, que la admite explícitamente (aunque lo haga con ocasión de un tipo muy concreto —en garantía de rentas o prestaciones periódicas— no existe razón alguna para interpretarlo en sentido limitativo); de otra, con el vigente 141 de la ley, que al hablar de acto unilateral sin distinguir entre actos *inter vivos* y *mortis causa* comprende estos últimos en la generalidad de la expresión (en este sentido se pronuncia también GIMÉNEZ ARNAU, «La hipoteca testamentaria», *RDP*, 1945, p. 310). Esta última reflexión sobre el 141 bastaría, por otra parte, para desestimar la teoría de la disociación oferta-aceptación (de carácter contractualista), claramente incompatible con la institución testamentaria.

³⁶ *Op. cit.*, p. 16.

tamento, sino que permite entender que esa forma unilateral también puede ser *inter vivos*»³⁷.

No nos parece, sin embargo, válida la otra razón dada por Chamorro para rechazar esta posibilidad —si el legislador hubiera pensado sólo en el testamento se habría referido a él claramente, de igual modo que lo hizo en el art. 1.791 del Proyecto de Código civil de 1851—, teniendo en cuenta que, a tenor de lo que resulta de las afirmaciones contenidas en la EM de la ley, más bien hay que inclinarse a pensar que lo que el legislador pretendió en este punto no fue sino una confirmación del Derecho anterior, que, como sabemos, sólo contemplaba como formas de constitución de hipoteca voluntaria el contrato y el testamento³⁸.

Llegado este punto, creemos que pueden afirmarse como válidas las siguientes conclusiones:

A) Es indiscutible, cuando menos, que la aparición de la hipoteca unilateral en nuestro Derecho no respondió a un planteamiento expreso y a fondo de la cuestión por parte del legislador³⁹; es más, de los motivos de la ley resulta que la previsible finalidad de éste al establecer el 138.2 LH era muy distinta —podría decirse incluso que contraria— de la interpretación que luego se le dio por los autores, lo cual queda puesto de manifiesto a través de datos diversos, señalados por Chamorro⁴⁰:

1. Las ya aludidas afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la ley.

2. Ni en la discusión parlamentaria sobre el articulado de la ley, ni en los discursos sobre la totalidad de la misma, hubo la menor alusión a la pretendida novedad del art. 138.

3. Ahondando en esta línea, podría considerarse anómalo que en la definición de hipoteca voluntaria se regularan los modos de su constitución, sin desarrollo ulterior en su articulado.

B) Ahora bien, aun cuando a tenor de cuanto hasta aquí ha quedado señalado pueda considerarse muy posible, o incluso probable, que el alcance que el legislador quiso dar al art. 138 LH estuviera en consonancia con las que hasta entonces habían sido

³⁷ «La hipoteca unilateral», *ADC* (1950), p. 57.

³⁸ «Toma la Comisión el derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban inscritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el proyecto». Más adelante continúa: «No cree la Comisión necesario descender a otras disposiciones que, o son mera confirmación del derecho antiguo, o una aplicación de los principios cardinales de la ley, o una derivación de ellos.» En esta misma línea, al tratar de la hipoteca se afirma que, a más de un derecho real, es un contrato accesorio; se habla también de hipotecas convencionales, de contrato hipotecario, de contrayentes, etc.

³⁹ En este sentido, algunos autores hablan de «inconsciencia» (así, CHAMORRO, *op. cit.*, p. 14 y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 57).

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 11-12.

únicas formas de constitución de la hipoteca voluntaria —contrato y testamento—, conceder esto no debe ser obstáculo para reconocer que, a pesar de ello, el precepto, tal como en definitiva resultó, no impedía, no cerraba las puertas a la posibilidad de su constitución a través de negocio jurídico unilateral *inter vivos*⁴¹.

Y sobre esta base procedieron la doctrina y la jurisprudencia, casi desde el momento de la aparición, en 1861, de la Ley Hipotecaria, a una tarea de replanteamiento y reflexión que ha llevado a poder fundamentar hoy, en opinión ampliamente dominante en la doctrina (casi unánime en la actualidad), esa figura⁴², sustentando en los principios del sistema —en particular, en las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad unilateral— las razones que abogan en su favor⁴³.

Llegado este momento, y a la luz de los datos y reflexiones apuntados, creemos que puede darse un nuevo enfoque al planteamiento de la cuestión, lo que permitirá, a la vez, valorar en su justa medida las teorías que, con anterioridad a la reforma de 1944-46, se pronunciaban contrarias a la posibilidad de esta forma de constitución de hipoteca en nuestro Derecho. Veámoslo, aunque de forma sintética:

A. Los primeros comentaristas

Poderosamente influenciados por los precedentes legislativos, y apoyados en el impreciso laconismo del precepto, los autores de la primera época hemos dicho ya que no vieron en el 138.2 LH sino una alusión a las hipotecas constituidas en acto de última voluntad, sin reparar en que, aun cuando es muy posible que —como también hemos apuntado— ésa fuera la intención del legislador, tal interpretación no fuerza a restringir la objetiva am-

⁴¹ No resulta, sin embargo, admisible la afirmación de CHAMORRO de que «la significativa omisión —seguramente deliberada— del artículo «las» en la expresión «entre partes», está indicando la ausencia de éstas en las hipotecas impuestas por disposición del dueño» (*op. cit.*, p. 16). Partes en la relación hipotecaria son, además, siempre dos —acreedor e imponente del gravamen, normalmente el deudor de la obligación garantizada—, lo que ocurre es que, en unos casos, sólo interviene una de ellas en el negocio de constitución, mientras que, en otras, intervienen ambas.

⁴² PANTOJA Y LLORET, *Ley Hipotecaria*, 1861, pp. 387 y ss.; GALINDO Y ESCOSURA, *Legislación hipotecaria*, 1891, p. 322; MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1918, p. 181; CAMPUZANO, *Legislación Hipotecaria*, 1926, pp. 505-506; LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, pp. 205 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, pp. 401 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1941, p. 185; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 55; CASTÁN, *Derecho Civil español*, 1957, p. 778; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1981, p. 782; etc.

⁴³ Tratamos de esto con detenimiento en el próximo punto. Baste por ahora con la indicación dada.

plitud de la redacción con que finalmente resultó el precepto, que, por el contrario, permite dar cabida a la hipótesis de que nos ocupamos.

B. Teorías del consentimiento formal y de la reserva de rango ⁴⁴

Para los autores partidarios de estas teorías —J. González y, según se afirma ⁴⁵, Pérez González y Alguer, respectivamente—, *son los presupuestos trazados por el Derecho civil para la adquisición de un derecho inter vivos los que exigen el acuerdo de las partes sobre la misma transferencia*. En consecuencia, cuando el acto que se inscriba sea unilateral se provocará una inscripción imperfecta, ya que publicará un derecho que aún no ha nacido, si bien que esto no impide, por otra parte, que en el tiempo que media entre la inscripción y la cancelación o el acuerdo pueda aquélla producir algunos efectos, señaladamente el de prioridad ⁴⁶.

Sin embargo, aun cuando son numerosas las ocasiones en que estos autores afirman como necesario para el nacimiento de la hipoteca el acuerdo entre las partes, sustentando esta afirmación en los «presupuestos o requisitos trazados a este efecto por el Derecho civil», nunca demuestran dónde esos presupuestos exigen el acuerdo —recuérdese que, por cuanto atañe a la hipoteca, ya

⁴⁴ Estas teorías, aunque puedan diferir algo en cuanto a sus efectos (cfr. *supra*, punto 1), son sustancialmente coincidentes en el presupuesto de partida, que es lo que ahora nos interesa.

⁴⁵ Cfr. *supra*, nota 14.

⁴⁶ J. GONZÁLEZ: «La adquisición... de los derechos reales sobre fincas (...) exige un acuerdo del titular y del adquirente sobre la misma transferencia» (p. 406); «La inscripción es el asiento oficial que establece definitivamente el derecho real (la hipoteca específicamente, añadimos nosotros) cuando existe acuerdo de hipotecante e hipotecario» (pp. 411-412); «No se detiene aquí (en considerar suficiente para la extinción de todos los derechos reales inscribibles el consentimiento del que, según el Registro, ha de resultar perjudicado por el nuevo asiento) la corriente que, separándose cada vez más del Derecho civil, concluye por declarar inscribibles, en aras de la mayor facilidad para transferir fincas y llevar el Registro, actos unilaterales del titular que, por sí solos, no implican transferencia o constitución perfecta de derechos reales. ¿Quiere esto decir que las leyes hipotecarias dan por existentes derechos que no están fundados en los presupuestos civiles de adquisición o constitución? De ninguna manera. Cuando el acto civil deba ser bilateral —por ejemplo, adquisición de un derecho *inter vivos*— y el título que se inscribe es unilateral, se provocará una inscripción imperfecta» (p. 412) (en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, 1948).

PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «La ley hipotecaria, al admitirla (la inscripción de hipoteca voluntaria derivada de acto unilateral), no da por existentes los derechos que no estén fundados en los requisitos que para su adquisición o constitución traza el Derecho Civil» (p. 171); «el contrato es requisito de la constitución de hipoteca» (p. 212) (en las anotaciones al *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, t. I).

se dijo en su momento que el Código civil, si bien era el llamado a regular lo referente a las formas de su constitución, pasó de largo en esta cuestión, limitándose a remitir a «las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente» (art. 1.880)—, ni por qué la forma convencional de constitución ha de suponer la exclusión de la modalidad unilateral ⁴⁷.

Desde nuestro punto de vista, las consideraciones de los autores partidarios de esas teorías desconocen los argumentos en contrario que en este punto hemos ido explicitando antes, que a nosotros nos parecen plenamente atendibles y que, tal como dijimos, creemos que permiten un nuevo enfoque del tema: han de ser los principios del sistema, consideraciones de un orden más elevado —en concreto, las posibilidades que deben reconocerse a la voluntad unilateral—, los que resuelvan sobre la fundamentación y consiguiente admisibilidad de esta hipoteca en nuestro Derecho, cuya posibilidad de encaje en la objetiva amplitud de la letra del 138 LH debe quedar, por su parte, fuera de toda duda. Además, el consentimiento formal no es admisible en nuestro Derecho registral, ni tampoco la forma pretendida de reserva de rango: el precepto legal no puede, por tanto, interpretarse al modo que proponen estos autores. Pasemos ahora, por tanto, como en su momento anunciamos, a ocuparnos con detenimiento de esos principios en los que hemos dicho que pensamos se sustenta esta figura: de ellos depende la solución que a este problema de la admisibilidad de esta hipoteca en nuestro Derecho haya de darse.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR HIPOTECA POR ACTO UNILATERAL INTER VIVOS

Hemos dicho ya que, aunque es muy posible que el alcance que el legislador de 1861 quiso dar al art. 138 LH estuviera en consonancia con las que hasta entonces habían sido únicas formas de constitución de hipoteca voluntaria (contrato y testamento), conceder esto no debe ser obstáculo para reconocer que, si bien pudo ser tal la intención del legislador, es también cierto que la letra del precepto, tal como en definitiva resultó, no impedía, no cerraba las puertas a la posibilidad de la forma de constitución

⁴⁷ Es ésta, en nuestra opinión, una postura derivada de la admiración que estos autores sentían por el Derecho alemán, que les lleva a trasplantar y a entender vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico los principios de aquél en este punto: «para la constitución, transmisión y gravamen de los derechos inmobiliarios limitados se exige el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica, y la inscripción de tal modificación en el Registro» (§ 873 BGB). (Cfr., en este sentido, WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*, I, pp. 202 y ss.)

unilateral por acto *inter vivos*. Y que sobre esta base había procedido la doctrina a una tarea de replanteamiento y reflexión acerca de esta figura —hasta entonces desconocida en nuestro Derecho—, fruto de la cual fue abriéndose camino —aunque a veces «con maravillosa intuición más bien que con pleno conocimiento»⁴⁸— la tesis de quienes afirmaban esta posibilidad, que con el tiempo fue extendiéndose, aunque no siempre en su formulación más pura: eran los principios del sistema —en concreto, las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad unilateral— los que constituían el sólido fundamento en que aquélla se apoya. Es lo que trataremos de justificar a continuación.

Convencido defensor de esta posibilidad fue Chamorro, a la que dedica un largo e interesante trabajo⁴⁹. Su argumentación, con todo, no resulta, a nuestro juicio, convincente.

En opinión de este autor no cabe decir que la constitución de hipoteca voluntaria por acto unilateral del dueño de los bienes atente contra el principio que veda la posibilidad de hacer adquirir derechos sin contar con la voluntad del favorecido, que admite. Y esto porque parte de la consideración de que, con la hipoteca, el acreedor no adquiere un valor patrimonial, ni en el momento de su constitución ni durante su vida, sino que sólo obtiene un derecho a adquirirlo, un «derecho de adquisición de una suma de dinero mediante enajenación judicial de la finca gravada»⁵⁰. Y, por otra parte —afirma—, en el momento preciso de la adquisición patrimonial efectiva —esto es, cuando se adquiere la suma de dinero, tras la ejecución— el citado principio es respetado, pues para el ingreso de aquélla en el patrimonio del favorecido se exige necesariamente la voluntad de éste, la cual, sin embargo, no puede ser considerada en modo alguno como aceptación contractual de la hipoteca.

No existe, por consiguiente, el menor obstáculo, desde el punto de vista dispositivo, que impida constituir hipoteca a través de negocio jurídico unilateral *inter vivos* del dueño de los bienes⁵¹.

Y desde el punto de vista negocial tampoco es indispensable, en su opinión, que el acreedor intervenga en el acto de constitución, ya que la hipoteca sólo puede tener como causa posible un pago futuro, de manera que, por propia definición legal, no hace falta convenio alguno para la fijación del fin⁵².

Esta construcción, sin embargo, entendemos que debe ser rechazada, por artificiosa: la hipoteca es algo más que un simple

⁴⁸ J. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁹ «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ* (1943).

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 152.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁵² *Op. cit.*, pp. 157 y ss.

derecho a adquirir una suma de dinero. Es una forma de garantía real que recae sobre un inmueble y que, desde el momento en que se constituye y es adquirida por el acreedor, provoca el ingreso de un derecho entre sus bienes. Lo que ocurre es que es preciso distinguir entre su constitución actual y la posterior adquisición de una suma de dinero a resultas de su ejecución⁵³.

Es cierto que, como argüía Chamorro, la pignoración, a diferencia de la donación, no provoca en el fondo un verdadero enriquecimiento patrimonial a favor del acreedor en cuyo provecho la prenda se haya constituido⁵⁴, pero, esto no obstante, es también indudable que, como le replica Roca Sastre, ese derecho «implica un beneficio, ventaja o utilidad, por cuanto refuerza la seguridad en el cumplimiento de su crédito»⁵⁵. Así, es característica de la hipoteca la duplicidad que, en relación con los medios coactivos tendentes a obtener la prestación debida, atribuye al acreedor: éste, manteniendo intacto su derecho personal de crédito (art. 1.911 C.c.), dispone además de la acción hipotecaria para ejecutar la finca gravada, con total independencia respecto de quien sea su titular en ese momento, y cobrarse con ello con preferencia a otros acreedores. Y esto tiene, indiscutiblemente, un valor, lo que se demuestra si consideramos el hecho de que, desde el momento de constitución de la hipoteca, el crédito asistido de esta garantía es considerado de mayor valor que si fuera quirografario; y, correlativamente, el valor del bien hipotecado disminuye en razón al montante del crédito asegurado⁵⁶. Confirma ello la exactitud de la consideración antes hecha: es preciso distinguir entre la existencia actual del derecho de hipoteca y los resultados de su ejecución.

El otro argumento aducido por Chamorro en apoyo de su tesis es evidentemente desacertado. Afirma que «la creación de un derecho de adquisición (cual es, en su opinión, la hipoteca) sin intervención del favorecido es tan poco anómala que cuando la ley los crea suele hacerlo directamente», equiparando, en este sentido, la hipoteca con el tanteo o el retracto legales, pues como considera que «la naturaleza de un derecho es la misma, ya se cree por disposición inmediata de la ley, ya por una declaración de voluntad privada (...), existen las mismas razones para declarar o no necesaria la aceptación del mismo (el favorecido)»⁵⁷. Basta ad-

⁵³ Coinciden en esta objeción tanto ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», *ADC* (1950), p. 64, como ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 602, que sigue a aquél en este punto.

⁵⁴ El que da una garantía real a su acreedor no le hace una donación, ya que éste no se enriquece sino que sólo está más seguro de obtener lo que se le debe (ULPIANO, L.I 19.D, *si quid in fr. patr.* XXXVIII, 5) (CHAMORRO, *op. cit.*, p. 151).

⁵⁵ *Derecho Hipotecario*, IV.I, p. 599.

⁵⁶ MONTEL, *Noviss. Dig. ital.*, VII, p. 745.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 155.

vertir, para comprobar el desacierto, que aunque la ley pueda constituirlos por su sola disposición esto no prejuzga que igual pueda hacer la sola voluntad del disponente: a) no todo lo que la ley puede hacer por su sola disposición, sin necesidad de colaboración del afectado, puede lograrlo, sin esa misma colaboración, la voluntad unilateral de los particulares⁵⁸; b) incluso el calificativo «legal», predicado de la hipoteca, no quiere decir tampoco que se constituya directamente por la ley, sino sólo que ésta permite a los beneficiados por ella exigir su constitución (art. 158.II LH).

La razón que a nuestro modo de ver permite fundamentar esta figura es otra: la posibilidad que debe existir de relativizar, cuando nos encontremos en presencia de un negocio cuyos efectos signifiquen un beneficio neto para el destinatario, el principio de no afectación de las esferas jurídicas ajenas sin contar con la voluntad del incidido. Veámoslo.

La autonomía privada es el poder que el Ordenamiento reconoce a los particulares para que éstos puedan atender al gobierno de sus intereses, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas, siempre que ello no suponga afectar arbitrariamente intereses ajenos a la propia esfera jurídica, perturbando así el conjunto de las relaciones jurídicas interindividuales. Destacan, en esta concepción, dos facetas:

a) De un lado, la autonomía privada como poder que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo para la regulación de sus intereses, a través de negocio jurídico. Este negocio, atendiendo a su génesis, puede ser bi- o unilateral, según que en ella intervengan dos o una sola parte.

b) De otro, el principio de independencia o «intangibilidad»⁵⁹, que veda que alguien pueda ver modificada su propia esfera jurídica contra o sin su voluntad. A éste va reconducido el segundo de los perfiles de la autonomía privada apuntados, el cual, sin embargo —interesa subrayarlo—, no constituye un límite externo, sino un aspecto connatural de la misma.

Se trata de un principio de vigencia general; lo que ocurre es que, mientras que en los negocios bilaterales queda salvado claramente, ya que la incidencia de éstos en la esfera jurídica de cada una de las partes viene justificada por la previa participación de ambas en los mismos, en los negocios jurídicos unilaterales la cuestión no se presenta, por el contrario, tan clara, pues en ellos, por definición, interviene una sola parte. Esta circunstancia es la que nos lleva a considerar que es el temor a que los negocios

⁵⁸ En este sentido, el art. 609 CC señala que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren... por la ley...».

⁵⁹ Expresión empleada por DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Nápoles, 1972.

unilaterales se conviertan en instrumentos de arbitraria injerencia en las esferas jurídicas de sujetos ajenos al mismo negocio el que sustenta las teorías que se oponen a admitir la eficacia de la voluntad unilateral y, concretamente en nuestro caso, la constitución de hipoteca voluntaria por medio de acto unilateral del dueño de la finca sobre la que aquélla se vaya a imponer, exigiendo necesariamente, para el nacimiento de ésta, la aceptación (contractual) del destinatario favorecido.

Es preciso, sin embargo, llegado este momento, preguntarnos si admitir, junto a la constitución de hipoteca voluntaria por negocio bilateral, su constitución en base a un acto unilateral del dueño de la finca supone una violación del principio citado en todo caso, si significa una intromisión necesariamente inaceptable en la esfera jurídica del destinatario.

En este sentido, los postulados tradicionales entienden que la falta de aceptación previa, por parte de un sujeto, a la incidencia en su patrimonio de los efectos derivados de un negocio en el que no ha intervenido supone necesariamente, en todo caso, una transgresión de ese principio. Hablamos aquí, volvemos a repetirlo, de «aceptación» en su sentido tecnico-jurídico más preciso, es decir, como correspectivo de la oferta: la esencia de esta concepción radica en exigir la intervención del destinatario en el negocio jurídico causante de la modificación que le afecta.

Hoy, sin embargo, parece más acertado admitir —sin que sea éste momento adecuado para entrar en un examen detenido de esta cuestión— que se ha producido un cambio en la forma de entender dicho principio, sobre la base de las siguientes consideraciones ⁶⁰:

a) Carácter de los efectos producidos: plenamente favorables o no ⁶¹

Se entiende que son plenamente favorables al destinatario aquéllos que significan conferir al mismo una posición jurídica activa o eliminar una pasiva, o bien mejorar o atenuar, respectivamente, una u otra, toda vez que se operan sin carga o contraprestación alguna. Este carácter de los efectos interesa precisar que viene determinado de forma previa y con una valoración exclusivamente jurídica, no *a posteriori* y mediante consideraciones económicas ⁶².

⁶⁰ Esto encuentra reflejo en diversos supuestos concretos y en OJ distintos. Para una exposición más completa y detallada, cfr., en este sentido, DONISI, *op. cit.*, caps. II, III y IV.

⁶¹ DONISI, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁶² Es éste, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*La promesa pública de recompensa*, 1985, nota 251), el único punto de vista que el Derecho puede tener en cuenta;

Lo razonable de esta distinción nos parece que permite considerar justificado entender que la «intangibilidad» de las esferas jurídicas individuales deba ser protegida con mayor rigor en el segundo caso que en el primero, en el que resulta hasta chocante hablar de protección. Esta distinción va a desempeñar, como veremos, un papel fundamental en nuestra construcción ⁶³.

b) Distinción entre inmisión (en una esfera jurídica ajena) «contra» o «sin» la voluntad de su titular ⁶⁴

El tercero, si bien no puede adquirir derechos contra su voluntad, sí podría sin embargo adquirirlos sin la misma; este derecho, en consecuencia, no le es impuesto, ya que puede tanto rehusarlo como no ejercerlo.

c) Principio de economía de medios

La tendencia —fácilmente constatable en la sociedad actual— favorable al empleo de instrumentos más rápidos y menos gravosos lleva a preferir aquellos medios que signifiquen una reducción en el gasto de la actividad jurídica necesaria para la consecución de un fin ⁶⁵. Así, no parece descabellado pensar que los titulares estuvieran dispuestos a admitir una flexibilización (por otra parte, relativa) en la «intangibilidad» de sus esferas jurídicas, cuando ello significara una simplificación en los medios necesarios para la realización de sus intereses.

No se intenta aquí, sin embargo, con ninguna de estas consideraciones, negar la existencia (ni en general ni en supuestos par-

apreciar las circunstancias subjetivas que concurren en cada caso no es tarea del legislador y le resultaría imposible. Contra, C. B., «Recensión a Donisi», *ADC* (1973), p. 1162.

⁶³ Con anterioridad a la reforma de 1944 la doctrina intuía ya esta distinción, si bien que no con total claridad. Así, BARRACHINA afirmaba que «éstas (las hipotecas unilaterales) no necesitan... de la aceptación por parte del hipotecario, puesto que quien se obliga es el deudor, y no el acreedor» (*Derecho Hipotecario y notarial*, 1911, p. 209). Por su parte, MORELL, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1918, p. 182, decía que «en este caso (esto es, cuando la hipoteca era fruto de un acto que expresaba la exclusiva voluntad del dueño de los bienes) la hipoteca es válida, porque para ello basta la voluntad de la única persona que por este acto se obliga».

En estas afirmaciones, aunque no puedan ser aceptadas plenamente, late ese trasfondo válido que ya hemos apuntado: la no necesidad de aceptación viene conectada al hecho de que quien se «obliga» es el deudor, y no el acreedor, i.e., al carácter plenamente favorable de los efectos para el destinatario.

⁶⁴ Fue WORMS el primero que advirtió esta diferencia (*De la volonté unilatérale considérée comme source des obligations*, París, 1891, p. 110).

⁶⁵ DONISI, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

ticulares) de ese razonable principio que estamos considerando, que exige contar en toda adquisición patrimonial con la voluntad del adquirente: lo que se pretende es únicamente delimitar de forma más precisa y ajustada, en función del caso, sus contornos y su operatividad. Y así, partiendo del ya anunciado menor rigor que nos parece debe ser necesario para la protección de la independencia patrimonial de los terceros en el supuesto de que se trate de inmisiones plenamente beneficiosas, creemos posible entender que, en estos casos, el citado principio puede quedar a salvo aun cuando su defensa se articule a través de expedientes distintos del postulado por la tesis tradicional: el destinatario no ha de intervenir necesariamente en el negocio jurídico generador de esos efectos, dando así lugar a un acto bilateral, sino que son posibles otras fórmulas más adecuadas a las circunstancias del caso ⁶⁶. Es más, no se pretende siquiera imponer esta relativización con carácter general, sino simplemente exponer que, cuando se dé aquel presupuesto básico —carácter plenamente favorable de los efectos para el destinatario—, será posible pensar en esa flexibilización, en función del caso.

Proyectando ahora lo dicho sobre la concreta figura de la hipoteca, tenemos que ésta puede ser un negocio plenamente favorable en sus efectos para el destinatario, en la medida en que no aparezca enlazada con las diversas estipulaciones de un contrato ni sea garantía obtenida a trueque de otras concesiones o renunciaciones, haciendo de este modo entrar en su constitución un interés ajeno al del acreedor hipotecario ⁶⁷. Y así ocurre que, atendida la peculiar índole de la alteración —plenamente favorable al destinatario— y los diversos criterios que acabamos de afirmar —señaladamente el que distingue entre inmisiones plenamente beneficiosas y las demás—, consideramos fundada la posibilidad, no de excluir, sino de establecer en forma distinta la tutela de la esfera jurídica del destinatario de esta hipoteca: no será forzosa-mente necesaria la intervención de éste en el negocio de constitución de aquélla, que podrá venir integrado por la sola voluntad del constituyente. Por su parte, la defensa del ya tantas veces

⁶⁶ Con esto basta para rechazar la objeción formulada por C.B.: «... tampoco se atisba cómo el principio de solidaridad pueda aconsejar que se deje al arbitrio individual invadir sin autorización la esfera jurídica ajena...» («Recensión a Donisi», *ADC* —1973—, p. 1161). Ese principio de «solidaridad» es considerado por DONISI como inspirador, en gran medida, del actual desarrollo de la experiencia jurídica, y viene a constituir otro de los puntos de referencia en la construcción de esta autora (*op. cit.*, pp. 95-96): le lleva a considerar anacrónica la tendencia a conservar el principio individualista de la intangibilidad de la esfera jurídica de los terceros en todo caso.

⁶⁷ En este caso, lógicamente —tal como resolvió la DGRN en su Resolución de fecha 14-3-1893—, la hipoteca forma parte integrante de un contrato, y en tal concepto participa de esta misma naturaleza, debiéndose exigir por tanto para su constitución la voluntad de ambas partes contratantes.

aludido principio *invito beneficium non datur* (incluso para lo netamente favorable) se articula en este caso a través de una declaración de voluntad del destinatario, la cual, sin combinarse con la manifestación de voluntad del hipotecante para formar el pretendido contrato constitutivo de la hipoteca, supuesta su inscripción, se limita a autorizar la entrada de la hipoteca en el patrimonio del favorecido⁶⁸. Es por esto que esa declaración, aunque habitualmente llamada «aceptación», no lo es al modo propio de la aceptación integradora —en su encuentro con la oferta— del consentimiento contractual: esa declaración opera en un plano distinto de la del dueño de los bienes; no tiene como término de referencia la voluntad constitutiva del imponente, sino los efectos que derivan de ésta (el derecho ya constituido).

Con esta «aceptación» se trata, por así decirlo, de exigir un acto positivo del favorecido para posibilitar que esta hipoteca pueda entrar en su patrimonio, pero sin que ello suponga dar nacimiento a la hipoteca ni conferir carácter contractual al negocio de constitución de la misma.

Es, en conclusión, la posibilidad de articular la defensa del principio de «intangibilidad» a través de un medio distinto al de su constitución contractual, derivada del carácter plenamente favorable de los efectos, la que permite la constitución unilateral de todo aquello que no grave, perjudique o menoscabe el derecho ajeno. Donde no se trata de obligar sino de atribuir a otros formas concretas de poder, llega a hacerse connatural la eficacia constitutiva de la voluntad unilateral. Nos encontramos ante un acto formado únicamente por la voluntad del hipotecante, en el que ésta tiene consistencia propia y en el cual se halla el *substratum* del efecto querido⁶⁹. Es este negocio el que ha de considerarse como fundamento de esta hipoteca; el beneficiario sólo ha de pro-

⁶⁸ Este criterio es plenamente coincidente con el sostenido por ROCA SASTRE, cuya argumentación seguimos aquí muy de cerca (*Derecho Hipotecario*, IV.1., pp. 596-601). Fue este autor el primero que, en nuestra doctrina, expuso de forma clara esta cuestión del fundamento de la hipoteca unilateral, defendiendo una concepción sustancialmente coincidente ya en la primera edición de su *Derecho Hipotecario*, anterior a la reforma de 1944-46 (1941). Con posterioridad a ésta ha sido adoptada por numerosos autores, de modo tal que hoy puede considerarse dominante.

⁶⁹ Esto es lo que aquí ocurre, siendo así que, por otra parte, tampoco parece que debiera considerarse como un supuesto excepcional. En este sentido, DÍEZ-PICAZO señala que «cabe observar que el ámbito de aplicación de la idea de negocio jurídico en materia de derechos reales desborda el plano de los negocios bilaterales o contractuales... Es clara la posibilidad de constitución de derechos reales... por virtud de negocios jurídicos de carácter unilateral. El negocio jurídico testamentario es cauce idóneo para constituir derechos reales. Los derechos reales pueden existir también y nacer a la vida por obra de la voluntad unilateral manifestada en medio de un negocio *inter vivos*» (señalando como ejemplo más palpable, tal vez por venir expresamente recogido a nivel positivo, la hipoteca unilateral). (*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, II, pp. 104-105.)

nunciarse manifestando su conformidad con que esa hipoteca, ya nacida, se introduzca en su patrimonio, o su rechazo ⁷⁰.

Queda claro, así pues, llegado este momento, nuestro planteamiento en relación con la fundamentación de esta figura. Aun admitiendo como probable que la intención del legislador, al tiempo de redactar el 138.2 LH, no fuera ésta, es igualmente innegable que la letra del precepto, tal como en definitiva resultó, no cerraba las puertas a la posibilidad de la hipoteca unilateral por acto *inter vivos*, lo que dio pie a un proceso de reflexión sobre esta posibilidad, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, que desembocó en una sólida argumentación de la misma: es el carácter plenamente favorable de la hipoteca para su destinatario el que permite no exigir la intervención de éste en el negocio para su constitución; son, por tanto, los principios del sistema —en particular las posibilidades de actuación que deben reconocerse a la voluntad individual— los que abogan en favor de esta figura. Esto, por otra parte, no supone en modo alguno una vulneración de la independencia patrimonial de ese sujeto, que, como ya se ha dicho, queda garantizada a través de su declaración de voluntad, la cual, repetimos, aunque usualmente venga denominada «aceptación» no puede confundirse con la aceptación de carácter contractual, de la que difiere profundamente.

Esta construcción fue con el tiempo robusteciéndose de tal manera que el legislador, en la reforma de 1944-46, resolvió consagrarla explícitamente en el actual art. 141 LH. Es lo que vamos a ver a continuación.

4. SU CONSAGRACIÓN EN EL VIGENTE ART. 141 LH. SE RECHAZA LA TEORÍA DE LA «DISOCIACIÓN DE OFERTA Y ACEPTACIÓN»

Dice el art. 141 de la vigente Ley Hipotecaria que «en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Es opinión ampliamente dominante en nuestra doctrina que la reforma de la Ley Hipotecaria

⁷⁰ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 599.

de 1944-46 ha venido a significar en este punto, a través de ese precepto, la confirmación de la posibilidad de esta modalidad de constitución hipotecaria mediante acto unilateral de disposición del dueño de los bienes. Son, por tanto, como ya en un momento anterior dijimos, excepción los autores que con posterioridad a la misma siguen sosteniendo una posición contraria a la admisión de aquélla en nuestro Derecho ⁷¹. Aun así, no podemos pasar por ellos sin detenernos a considerar sus razones, lo que nos permitirá, a la vez, hacer algunas reflexiones sobre el significado y alcance que la reforma ha tenido.

Comenzando en este punto con el planteamiento de esa teoría, vemos que estos autores que todavía defienden una solución contraria a la que hoy es mayoritaria entre nosotros coinciden en destacar el importante papel que en esta figura tiene la voluntad del favorecido, lo que señala el propio Lacruz de forma expresa al decir que «del art. 141 LH se deduce la necesidad de aceptación del acreedor para que la hipoteca sea plenamente eficaz» ⁷². Y es ésta —decimos nosotros— una apreciación en principio acertada y a la que no habría nada que objetar: siendo la hipoteca un derecho orientado a garantizar un crédito del que es titular el favorecido por ella, y admitiendo que mientras éste no manifieste su voluntad conforme aquélla no podrá decirse perfectamente establecida —por virtud del principio que dispone que para adquirir es necesaria, en todo caso, la voluntad del adquirente—, resulta entonces indudable que en ese estadio no puede hablarse de una garantía plenamente eficaz. Pero esto entendemos que no prejuzga necesariamente la cuestión que ahora estamos planteando con carácter previo, y que puede ser considerada de forma autónoma: si, al amparo de la Ley Hipotecaria vigente, el derecho de hipoteca puede tener su fundamento en un acto negocial integrado sólo por la voluntad del dueño de los bienes sobre que aquélla vaya a establecerse, articulándose la defensa del ya tantas veces citado principio de independencia patrimonial de los sujetos a través de un medio distinto del contractual, pero adecuado a las circunstancias del caso.

La clave viene dada, como dice Roca, por «fijar el verdadero alcance o trascendencia que esta voluntad de aceptación tiene en el proceso constitutivo de la hipoteca, de la cual el acto estableciéndola unilateralmente figura ya registrado» ⁷³. Y éste es el punto a partir del cual no coincidimos con estos autores. Para ellos

⁷¹ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, 1980, pp. 162-163; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, pp. 403-404, 442-443, 860-861, 876-878; ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, 1977, pp. 325-333.

⁷² *Op. cit.*, p. 162.

⁷³ *Op. cit.*, pp. 598-599.

el término «aceptación» debe ser entendido en su sentido técnico-jurídico más preciso: voluntad recíproca y coincidente con otra (oferta) con la que se funde para formar contrato, esto es, un negocio jurídico bilateral⁷⁴. La virtualidad que, en opinión de estos autores, debe atribuirse al art. 141 LH es, simplemente, la de disociar los dos momentos consensuales del negocio —oferta y aceptación—, permitiendo su reflejo en el Registro de forma separada, en orden al tiempo, además de establecer el deber para el declarante de no retirar su oferta durante dos meses, a contar desde el requerimiento que haga al favorecido para que manifieste su postura al respecto, y la retroacción de los efectos —que se producen con la perfección del negocio— al tiempo en que la oferta fue inscrita.

En nuestra opinión, sin embargo, esta interpretación debe ser rechazada. Rechazo que resulta, sobre todo, si se intenta una visión global de la ley, un planteamiento amplio de la cuestión, no circunscribiéndola a la letra de ese concreto precepto.

Para demostrarlo procederemos en un doble plano: primero, probando que con el 141 no se quiso sino consagrar y explicitar la posibilidad de la hipoteca unilateral en nuestro Derecho; después, veremos que en ella puede tener encaje perfecto esa «aceptación» que postula el mismo 141 LH.

Por lo que hace a la primera cuestión, hemos visto ya que aunque es probable que la intención del legislador al tiempo de establecer el art. 138 LH no fuera incluir en él al acto unilateral *inter vivos*, la redacción con que en definitiva resultó no permitía excluir sin más esa posibilidad, y que sobre esta base había procedido la doctrina a una tarea de reflexión acerca de esa posibilidad que a la postre desembocó en una sólida fundamentación de la misma, sustentándola en los principios del sistema. La situación en los instantes previos a la reforma de 1944-46 no era ciertamente pacífica, discutiéndose tanto las formas que debían tener cabida en el acto de disposición del dueño de los bienes —*inter vivos*, *mortis causa*, o de ambas especies— como la eficacia y alcance de éste. Y es que si bien, como ya fue puesto de relieve en su momento, la postura favorable a la admisión del acto unilateral *inter vivos* como forma de constitución de hipoteca voluntaria había ido ganando terreno —hasta el punto de que, en ese momento, era la más numerosa⁷⁵—, las tesis contrarias se

⁷⁴ La opinión de ZUMALACÁRREGUI en este tema, aunque oscilante —unas veces habla de oferta y aceptación, de hipoteca en fase de formación, de reserva de rango...; otras, de «situación jurídica interina cuya solución, alternativa, puede decantarse en uno u otro sentido: o hipoteca o nada»—, entendemos que en definitiva resulta más ajustada a este grupo en que la hemos encuadrado.

⁷⁵ Dentro de esta fundamental coincidencia era posible advertir, sin embargo, una diversidad de tendencias, cada una de las cuales aportaba matices particulares a

encontraban respaldadas por autores de grande y merecido prestigio. El legislador de 1944 hubo de enfrentarse, así pues, a este debate, que ya duraba más de ochenta años. Y en nuestra opinión —coincidimos aquí con el parecer de la inmensa mayoría de la doctrina que con posterioridad a dicha reforma ha escrito sobre el tema—, lo hizo siguiendo esa línea de evolución caracterizada por el robustecimiento conceptual de la figura ⁷⁶, en sentido favorable a su admisión, procediendo a refrendarla y desenvolverla, lo cual queda evidenciado por los datos siguientes:

a) Los términos en que se expresa el artículo 141 LH que no parecen dejar lugar a dudas respecto de cuál sea la figura tratada: «en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño...»; «fecha de constitución de la misma»; «... persona en cuyo favor se constituyó».

b) La EM de la Ley, por su parte, no es menos clara al respecto: «Modificaciones de menos trascendencia aparecen en el título de hipotecas, mediante ligeros retoques... en los efectos de las constituidas por acto unilateral del dueño del inmueble, en las que se permite su cancelación...» ⁷⁷.

Esto resulta, por otra parte, plenamente coherente con el otro precepto de la ley que también se ocupa de este tipo de hipotecas —el 138—, y siendo este último anterior a la reforma parece lógico, a tenor de lo dicho por el legislador en sus Motivos, dar a aquél una interpretación en línea con éste. En tal sentido, Albaladejo señala que «el legislador, al utilizar las palabras con que realizó el “ligero retoque”, no creyó probablemente, pues si no no hablaría de “ligero retoque”, que de ellas se serviría la doctrina para fundamentar una nueva teoría» ⁷⁸.

Así pues, visto, de una parte, el sólido fundamento en que esta posibilidad se sustenta y, de otra, el significado que, atendidas tanto la letra del precepto como la declarada intención del legis-

la concreta configuración de esta posibilidad: hipoteca sometida a condición suspensiva, la teoría de CHAMORRO y la construcción defendida por ROCA SASTRE.

⁷⁶ Dice, en este sentido, ROCA SASTRE que «con el robustecimiento conceptual de la hipoteca de constitución unilateral obtuvo la misma pleno reconocimiento, en la reforma hipotecaria de 1944-46, entre nosotros» (*Derecho Hipotecario*, IV.1, p. 592).

⁷⁷ Son particularmente expresivas en este punto las consideraciones que hace ALBALADEJO, al decir que «el sentido que creemos tiene el 141 es solamente el de generalizar una norma que aplicada a un caso concreto ya existía, como vimos, en el art. 197 RH (1915), y que venía existiendo desde el art. 112 del de 1870. Que esto que decimos sobre el sentido del 141 de la ley actual es así lo prueba la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1944, al decir: «Modificaciones de menos trascendencia...» O sea, que solamente hay en lo que se refiere a la hipoteca unilateral un ligero retoque, y éste sólo afecta a la cancelación de la inscripción» (*op. cit.*, p. 73).

⁷⁸ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 73. Se daba así consagración positiva a esta posibilidad que, si bien no había sido impedida por el art. 138 LH, tampoco resultaba en él explícitamente afirmada.

lador al tiempo de su redacción, parece debe darse al art. 141 LH, volvamos ahora al interrogante que formulábamos al principio: ¿Es posible encuadrar en esta construcción la «aceptación» postulada por la ley en el mismo 141? Nosotros creemos que sí. Ciertamente no lo será si entendemos esa aceptación en sentido estricto, como correspectivo de una oferta con la que se conjuga para formar contrato. Pero sí en la medida en que venga concebida como simple conformidad, asentimiento o anuencia del favorecido a que ese derecho, ya constituido sin su intervención, se introduzca en su propio patrimonio, exigida por imperativo del principio que postula que «nadie puede adquirir sin su consentimiento», pero que no se integra con la voluntad del hipotecante ni formá, por tanto, un negocio bilateral.

Esta exigencia encuentra su antecedente, al decir de los autores, en los arts. 112 RH (1870)/197 RH (1915), en los que se establecía que «cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción; pero sin perjuicio de que después de aprobada la fianza o hipoteca por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal». Así lo afirma, entre otros, La Rica, al decir que «la innovación principal de la ley de 1944 en este punto consiste en la regulación por vez primera de esta clase de hipotecas, generalizando la doctrina particular reglamentaria»⁷⁹. Conviene, sin embargo, que nos detengamos un momento para reflexionar sobre la evolución seguida en este punto, lo que nos permitirá comprender mejor su significación y alcance.

Las primeras redacciones de la Ley Hipotecaria —1861 y 1869— no contenían entre sus preceptos previsión alguna similar en este sentido, que no llegó a producirse hasta la promulgación del Reglamento Hipotecario de 1870 (art. 112.2). Este, sin embargo, puede observarse que, tal como de su misma redacción se desprende, se circunscribía a hipótesis muy concretas y establecía una regulación singular, determinada, en opinión tanto de la doctrina como de la DGRN, por el especial motivo y naturaleza de esas hipotecas: por regla general se constituían para asegurar la responsabilidad de los empleados en el ejercicio de cargos que llevaban consigo la intervención en el manejo de fondos públicos, de modo que su constitución resultaba requisito indispensable para poder entrar en posesión del cargo o empleo, pero siendo así que no se cumplía el fin de la ley simplemente con que se otorgaran,

⁷⁹ *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 207. A esta opinión se suma abiertamente ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 73) y, en general, como decíamos, toda la doctrina: SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 403; DE CASSO, *op. cit.*, pp. 661 y 662; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*, 1985, p. 573; etc.

sino que era preciso que la autoridad encargada, atendido el fin para que se prestaba, conviniera que era bastante ⁸⁰.

Es por esto que, a la vista de esas circunstancias, algunos autores interpretaron ese precepto ciñéndose a la letra del mismo y limitándolo, en consecuencia, a los concretos supuestos contemplados ⁸¹.

Esta situación fue sin embargo entendida de la siguiente forma: la mayoría de los autores, que, de una parte, se encontraban con que la posibilidad de constituir hipotecas mediante acto unilateral del disponente, sin intervención ni aceptación del favorecido, iba ganando cada vez más fuerza (fundamentalmente por obra de la DGRN), de otra, sin embargo, retrocedían ante el principio que veda la posibilidad de una adquisición sin contar con la voluntad del favorecido. Así las cosas, pretendieron resolver esta cuestión generalizando la particular doctrina reglamentaria —es decir, la necesidad de «aceptación» o «aprobación» del favorecido, que vendría considerada como condición suspensiva del negocio hipotecario, integrado por la sola voluntad del dueño de la finca hipotecante—, lo que permitiría conciliar la validez de estas hipotecas con las exigencias del citado principio, pero alterando con ello, en nuestra opinión, el fundamento de ese requisito: mientras que en el supuesto del RH atendía a calificar la suficiencia o insuficiencia de la garantía ofrecida, la generalización postulada

⁸⁰ En este sentido se pronunciaban, por parte de la doctrina, GALINDO Y DE LA ESCOSURA (*op. cit.*, p. 323) y MORELL (*op. cit.*, pp. 182 y ss.), entre otros. Por parte de la DGRN, cfr. las RR 30 de septiembre de 1872 y 27 de octubre de 1892.

⁸¹ GALINDO Y DE LA ESCOSURA: «nosotros no sólo vemos en él la aplicación de la regla establecida en el art. 138, sino que lo consideramos excepción que lo confirma. Porque en ese párrafo, sentándose la doctrina general de que son inscribibles las escrituras en favor del Estado, aunque no contengan su aceptación, se establece que se haga constar ésta por medio de nota, lo que no se exige para las hipotecas constituidas en favor de particulares» (*op. cit.*, pp. 323 y ss.). También en este sentido se inclina BARRACHINA, *op. cit.*, p. 209.

Es decir, que la «simple aplicación a casos particulares» del principio consignado en el art. 138 LH, tal como apuntaba la R. 25 de junio de 1877 (a la que GALINDO Y DE LA ESCOSURA aludían en el texto antes transcrito), sólo podría predicarse en relación con la primera parte de la norma reglamentaria, pero no con la segunda. Lo cual es lógico porque, como hemos visto, el fundamento a que responde esa exigencia no tendría razón de ser fuera de esas concretas hipótesis. En este sentido la R. 27-10-1892 es particularmente clara en sus afirmaciones, al decir que «la nota de este funcionario (el registrador, que había denegado la inscripción de una hipoteca, entre otras causas, por falta de aceptación del Estado, en cuyo favor se había constituido la hipoteca, que él consideraba necesariamente negocio bilateral) confunde dos actos enteramente distintos, cuales son el de constitución de la hipoteca y el de ser ésta aceptada por el Estado; y de esa confusión dimana el que se exija para el primero la intervención de una persona que sólo para el segundo es indispensable. La escritura no es defectuosa por no haber intervenido en ella el Estado, lo cual no excluye que, una vez inscrita, sea sometida a la aprobación de este Centro, única Autoridad competente para calificar su suficiencia o insuficiencia».

por la doctrina suponía sustentarlo en exigencias derivadas del principio *invito beneficium non datur*⁸².

La citada composición, en cualquier caso, encontró acogida generalizada —al margen de la suerte que corriera la concreta configuración en que aquélla se insertó primero⁸³— en nuestra patria entre los partidarios de esta particular forma de constitución de hipoteca. El legislador de 1944-46, así pues, no hizo sino plasmar en la ley lo que, con arreglo a la creencia dominante en la doctrina favorable a la hipoteca unilateral (mayoritaria ya por entonces), pensó que era la realidad de las cosas, y que ya había sido expresamente establecido en el RH para casos concretos: necesidad de «aceptación» por parte del favorecido, aunque no se trate propiamente de aceptación contractual, ya que no se combina con la declaración de voluntad del hipotecante para formar contrato sino que permanece ajena al negocio constitutivo. Y para ello se sirvió de la formulación contenida en esos preceptos reglamentarios sobre los cuales, precisamente, se había concebido este planteamiento (aunque ya hemos dicho que, en nuestra opinión, aquéllos respondían en principio a un fundamento diferente).

Esta es hoy la creencia prácticamente unánime entre los partidarios de la hipoteca unilateral (que son también mayoría) en cuanto al origen y la razón de ser de este requisito de la «aceptación», y hemos de decir que en verdad no hay razones para negar, a tenor de cuanto ha sido dicho, que sea así.

Se trata, en definitiva, de una posibilidad plenamente fundamentada (en nuestra opinión), y que resulta conforme tanto con la letra del precepto como con la intención del legislador. Por el contrario, la negativa de los autores que ahora estamos considerando no aparece respaldada sino por consideraciones de orden estrictamente terminológico —circunscritas al término «aceptación»—, y en su fondo no late sino aquella idea que ya hemos criticado a los defensores de las teorías contrarias anteriores a esta última reforma hipotecaria: que el Derecho exige la intervención en el negocio de aquellos que vayan a verse afectados por sus

⁸² Muy claramente se observa esto en palabras de MORELL: «Aunque no se trate del Estado o Corporaciones civiles, estimamos pertinente el criterio en que dicho art. 197 (del RH de 1915, sustancialmente coincidente con el 112.2 del de 1870) se inspira. Indiscutible es el derecho de cualquier testador para constituir una hipoteca sobre sus bienes que garantice un legado, un crédito o una pensión sin intervención del favorecido, como indiscutible es el derecho de cualquier persona para asegurar con hipoteca, sin estar obligado a ello y sin que nadie se lo exija, cualquier determinada prestación; pero aun en estos casos ha de dominar el criterio en que se inspira el legislador en materia de herencias y donaciones; nadie está obligado a admitir regalos: la voluntad, consentimiento o aceptación del favorecido es necesaria» (*op. cit.*, p. 182).

⁸³ Nos referimos a la teoría de la hipoteca condicional o sometida a condición suspensiva, de la que nos ocuparemos más adelante.

efectos, porque la independencia patrimonial de éstos sólo resulta respetada a través de negocio jurídico bilateral.

En conclusión puede decirse, con Roca Sastre, que «en la vigente Ley Hipotecaria, y concretamente en su art. 141, han quedado notablemente simplificados los términos del problema que planteaba la admisibilidad de la hipoteca unilateralmente constituida»⁸⁴: el proceso de reflexión iniciado sobre la objetiva amplitud de la literalidad del 138.2 LH ha llevado al robustecimiento conceptual de esta hipoteca, lo que ha permitido que recibiera en el 141 de la vigente ley explícita consagración.

5. CONFIGURACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL: EL SUPUESTO GENERAL DEL VIGENTE ART. 141 DE LA LEY HIPOTECARIA

Nos encontramos aquí con una de las cuestiones centrales de esta hipoteca, respecto de la cual no ha habido, sin embargo, coincidencia doctrinal ni jurisprudencial desde la primitiva Ley y que incluso hoy, aun cuando notablemente simplificada, no puede decirse definitivamente establecida. ¿Cuál es la construcción más aceptable en nuestro Derecho, hoy por hoy, de la hipoteca unilateral? Tras la última reforma hipotecaria la discusión se plantea, fundamentalmente, en torno a la siguiente alternativa⁸⁵: de una parte, la concepción que goza del respaldo mayoritario, para la cual hay que estimar que la hipoteca se constituye, nace realmente con la inscripción de la disposición unilateral del dueño de la finca, aunque para su adquisición por el favorecido sea preciso registrar su aceptación, que se configura como *conditio iuris*⁸⁶;

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 591.

⁸⁵ Las otras dos teorías favorables, anteriores a la reforma —hipoteca sometida a condición suspensiva y la de CHAMORRO—, habían sido ya desechadas al acometerse la reforma de 1944-46. En relación con la primera resulta muy provechoso observar, sin embargo, que fueron razones de un orden muy secundario las que llevaron a abandonarla: la aceptación no puede calificarse de condición, pues no se trata de un elemento accidental del negocio establecido por voluntad del disponente, sino de un presupuesto legal o institucional del mismo (es decir, de una *conditio iuris*) (cfr., en este sentido, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 61-62; y ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 596). Respecto a CHAMORRO y su crítica, cfr. *supra* punto 3; puede destacarse además, tal como hace ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 63), que la aceptación de esta hipoteca por el favorecido, que tan importante papel juega en la vigente ley, se esfuma aquí por completo, lo que constituye una circunstancia suficiente, por sí sola, para desecharla.

⁸⁶ Esta construcción es sostenida por los siguientes autores: ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.1, pp. 603-604 (este autor defendió una teoría sustancialmente coincidente ya en la primera edición de esa obra, anterior a la reforma); COSSIO, *Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945, p. 215; DE CASSO, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1951, p. 660, nota 4; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*

de otra, la defendida por Albaladejo, en cuya opinión el negocio jurídico unilateral, «aunque es base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido», efecto éste que, por otra parte, se retrotraerá a la fecha de la inscripción⁸⁷ (esa aceptación, no obstante, no forma parte del supuesto de hecho del negocio, sino que es sólo una *conditio iuris* de la que depende la eficacia de aquél).

La más evidente diferencia entre ellas radica, por tanto, en el momento de nacimiento del derecho: anterior o simultáneo (aunque luego se retrotraiga), respectivamente, al tiempo en que hubiera acaecido la «aceptación».

En cualquier caso, para resolver este tema será ineludible tomar en consideración, como punto de partida, los dos elementos que caracterizan esta figura en su hipótesis habitual: el acto unilateral de disposición, por parte del dueño, y el requisito de la «aceptación» del favorecido. Y, en este sentido, procede comenzar recordando que si bien el carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos de esta hipoteca es la circunstancia que permite la articulación de su constitución a través de un negocio de génesis unilateral —i.e., sin intervención del favorecido—, también ha de afirmarse la plena vigencia del principio que veda que alguien pueda adquirir derechos contra o sin su voluntad⁸⁸. Es preciso, por este motivo, reconocer al destinatario —ya que, repetimos, en razón del carácter plenamente favorable de esta hipoteca y de la normal disposición de los sujetos a admitir lo beneficioso, no se le ha hecho intervenir en el negocio constitutivo de la misma— una última posibilidad que le permita, para el supuesto de que no quisiera los efectos en cuestión, salvar la indemnidad de su patrimonio, rechazándolos. Éste es, ya lo hemos dicho en otras ocasiones, el planteamiento a que nos parece responde el requisito de la «aceptación» del 141 LH. Ahora bien, ¿cuál es su *modus operandi* en este caso concreto? Aquí es donde se producen las diferencias⁸⁹.

Para Albaladejo, constitución y adquisición son momentos que coinciden en la vida de la hipoteca unilateral; aunque el negocio

a la nueva Ley Hipotecaria, 1945, p. 403; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*, 1985, p. 573, etc.

⁸⁷ La hipoteca unilateral, *ADC* (1950), pp. 78 y ss.

⁸⁸ Ya hemos dicho en un momento anterior que nosotros no negamos este principio, sino que únicamente pretendemos delimitarlo en sus contornos más exactos, apreciarlo en su configuración más ajustada.

⁸⁹ Vuelven aquí a ser perfectamente aplicables las palabras de ROCA SASTRE, que afirma que «el problema consiste en fijar el verdadero alcance o trascendencia que esta voluntad de aceptación tiene en el proceso constitutivo de la hipoteca, de la cual el acto estableciéndola unilateralmente figura ya registrado» (*op. cit.*, pp. 598-599).

jurídico unilateral sea la base fundamental de esta hipoteca, no basta por sí solo para hacerla nacer, sino que se requiere para ello la aceptación del favorecido. Esta aceptación —que, como dijimos antes, no forma parte del supuesto constitutivo del negocio, sino que es sólo una *conditio iuris* de la que depende la eficacia del mismo— determinará, así pues, no sólo la adquisición de la hipoteca por el favorecido, sino también su nacimiento, simultáneos, aunque luego, por virtud de la retroacción en los efectos que aquélla lleva aparejada, se considere que se hubieren producido desde la fecha de la inscripción⁹⁰. Se trata, así pues, de una teoría que niega la constitución actual de la hipoteca hasta tanto no haya el favorecido manifestado su voluntad conforme, y que viene forzada por la consideración de que admitir aquélla antes de que ésta se hubiera producido supondría desembocar inexorablemente en la anómala situación de existencia de derechos sin sujeto⁹¹, que Albaladejo considera inadmisibles en términos generales o, cuando menos, injustificada en este caso⁹².

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 67 y ss. Esa retroacción, por otra parte, viene posibilitada por la existencia misma de la inscripción, que evita así tropezar con la protección que la ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un Registro en que no hubiera existido semejante inscripción. La misión de la inscripción es, hasta el momento en que la aceptación tenga lugar, reservar un rango, pero no se trata, sin embargo, de una reserva de rango vacía de contenido dispositivo, como le critica ROCA SASTRE (*op. cit.*, pp. 595 y 607), sino de un efecto preliminar y accesorio del principal —la constitución de la hipoteca—, encaminado únicamente a asegurar la eventual producción de éste, que además deriva, como ya hemos dicho, de ese mismo negocio unilateral, cuando se cumpla la *conditio* a que se supedita su eficacia.

⁹¹ *Op. cit.*, pp. 67-69 y 75, de entre cuyas afirmaciones destacamos, a modo de resumen, las siguientes: «De admitir la tesis de que la hipoteca se constituye, es decir, nace por la inscripción de la disposición del dueño de los bienes y se adquiere por la registración de la aceptación, sería preciso admitir que desde un momento hasta otro hay un derecho sin sujeto (...) Todos los posibles sujetos se agotan en estas tres categorías: 1.º el favorecido por la hipoteca; 2.º, el dueño de los bienes; 3.º, un tercero ajeno a ellos. Es claro que no hay tal tercero titular. *No menos ciertamente tampoco lo es el favorecido, puesto que precisamente el problema que estudiamos está creado por la falta de aceptación de ese favorecido, el cual no es todavía titular porque, en tesis general, nadie adquiere sin su consentimiento.* Finalmente, tampoco puede serlo el dueño de los bienes hipotecados, porque en nuestra legislación no se admite la hipoteca como *ius in re propria*. Luego es evidente que si en la hipoteca, antes de la aceptación, hay ya, como creen los que mantienen la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo, un derecho nacido pero no adquirido, ese derecho de hipoteca habrá de ser un derecho sin sujeto.»

⁹² *Op. cit.*, pp. 68-70. La razón de esta inadmisibilidad radica, para ALBALADEJO, no sólo en una cuestión estrictamente verbal —derecho subjetivo implica sujeto, porque sin sujeto no habría derecho subjetivo—, sino que alcanza la esencia misma del derecho subjetivo: siendo éste un poder atribuido a un sujeto, la existencia de este último parece que debe ser presupuesto ineludible. Consciente el autor, no obstante, de lo extremo de este planteamiento, pasa luego a situarse en un plano inferior, desde el que advierte que tanto si se admiten los derechos sin sujeto como si se piensa que en ellos no existe un verdadero derecho sino una situación jurídica sin titular actual pero mantenida en espera del titular futuro, no resulta justificado encuadrar la hipoteca

Es ésta, sin embargo, una conclusión a nuestro juicio errónea, consecuencia de haber partido de una base extremosa: nosotros pensamos que admitir la constitución actual de la hipoteca establecida por acto unilateral del dueño de los bienes no se traduce, antes de su aceptación por el favorecido, en esa anómala situación de derechos sin sujeto que Albaladejo critica. Es verdad, ya lo hemos dicho antes, que el principio que establece que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad ha de afirmarse como plenamente vigente en este punto y, en consecuencia, ser respetado, de manera que será preciso contar, de algún modo, con la voluntad conforme del beneficiario, pero esto consideramos que no ha de desembocar necesariamente, antes de que ésta se produzca, en esa tal tajante separación «derecho no aceptado-sin titular» frente a «derecho aceptado-con titular»; nada hay en la ley que así lo imponga, al menos de forma evidente, sino que, a nuestro modo de ver, es posible pensar en una solución más correcta y conforme con la realidad⁹³.

Para nosotros, el significado de esa «aceptación» no es dar titular a una hipoteca que no lo tenía —ésta se constituyó en favor de alguien determinado⁹⁴—, sino resolver la situación de incerti-

teca unilateral —como hipoteca ya nacida— en ninguno de ambos supuestos. Y ello porque en ese caso no existen las razones que en otros justifican esa situación excepcional: «si se trata no de hacerlo continuar viviendo (el derecho de que en cada caso se trate), sino de hacerlo nacer —como sucede en la hipoteca unilateral—, ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a este nacimiento» (*op. cit.*, p. 69). Para ALBALADEJO, por tanto, sólo la preexistencia de un derecho a la desaparición de su titular podría justificar, en determinadas circunstancias, el mantenimiento de aquél hasta la llegada del nuevo sujeto, lo que evidentemente no ocurre en el caso de la hipoteca unilateral.

⁹³ En cualquier caso, desde un punto de vista histórico no serían válidas las consideraciones hechas por ALBALADEJO en apoyo de su concepción del modo de operar de este requisito de la «aceptación». Si consideramos, con él, que el sentido del 141 LH es solamente «generalizar una norma que, aplicada a un caso concreto, ya venía existiendo desde 1870» (*op. cit.*, pp. 73-74), la repercusión que este requisito tiene en la configuración del supuesto no puede entonces, en modo alguno, venir determinada por la idea de la inadmisibilidad de las situaciones de derecho sin sujeto o, al menos, por la conveniencia de evitarlas. Y esto porque al tiempo de promulgarse el RH de 1870 la inscripción hipotecaria no tenía entre nosotros —sin que en esto pueda haber la más mínima duda— carácter constitutivo; habría por consiguiente, de forma inevitable, un espacio de tiempo en el que se produciría una disfunción en este sentido: el que va desde la perfección del negocio a su inscripción en el Registro, ya que la nota en que se hiciera constar la aceptación del favorecido surtiría sus efectos sólo desde la fecha de la inscripción a que se refiriese (art. 112.2 RH), que no es, como hemos dicho, la del nacimiento del derecho.

⁹⁴ Esta inescindible conexión que existe entre *esa hipoteca* y *ese favorecido* es una circunstancia que, tal vez, no ha sido puesta suficientemente de relieve, y que a nosotros nos parece fundamental. No es posible, por tanto, pensar aquí, ni siquiera remotamente, en la figura alemana de la «deuda inmobiliaria de propietario», y no sólo porque ésta sea excluida, en términos generales, por nuestro Ordenamiento, sino porque en la intención del disponente esa hipoteca va exclusivamente destinada, des-

dumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca: mientras el favorecido no haya manifestado su voluntad conforme al ingreso de esa hipoteca (en cuya constitución no ha tenido participación alguna) en su patrimonio, la eficacia del negocio, *que ha de afirmarse desde el primer momento*, no podrá considerarse cierta y definitiva todavía, pues aunque ya hemos dicho que el carácter plenamente favorable de los efectos hace que la aceptación por parte del favorecido sea la actitud «normal», siempre cabe la posibilidad de una voluntad en contra, que es preciso respetar. Así pues, no es que al quedar los efectos del negocio en suspenso, a la espera de la «aceptación» del favorecido, la hipoteca no se haya constituido, sino que, mientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase interina de eficacia debilitada: nos encontramos en una situación en la que, si bien no puede decirse que el acreedor sea ya definitivo y cierto titular del derecho de hipoteca, ni que el dueño de los bienes esté gravado por aquélla de un modo igualmente cierto y definitivo todavía, creemos que tampoco puede negarse la existencia actual de esa relación, aunque venga enmarcada en una situación de pendencia que introduce en ella un dato de incertidumbre o inestabilidad⁹⁵.

Nosotros, sin embargo, aun coincidiendo en lo sustancial con los autores que defienden el nacimiento real o actual de la hipoteca desde el momento de perfección del negocio⁹⁶, vamos no obstante un poco más allá al considerar esa situación interina y, sin hacer tanto hincapié en la contraposición tajante del momento constitutivo frente al adquisitivo⁹⁷, pensamos que esa hipoteca, antes de que el favorecido manifieste su voluntad al respecto,

de el primer momento, a un sujeto concreto, de tal modo que nace a favor de éste, y si por éste mismo es rechazada pierde su razón de ser y desaparece.

⁹⁵ Respecto de lo dicho en la R. 28 de agosto de 1983, en la que se afirma que «la persona o personas a cuyo favor se establece o inscribe tal hipoteca, mientras no la acepte, no adquiere derecho ni obligación alguna», es preciso tener en cuenta que esa afirmación no constituye la *ratio decidendi* del supuesto, sino que con ella se trata simplemente (aunque no sea acertada, a nuestro juicio) de reforzar la idea fundamental —que aparece en otro lugar de la misma resolución— de que el favorecido «carece de toda intervención en la escritura otorgada por el constituyente, por lo que no existe razón que justifique la sujeción de tal escritura a turno de reparto por el simple hecho de que el acreedor favorecido sea una entidad inequívocamente sometida a turno».

⁹⁶ Son los enumerados en la nota 86.

⁹⁷ Este planteamiento queda perfectamente reflejado en las palabras de COSSIO: «es preciso, y ello parece lo conforme con la letra de la ley, admitir que la hipoteca nace por la sola virtud del acto unilateral», aunque «una cosa es que la hipoteca se constituya unilateralmente con plena validez y otra que se adquiera por su destinatario sin mediación de su propia voluntad. Lo que aquí ocurre es que se separan el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo. Sin necesidad de aceptación queda la hipoteca válidamente constituida, pero sólo mediante la aceptación es adquirido el derecho por el acreedor hipotecario» (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, p. 215).

debe entenderse integrada ya de alguna forma en el patrimonio del favorecido, si bien que todavía no de un modo cierto y definitivo, sino inestable y eventual⁹⁸: en caso de que esa voluntad sea favorable, el efecto se consolidará y vendrá a ser pleno y definitivo; en caso contrario, se deshará retroactivamente, como si nunca hubiera existido. Esto nos parece que no siempre se ha visto con total claridad por estos autores, los cuales, centrados en demostrar, primero, la posibilidad en nuestro Derecho de la hipoteca establecida por acto unilateral del disponente, y después, frente a Albaladejo, la constitución actual del derecho aun antes de su aceptación por el favorecido, tal vez no han apreciado exactamente que esto resulta no sólo perfectamente satisfecho con la construcción que acabamos de exponer, sino que ésta es, además —desde nuestro punto de vista—, más plausible que la sustentada en la radical separación «hipoteca nacida pero no adquirida» frente a «hipoteca nacida y adquirida», y que evita cualquier posible objeción que eventualmente pudiera formularse contra la (anómala, aunque posible en algunos casos) situación de desconexión actual entre un derecho y su titular⁹⁹.

⁹⁸ En este sentido pueden reproducirse aquí las palabras de DIEZ-PICAZO en relación con la situación en la fase de pendencia: «cabe discutir si la condición todavía no producida deja en suspenso el comienzo mismo de la relación obligatoria (aunque DIEZ-PICAZO hace estas afirmaciones en relación con un negocio productor de obligaciones, y la hipoteca no es un negocio obligatorio sino dispositivo, no hay razón para no aplicar el mismo régimen: el mismo autor lo afirma así al decir que esto que señala para la relación obligatoria condicional no es sino aplicación de los principios y reglas generales relativos a los negocios condicionales), de manera que se puede hablar de una suspensión en la vigencia de la relación, y es la aparición del evento condicionante lo que marca el comienzo de la vigencia de la obligación o si, por el contrario, la condición suspende simplemente la eficacia (como dice el art. 1.122 C.c.), y fija por tanto la plena eficacia de una relación que, sin embargo, es ya existente. El problema no parece nitidamente dibujado en nuestro Código civil. Es verdad que en la fase de pendencia *las partes no son todavía plenos titulares* de los derechos previstos... *Sin embargo, no cabe negar que las partes han entrado ya en relación* (en el negocio unilateral de hipoteca no existen, por definición, partes, pero lo importante es destacar que el efecto querido con el negocio se produce desde el primer momento, aunque su eficacia no sea todavía plena y definitiva, sino debilitada e inestable). Por esto, la relación obligatoria condicional existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada» [*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, (1983) t. I, pp. 542-543].

Resulta ilustrador, además, observar la semejanza con el régimen expresamente establecido en el C.c. como propio de los legados de cosa cierta y determinada propia del testador (art. 882). Nos ocuparemos de esto con mayor detalle más adelante (cfr. *infra*, punto 6.B).

⁹⁹ Aunque posiblemente resulta más ajustado puntualizar que, de algún modo, en mayor o menor medida, sí parece vislumbrarse esta idea. Así, SANZ FERNÁNDEZ afirma que «el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor; pero para que la hipoteca *ingrese efectivamente* en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación», y que «la aceptación no añade validez a la hipoteca ya constituida, sino que se limita

La «aceptación» del acreedor no es, así pues, sino un evento futuro e incierto al que se supedita el pleno y definitivo desenvolvimiento de la eficacia del acto unilateral de disposición, la estabilidad de esa hipoteca ya constituida, aunque luego, una vez acaecida ésta, la eficacia retroactiva que la propia ley le atribuye borre todo vestigio de la incertidumbre propia de los primeros momentos, de tal modo que ese derecho de hipoteca habrá de considerarse como si hubiese sido cierto y definitivo desde la inscripción del negocio¹⁰⁰. Y, por su parte, la independencia patrimonial del favorecido queda totalmente garantizada con este planteamiento, pues el eventual rechazo de éste al ingreso de la hipoteca en su patrimonio supone la no verificación de ese requisito que la «aceptación» constituye y, en consecuencia, la frustración e ineficacia del negocio, como si nunca hubiera existido.

Esa «aceptación» supone, en definitiva, un requisito de eficacia del negocio¹⁰¹, con arreglo al cual, de una parte, la hipoteca resulta de rigurosa y propia constitución unilateral —ya que, como hemos dicho otras veces, esa «aceptación» no forma parte del negocio—, pero sin que, de la otra, esto suponga violentar en absoluto el señorío que a todo individuo debe reconocerse sobre su propia esfera jurídico-patrimonial: se trata únicamente de articular la defensa de ésta de un modo más acorde con las circunstancias del caso, dado el significado de la hipoteca para el favorecido y el consiguiente origen no contractual de esta hipoteca en él.

a consagrar la adquisición del derecho (*op. cit.*, p. 403) —en este sentido preguntamos: ¿es viable un «ingreso no efectivo»?; ¿qué es una «adquisición no consagrada»?; ¿no puede esto significar que aunque, de alguna forma, ha habido ingreso en el patrimonio, éste no es todavía definitivo?—; DE CASSO (*op. cit.*, p. 660, nota 4) opina que la reforma de 1944-46 no ha aclarado resueltamente esta cuestión, recogiendo las opiniones tanto de COSSÍO (cfr. *supra*, nota 97) como de ROCA; ESPÍN, por su parte, considera que «aun cuando quede válidamente constituida la hipoteca antes de la aceptación... es evidente que la adquisición para el acreedor del derecho real requiere su aceptación, lo cual plantea la existencia de una situación interina entre la creación de la hipoteca y su adquisición por el acreedor (...) Esta distinción plantea la existencia de una situación interina durante la cual parece que falta el titular del derecho real de hipoteca, situación que no obstante se mantiene ante la expectativa de la ulterior aceptación» (*op. cit.*, pp. 573-574); por último, ROCA SASTRE afirma que «la situación de la hipoteca, mientras pende de la aceptación, puede explicarse a base de la doctrina que admite como posibles las situaciones jurídicas sin titular actual, pero que son mantenidas en espera de titular futuro; la aceptación posterior viene a completar la situación jurídica producida, llenando solamente el hueco de una titularidad virtualmente existente pero vacía de elemento subjetivo actual» (*op. cit.*, p. 600, nota 2).

¹⁰⁰ Es éste, y no otro, el significado que debe darse a la retroacción de que habla el 141 LH. Como dice SANZ, «la circunstancia de producirse los efectos desde la inscripción deriva de la energía constitutiva del acto jurídico unilateral más que de la fuerza retroactiva de la aceptación» (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, p. 404).

¹⁰¹ ALBALADEJO, aun derivando a su personal y ya criticada tesis, coincide sin embargo en este punto (*op. cit.*, p. 83).

En apoyo de esta construcción de la hipoteca unilateral puede señalarse también la mayor conformidad que presenta con la letra del 141 LH. Desde esta perspectiva terminológica, y considerando el precepto en su conjunto, la conclusión que se desprende es claramente favorable a la tesis que hemos apuntado y contraria a la de Albaladejo, y no sólo por cuanto hace a los términos que más directa e inmediatamente atañen a esta cuestión —«hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca», «fecha de constitución de la misma», «persona en cuyo favor se constituyó»—, sino también en relación con aquéllos que, aunque referidos al campo más específico de los asientos registrales, deben concordar con los primeros: de aceptar la tesis de Albaladejo, y siendo así que el asiento en cuestión no publicaría ningún derecho de hipoteca, sino sólo una expectativa de ella, un negocio que es base para constituirlo cuando se verifique el requisito de la «aceptación» a que la supeditaria el 141 de la ley, aquel asiento debería haber adoptado la forma de anotación preventiva y no la de inscripción propiamente dicha, que es la que establece la ley ¹⁰². Y, además, ni siquiera es preciso acudir, como hace Roca, a matizar la interpretación en relación con algunas expresiones del precepto que no tendrían encaje perfecto en su construcción —«persona a cuyo favor se establecieron», «persona a cuyo favor se constituyó»—, sino que éstas son perfectamente válidas en sus propios términos ¹⁰³.

Por cuanto hace a la naturaleza de ese requisito de eficacia del negocio —la «aceptación»— es usual contraponer, en función de su origen —voluntario o legal—, las categorías de la condición y de la *conditio iuris*: en el primer supuesto, el evento a que se supedita la eficacia del negocio viene establecido por voluntad de las partes; cuando, por el contrario, éste es fruto de una disposición de ley, se habla de *conditio iuris*. Sin que sea éste momento para adentrarnos en el estudio de este tema, y dejando al margen cuestiones tales como la situación de esos requisitos en relación con el supuesto de hecho del negocio, o la posibilidad de su consideración como *species* de un único *genus*, sí conviene sin embargo que nos detengamos un momento a fin de establecer algunas líneas de tratamiento que nos permitan determinar la naturaleza legal o voluntaria de aquéllos, aunque esto no afectará en absoluto

¹⁰² Aunque el argumento literal pueda no ser por sí solo, como se afana en señalar ALBALADEJO, factor decisivo en esta cuestión (*op. cit.*, pp. 70 y ss.), siempre es un dato a tener en cuenta, máxime cuando la dirección en que se orienta es plenamente coincidente con aquélla a que antes habíamos llegado por otros caminos.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 611. La dificultad que este autor encuentra en estas expresiones consiste en que parecen dar por incorporada la hipoteca al patrimonio del favorecido aun antes de su aceptación, cosa que rechaza por entender que esa aceptación marca una radical separación entre derechos adquiridos y no adquiridos.

—es preciso tenerlo en cuenta— a su modo de operar ni a sus efectos.

En este sentido, es preciso resaltar, en primer lugar, que el simple hecho de que en el presente caso el citado requisito venga expresamente recogido en la ley no basta para afirmar, sin más, que se trata de una *conditio iuris*, pues cabe la posibilidad de que nos encontremos ante una condición voluntaria tácita que, considerada como tal por la ley, haya sido explícitamente tomada en consideración por la misma en una interpretación típica de la voluntad del sujeto, lo cual no cambia el carácter voluntario de aquél.

Entrando ahora ya de lleno en la cuestión planteada, y tomando como criterio básico el apuntado por Falzea (que denominaremos del «interés»¹⁰⁴), podemos decir que con el condicionamiento del negocio no se hace sino proceder a la realización de intereses distintos a los estrictamente contemplados en la estructura típica del negocio en cuestión: el evento condicionante se interfiere entre el acto puro y sus efectos típicos para tutelar un sistema de intereses externo que se conectan al supuesto normal. Y así, cuando el interés sea imputable a las partes se hablará de condición voluntaria, y cuando se trate de un interés general o superior, cuya tutela deba ser asignada al Ordenamiento, de *conditio iuris*.

Veamos ahora qué resulta de la proyección de estas ideas a la concreta hipótesis de la hipoteca unilateral. ¿Cuál es el interés actuado con el requisito de la «aceptación» que postula el 141 LH? La respuesta no aparece clara.

Así, de una parte es lógico pensar que el dueño de la finca no quiere constituir esa hipoteca sino en tanto su destinatario vaya a quererla en su patrimonio; se trataría, en consecuencia, de un interés del sujeto (¿acaso supone la exigencia de aceptación por parte del favorecido algo que no esté en la intención del disponente?) y, por tanto, de una condición voluntaria. Considérese además, en este sentido, la llamativa identidad de régimen que existe entre la hipoteca unilateral y la sometida a condición suspensiva —art. 142 LH—, y el dato de que ésta fue la interpretación de la hipoteca unilateral en la doctrina mayoritaria del siglo pasado.

Pero, por otra parte, también parece innegable que la finalidad que con ese requisito se pretende salvar —el principio que establece que nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad— constituye un principio fundamental cuya salvaguardia debe corresponder, más allá de los concretos sujetos de cada caso, al Ordenamiento jurídico; se tratará, por consiguiente, de un interés superior, general, que llevará a calificar esa «aceptación» de *conditio iuris*.

¹⁰⁴ *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941.

Es verdad que, bien mirado, más que intereses distintos e independientes podría decirse que se trata de una misma realidad contemplada desde dos puntos de vista, el del hipotecante y el del Ordenamiento: considérese, en este sentido, que tanto si se toma uno como otro, el otro «interés» queda también satisfecho. En cualquier caso, a nosotros nos parece¹⁰⁵ que la perspectiva que domina, que destaca, es la del interés general; por otra parte, resulta revelador observar que, además de Roca y los demás autores que hoy, después de la reforma, admiten la posibilidad de esta forma de constitución, incluso los mismos defensores de la teoría, en su tiempo tan extendida, que veía en el caso una hipoteca sometida a condición suspensiva, afirmaban que éste no era sino un expediente orientado a garantizar el principio que establece que *nemo nolens acquiri potest*¹⁰⁶. ¿Es posible, en consecuencia, afirmar que nos encontramos ante una condición voluntaria, un elemento accidental del negocio que está en manos del constituyente? Ciertamente que, de hecho, resulta inimaginable pensar que esta previsión pudiera faltar en la intención del disponente, pero, esto no obstante, la importancia, la trascendencia del interés en juego hace que su tutela corresponda al Ordenamiento jurídico, y que no pueda quedar exclusivamente en manos del disponente¹⁰⁷.

A continuación pasamos a ocuparnos de una serie de cuestiones propias de esta figura, las cuales presentan un innegable interés, y respecto de las que no siempre existe un planteamiento pacífico.

A) El requerimiento del 141.2 LH

Puesto que es principio indubitado que nadie está obligado a adquirir derechos contra su voluntad, es claro que la persona llamada a la titularidad de esta hipoteca unilateralmente constituida en su favor «puede rechazarla o renunciarla, no queriendo que la misma se incorpore a los elementos activos de su patrimonio. Cuando esto ocurra, lo procedente será extender el correspondiente asiento de cancelación de la inscripción de hipoteca»¹⁰⁸. Incide esta reflexión en la particular situación configurada por el art. 141 LH: nos encontramos en ella con un derecho que, si bien ya na-

¹⁰⁵ Con todas las reservas posibles, por ser éste un punto cuyo tratamiento aparece conectado a lo que resulte de un planteamiento general de los requisitos de eficacia del negocio.

¹⁰⁶ Particularmente claros en su exposición son, en este sentido, ARAGONÉS (*op. cit.*, pp. 119 y ss.) y MORELL (*op. cit.*, p. 185).

¹⁰⁷ LA RICA parece, sin embargo, no descartar la hipótesis de la condición suspensiva (*op. cit.*, p. 207).

¹⁰⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 611-612.

cido, no puede decirse que sea cierto y definitivo todavía, mientras el llamado a él no manifieste su voluntad conforme. El problema estriba en el hecho de que esta situación interina de hipoteca constituida pero no aceptada, que pesa como gravamen sobre la finca, puede mantenerse por tiempo indefinido —ya que la ley no obliga al favorecido a aceptar en un momento concreto o dentro de un plazo determinado—, siendo así que esta posibilidad parece que ha de estimarse «contraria a los postulados del sistema, a la certidumbre del estado jurídico de la propiedad y a la seguridad de su tráfico»¹⁰⁹. Convendrá, por tanto; adoptar cuantas medidas orientadas a salir de este estado de incertidumbre y pendencia sean pertinentes.

En este sentido, y sobre la base de considerar que el favorecido no ha manifestado (por el momento al menos) su voluntad favorable a admitir en su patrimonio esa hipoteca constituida en su favor, antes de la reforma de 1944-46 el hipotecante podía intentar, en ese estadio intermedio, la cancelación de la inscripción. Para lo cual precisaba, sin embargo, del consentimiento del favorecido, conforme a lo dispuesto en el art. 82 de la ley¹¹⁰; esa pretensión podía, por tanto, quedar frustrada si el llamado aceptaba entonces —para lo que, repetimos, estaba legitimado, pues no existía plazo alguno fijado dentro del cual fuera necesario hacerlo—, pero la situación quedaba despejada, fuera en uno u otro sentido. En caso de que el favorecido no quisiera aceptar pero tampoco otorgar su consentimiento para la cancelación, éste podía ser suplido mediante resolución judicial (art. 82.3 LH).

La llegada de la vigente ley ha supuesto en este punto, por su parte, la adopción de un «específico medio de cancelación, que envuelve algo de consentimiento tácito cancelatorio, por vía de silencio, por parte del acreedor o titular registral»¹¹¹: «si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó»

¹⁰⁹ LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, pp. 208-209.

¹¹⁰ En este sentido se pronunciaba de forma expresa la R. 31-8-1893: «no es exacto que al prevalecer la doctrina que se está exponiendo se pueda dar en el absurdo de hacer árbitro al dueño de la finca de la cancelación de la hipoteca de que se trata ínterin falte la aceptación de aquél en cuyo favor fue constituida, y esto como resultado de la combinación del art. 1.257 del Código con el 27 de la Ley Hipotecaria, puesto que rigiéndose el caso del recurso exclusivamente por el derecho hipotecario, cual queda dicho, es llano que la inscripción que se practique, a virtud de la escritura (...) quedará sometida al general y terminante precepto del art. 82 de dicha ley».

¹¹¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 612. Es éste, dice SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, p. 618), uno de los medios a través de los cuales se procedió para lograr una de las principales finalidades de la reforma de 1944-46: sanear el Registro, liberándolo de cargas y gravámenes, facilitando la cancelación de algunos asientos, entre ellos éste.

(art. 141.2 LH)¹¹². No se trata aquí de un medio a través del cual se permite al hipotecante que, arrepintiéndose de su decisión constitutiva, pueda escapar a sus efectos, ni tampoco de una acción de rectificación del Registro inexacto, ya que no existe tal inexactitud: son únicamente «razones empíricas encaminadas a evitar que la situación de hipoteca constituida pero sin aceptar se prolongue demasiado, sembrando inseguridad en perjuicio del dueño de los bienes o de posibles terceros» las que llevan a que la ley conceda al dueño de la finca¹¹³ «un medio para compeler al acreedor a que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca, precipitando los acontecimientos y despejando la situación»¹¹⁴.

Este precepto, dice La Rica, «es plausible, pues fija indirectamente un plazo para la aceptación». Deja en pie, sin embargo, un problema: ¿qué ocurre si no se practica el requerimiento ni se expresa la voluntad de aceptar? En este caso —perfectamente posible, puesto que el requerimiento viene configurado en la ley como una posibilidad, no como una obligación—, continúa La Rica, «la cancelación no es procedente y la hipoteca subsistirá indefinidamente, como un fantasma incorpóreo capaz de vitalizarse en un momento determinado». La observación es correcta, y por eso este mismo autor reclamaba del RH que «convendría fijar un plazo máximo de uno o dos años, por ejemplo, dentro del cual habría de hacerse constar registralmente la aceptación para que ésta surtiese efecto retroactivo, sin perjuicio de que pudiera aceptarse posteriormente, en tanto no fuera cancelada, pero ya sin ese efecto»¹¹⁵. Se trata, sin embargo, de una solicitud que, aun siendo admisible en cuanto a la finalidad perseguida —sin perjuicio de que en la práctica, como le replica Roca Sastre, la facultad atri-

¹¹² ROCA, en la nota 1 de la p. últ. cit., observa certeramente que «en rigor no es el dueño de la finca quien cancela, porque el consentimiento cancelatorio sólo puede emanar de la persona a quien la cancelación puede perjudicar. El dueño de la finca sólo puede exigir o reclamar tal cancelación. En este punto el art. 141 de la ley se produce con mejor tecnicismo que el 237 del RH» (en el que se establece que «transcurridos dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca»). El RH, en la primera parte del art. 237, explicita qué es lo que debe decirse en el requerimiento; en la segunda, señala que será preciso, para la cancelación, que el dueño de la finca otorgue escritura pública (lo que no es sino aplicación de la regla general del art. 3 LH y de la especial del art. 179 RH para cancelación de hipotecas). Son, como dice DÍAZ GONZÁLEZ (*Derecho Hipotecario*, 1967, p. 101), normas de carácter notarial.

Por cuanto hace a la aplicación en este punto de esos dos preceptos —141.2 LH y 237 RH—, cfr. las consideraciones hechas por ROCA SASTRE (*op. cit.*, pp. 612-613), de entre las que destacamos la que afirma que, cuando el requerimiento tenga expresa respuesta negativa, no será preciso esperar los dos meses para la cancelación.

¹¹³ Este requerimiento corresponde al dueño de la finca gravada, sea o no el hipotecante, ya que es aquél, y no éste —cuando no se trate de un mismo sujeto—, quien se ve afectado por esta situación.

¹¹⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 614.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 209.

buida por el 141.2 al dueño de la finca gravada pueda hacerla innecesaria—, es incorrecta en cuanto al modo en que se articula: no es posible atribuir a esa misma «aceptación» una doble y distinta eficacia, según el momento en que se produzca: en un caso con eficacia retroactiva, mientras que en el otro no; dado que la hipoteca nace verdaderamente del acto unilateral del disponente, el rango le viene dado no por la retroacción de los efectos de la aceptación, sino simplemente por el momento de su inscripción ¹¹⁶. No puede, por tanto, admitirse esa segunda aceptación de que habla La Rica, que supone una confusión inadmisibles: mientras que la primera «aceptación» es la del 141 LH —i.e., de una verdadera hipoteca unilateral, nacida sin intervención del favorecido, que con su «aceptación» sólo hace despejar la incertidumbre que ya hemos visto caracteriza los primeros momentos de esa hipoteca—, la segunda es de naturaleza contractual y vendría entonces a dar vida a una hipoteca hasta entonces no nacida pero, a pesar de ello, inscrita ¹¹⁷.

Si se estableciera plazo para aceptar —con el fin de impedir totalmente la posibilidad de que esa situación interina pudiera perdurar más de lo deseable o admisible—, éste habría de ser uno solo, y además sería preciso concluir que, una vez transcurrido, la hipoteca se extinguiría ¹¹⁸.

B) La «aceptación» y su constancia registral; carácter de ésta

El evento a que el art. 141.1 LH se refiere como determinante de la retroacción, ¿es la aceptación o su constancia registral?; en otras palabras, ¿tiene la nota marginal en que aquélla se haga constar carácter constitutivo o bien, siguiendo la regla general en nuestro Derecho, simplemente declarativo?

La doctrina en general ¹¹⁹ se pronuncia clara y tajantemente en favor del carácter constitutivo de la nota en todo caso, sobre la

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 100.

¹¹⁷ Pero no se trataría siquiera de una situación derivada del principio de consentimiento formal —al margen de que, como ya antes dijimos, los principios registrales de nuestro Derecho no permiten dar acogida a éste—, en que la hipoteca, una vez nacida —para lo cual se requiere el acuerdo de las partes—, lo haría con el rango correspondiente al asiento sobre el que se apoya (cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Principios hipotecarios», en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, p. 413). Nos encontraríamos ante una simple oferta de hipoteca —para cuya publicación no es el Registro lugar adecuado— cuyos efectos sólo se producirían a partir de la fecha de perfección del contrato: es la concepción que fue defendida por la STS 4-10-1915, unánimemente criticada por la doctrina desde todos los puntos de vista.

¹¹⁸ Para ROCA este plazo lo sería de caducidad de la inscripción (*op. cit.*, p. 614, nota 2).

¹¹⁹ LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 208; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, p. 404; ROCA, *op. cit.*,

base de la letra del precepto, que establece que «la aceptación... se hará constar en el Registro por medio de *nota marginal*, cuyos efectos se retrotraerán...», y que «*si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses a contar desde el requerimiento... podrá cancelarse la hipoteca*».

Roca Sastre, además, conecta este tema con el de la inscripción en la hipoteca, afirmando que «la registración de la aceptación es cosa obligada por el carácter constitutivo de (la inscripción en) la hipoteca», y que «en ésta la inscripción es constitutiva en todo, incluso en lo que afecta a su titularidad activa»¹²⁰. Es éste, sin embargo, un argumento cuya aplicación al caso resulta, de cualquier modo, inadecuada: aun admitiendo ahora el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca —planteamiento éste que, aunque ampliamente dominante en nuestra doctrina, no puede decirse del todo pacífico¹²¹—, éste quedaría cumplido, en el caso de la hipoteca unilateral, sin necesidad de inscribir la aceptación: lo que el art. 1.875 C.c. establece es que «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro»; y en la hipoteca unilateral ya hemos visto que la «aceptación» nada tiene que ver con la constitución del derecho.

Ésa es, como hemos dicho, la opinión dominante entre los autores en nuestra patria. Nosotros pensamos, sin embargo, que la cuestión requiere un planteamiento previo, en el que es preciso distinguir netamente dos hipótesis:

1) Cuando no haya habido requerimiento al favorecido para que se pronuncie:

En este caso —perfectamente posible por cuanto que, como ya hemos dicho en un momento anterior, ese requerimiento viene configurado en la ley no con carácter obligatorio, sino meramente potestativo— la «aceptación» del acreedor, aunque necesaria —como exigencia que es, derivada del tantas veces citado principio que exige en toda adquisición la voluntad conforme de aquél respecto del cual esa adquisición se predica—, no precisa de la constancia registral: puesto que, como acabamos de apuntar, lo que con ella se pretende no es sino salvaguardar la independencia de la esfera jurídica de aquél que, sin haber intervenido en el negocio, va a verse afectado por sus efectos, ha de convenirse en que esta finalidad queda sobradamente cumplida con la simple «aceptación», sin que la atribución de carácter constitutivo a la

p. 610; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 83; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 1981, p. 788, etc.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 609.

¹²¹ *Vid.*, en este sentido, el trabajo de GORDILLO CAÑAS: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado, IV, 1991, pp. 318 y ss.

nota en que aquélla se hiciera constar reporte beneficio o utilidad alguna en este sentido.

Es más, a nuestro juicio esa aceptación no tiene que ser siquiera expresa, sino que admite la forma tácita, pudiendo verse incluso implícita en el mismo hecho de ejercitar la acción hipotecaria: así, es indudable que el ejercicio de una hipoteca presupone su tenencia, y ya hemos dicho que en ésta el dato decisivo viene dado por la voluntad del sujeto, pero ¿acaso no resulta esa voluntad de aceptar evidenciada en aquel hecho?¹²² Esto es, además, conforme con lo dispuesto en la misma ley para la ejecución de hipotecas (art. 131), que no exige sino la presentación del título inscrito de su constitución —que no contiene más que la declaración del constituyente— (igual ocurriría en el caso de no poderse presentar dicho título, en que habría de acompañarse, con el que se presentara, certificación del Registro que acreditara la inscripción y subsistencia de la hipoteca).

Por otra parte, aunque el 141 LH dice que la aceptación «se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma» (de la hipoteca), esto puede y debe entenderse, a nuestro modo de ver, como significando que la constancia registral de aquélla —posible siempre a instancia del favorecido, aunque no sea, a nuestro juicio, necesaria en este caso— tendrá lugar por medio de nota marginal, pero no como que ésta sea en todo caso imprescindible. Y la «retroacción de efectos» de que habla ese mismo precepto no resulta inevitable conectarla, incluso desde un punto de vista estrictamente sintáctico, a la nota marginal, sino que también podría referirse a la «aceptación» sin más¹²³; en todo caso, y en razón

¹²² No existen aquí las objeciones que se planteaban tanto en Francia como en Italia —en este último país, con anterioridad a la llegada del vigente código— en este punto: en estos países, aunque se exigía el acuerdo para el nacimiento de la hipoteca, se consideraba que era posible la inscripción previa del acto unilateral del dueño, pudiendo la aceptación resultar de un acto posterior, incluso tácitamente, del hecho de aprovecharse de ella. A esto se contestaba, sin embargo, que no era posible ver una aceptación contractual en ese hecho, ya que éste no era sino ejercicio de un derecho cuya existencia y pertenencia a su titular habían de ser, lógicamente, anteriores. Pero no existen en la hipoteca unilateral, decíamos, estos obstáculos. Y ello porque ya hemos visto que la «aceptación» del 141 LH no debe entenderse como voluntad recíproca de otra —oferta— con la que se integra para formar contrato, sino que es simple conformidad del favorecido al ingreso en su patrimonio de los efectos en cuestión, justificada por el hecho de que éste no ha intervenido en el negocio que los genera, ya perfecto y completo en sí mismo, y con el cual nada tiene que ver; la «aceptación» del 141 se orienta exclusivamente a consolidar unos efectos que no tienen aún carácter cierto y definitivo, pero no a su producción, que es anterior, y con la que nada tiene que ver.

¹²³ Aunque es preciso reconocer como más probable la primera hipótesis, sobre todo si tenemos en cuenta que los arts. 112/197 RH (1870/1915) —de los que ya hemos dicho que parecen ser los antecedentes del 141 de la vigente ley— establecían, después de haber afirmado la inscribibilidad de las hipotecas constituidas a favor del

de su propio significado, la «aceptación» de este derecho por hipótesis ya nacido de negocio unilateral demanda por sí misma la eficacia retroactiva que la ley reconoce a la constatación registral de su producción.

2) Cuando haya habido requerimiento:

En este caso la solución cambia respecto del anterior, debiendo entenderse que ahora se hace necesario que la voluntad conforme del favorecido se manifieste expresamente¹²⁴ y se haga constar en el Registro, de tal modo que, de no hacerse así, la «aceptación» se tendrá por no acaecida, con la consiguiente posibilidad para el dueño de la finca, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo de este mismo artículo, de cancelar la hipoteca¹²⁵. Esta registración por nota marginal de la voluntad favorable del destinatario tiene, en opinión de la doctrina dominante, carácter constitutivo (no de la hipoteca, ya constituida, sino de su aceptación). ¿Es esto indiscutible? Creemos que no. Sin que sea éste momento para tratar con detenimiento el significado de la inscripción en nuestro Derecho, sí podemos decir, no obstante, que esa registración podría ser aquí, más bien, una «carga» impuesta al acreedor; un supuesto, en definitiva, de inscripción no constitutiva sino obligatoria, cuya falta llevará aparejada, en consecuencia, ciertas sanciones: la posibilidad de que la hipoteca sea cancelada. Esto es más coherente con el planteamiento que hemos hecho, basado en distinguir según haya habido o no requerimiento.

Estado o Corporaciones civiles, aunque no constara en la escritura su aceptación, que «aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal. Esta nota surtirá todos los efectos legales desde la fecha de la inscripción a que se refiera». Nosotros nos inclinamos, en todo caso, en favor de una interpretación flexibilizada de la ley en este punto, en el sentido que hemos indicado, lo que resulta plenamente justificado si atendemos a la finalidad que inspira ese requisito de la «aceptación».

¹²⁴ Esta «aceptación» entiende SANZ que, por causa del carácter esencialmente formalista de la institución registral, ha de ser expresa, solemne y pública (*op. cit.*, p. 404). ROCA, sin embargo, discrepa de esta opinión por entender —tal vez con mejor criterio— que si bien es cierto que el registrador necesita, para practicar una inscripción, un documento público del que resulte que dicha aceptación ha tenido lugar, esto no quiere decir que esa aceptación haya de ser expresa y solemnemente declarada, sino que «es admisible el caso de aceptación tácita declarada judicialmente tal, en cuyo supuesto, presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda de que deberá extenderse la precedente nota marginal» (*op. cit.*, p. 610); o, en el caso de las fianzas de notarios y registradores, la aprobación de éstas por la DGRN constará en documento administrativo.

¹²⁵ Esta cancelación no es, sin embargo, automática una vez hayan transcurrido los dos meses a contar desde el requerimiento que a este efecto se hubiera practicado, sino que deberá ser solicitada por el dueño de la finca. En consecuencia, si éste no lo hiciera podría el favorecido hacer constar válidamente su aceptación aun después del transcurso de los dos meses, e incluso, una vez llegada la obligación garantizada a su vencimiento, ejecutar la hipoteca, no obstante no constar en el Registro la aceptación, siendo preciso ver en esta solicitud de ejecución —tal como ya hemos dicho antes— una voluntad suficiente.

El requisito de la constancia registral aparece, así pues, íntimamente conexo con el requerimiento del 141.2 LH. Este, decíamos en su momento que no es sino un medio habilitado por la ley en interés del dueño de la finca, que puede así compeler al favorecido para que se pronuncie al respecto, despejando la situación de interinidad que hasta entonces caracterizaba a esa hipoteca y pudiendo, en su caso, desvirtuar *erga omnes* —de igual modo que venía constando su existencia— los efectos de esa hipoteca, cancelándola. A esto podría objetarse: si el interesado en conocer la aceptación es el dueño, ¿por qué se impone su constancia registral, cuando es así que el Registro dice publicidad *erga omnes*? La razón es clara si consideramos la circunstancia de que a la respuesta al requerimiento va conectada la posibilidad de destruir *erga omnes* una situación publicada con igual carácter, y esto ha de hacerse posible sin imponer al dueño de los bienes la difícil (imposible en términos jurídicos) carga que supone la prueba de un hecho negativo, cual sería la no aceptación por parte del favorecido.

A esto puede también añadirse que la natural vocación de la hipoteca a proyectar su eficacia *erga omnes* —esto es, fuera de la relación *inter partes*: en la hipoteca unilateral no habría partes, pero sí en la relación crediticia que con ella se garantiza— hace coherente la exigencia de constatación registral de la aceptación, cuando el dueño de la finca gravada requiera acerca de ella.

Esto creemos que no ha sido visto por los autores que sostienen —sobre una base, por otra parte, de orden casi exclusivamente literal— el carácter constitutivo, en todo caso, de la inscripción en nota marginal de la «aceptación» del favorecido ¹²⁶.

Nuestra opinión en este punto es, en resumen, que el requisito a que el art. 141 LH supedita la eficacia de esta hipoteca viene constituido por la simple voluntad conforme del favorecido; la constancia registral de esta voluntad es, simplemente, una carga impuesta por la ley, y ello sólo cuando haya habido requerimiento al favorecido, por parte del dueño, para que se pronuncie sobre la atribución ¹²⁷.

¹²⁶ Cfr., en este sentido, los autores citados en la nota 119. No se pronuncian con claridad en este punto ESPÍN, *op. cit.*, p. 574; DE CASSO, *op. cit.*, pp. 661-662; y MORELL, *op. cit.*

¹²⁷ Cfr., en este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que parece llegar a la misma conclusión: «decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación» (*op. cit.*, p. 380) (aunque, en rigor, no se trataría de la simple aceptación, sino de la aceptación registrada).

C) Efectos en el estadio intermedio

La hipoteca unilateralmente constituida, una vez cierta y definitiva tras la aceptación del acreedor, produce los efectos de una hipoteca «normal», como si se hubiera constituido por contrato. Ahora bien, media desde el momento de su constitución al de su eficacia definitiva un tiempo en el cual, si bien la hipoteca ya ha nacido y produce ciertos efectos, no lo es menos que éstos no pueden darse en toda su plenitud. Detengámonos un momento a considerarlos, siguiendo para ello el esquema adoptado por Sanz Fernández¹²⁸.

1) ASPECTO ACTIVO DE LA HIPOTECA

La efectiva adquisición de las facultades que por virtud de este derecho nacen a favor de su titular tiene como presupuesto inexcusable, lógicamente, su aceptación por éste; mientras esto no ocurra no podrá hablarse, con arreglo a la construcción que hemos defendido, de un derecho pleno, ni podrá el acreedor actuar como tal. Esto no obstante, interesa que nos detengamos a considerar con algún detalle la situación interina que se produce. Veámoslo.

a) *Acción de devastación*

Sobre la base de la construcción que hemos aceptado para la figura del 141 LH como supuesto de hipoteca *sub conditione* —siendo ésta la «aceptación» del favorecido—, y a tenor de lo dispuesto por el Código civil en su art. 1.121, es preciso reconocer al acreedor hipotecario, aun antes de que hubiera verificado el requisito a que el 141.1 LH supedita la definitiva adquisición de la hipoteca, la posibilidad de ejercitar las acciones que procedan para conservación de su derecho, para asegurar la eventual situación definitiva. Entre estas acciones —que variarán en función del caso— destaca la establecida en el art. 117 LH, conocida con el nombre de acción de devastación.

No tiene, sin embargo, en nuestra opinión, mucho sentido esta posibilidad, dado que en esta hipoteca la eventualidad, la condicionalidad, dependen exclusivamente de la voluntad del acreedor favorecido: ¿no sería más lógico querer esa hipoteca, y por eso defenderla —aunque luego, llegado el momento, no se ejercite si no se quiere—, que ver en esa acción una simple medida de conservación de un derecho aún no cierto y definitivo? En este sen-

¹²⁸ *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, pp. 404-406.

tido, estas acciones podrían también entenderse como expresivas de una voluntad favorable del destinatario.

b) Cesión del crédito hipotecario

Tomamos aquí como punto de partida la posibilidad que existe, explícitamente señalada tanto en el Código civil —arts. 1.112 y 1.878— como en la Ley Hipotecaria —art. 149.1—, de transmitir los créditos hipotecarios. Y la hipoteca, dado su carácter accesorio respecto del crédito que asegura (art. 1.528), sigue siempre a éste; no es posible, por ello, transmitir una hipoteca aisladamente del crédito que garantiza, ni tampoco éste sin la hipoteca: esto último sólo es posible renunciando a ella, que desaparecerá.

¿Qué ocurre en el caso de la hipoteca unilateral, cuando aún no ha sido aceptada en forma y anotada la aceptación? A nuestro juicio, la solución no difiere de la que acabamos de exponer siguiendo las reglas generales, no obstante tratarse de un derecho que no tiene carácter definitivo, sino que es aún eventual: «el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente» (arts. 149.3 LH y 1.528 C.c.). Recibirá, en consecuencia, ese derecho de hipoteca aún no definitivo, y a él corresponderá, si lo quiere, la verificación del requisito de la aceptación.

La única especialidad viene dada por el tema del requerimiento del 141.2 LH, en el que es preciso distinguir dos supuestos. Si, tal como dispone el 149.1 LH, la cesión es notificada al deudor y es éste, como normalmente ocurrirá, el propietario de la finca hipotecada, en este caso el requerimiento habrá de dirigirse al nuevo titular: esto es lógica consecuencia del significado de esa notificación, que no hace sino poner en conocimiento del deudor la sustitución del cedente por el cesionario¹²⁹. Pero si, por el contrario, esa notificación no se hace, nosotros pensamos que entonces habrá de procederse, por semejanza con lo dispuesto en los arts. 1.527 C.c. y 176 RH, como si la cesión no hubiera tenido lugar respecto del deudor¹³⁰, pudiendo por tanto cancelarse la hipoteca si el requerimiento —dirigido, en consecuencia, al anterior titular— no fuera contestado en forma afirmativa una vez transcurridos los dos meses desde que aquél se practicara, aunque esto

¹²⁹ Éste es el significado que debe darse a este requisito, aun cuando de la letra del precepto pudiera parecer esencial para la cesión.

¹³⁰ No es óbice para esto —aunque pueda ser criticable en un plano de *lege ferenda*— que se hubiera inscrito la cesión, pues ésta no sustituye en este punto a la notificación; el legislador se ha resistido aquí a tratar al deudor cedido como un tercero, manteniendo respecto de él un régimen especial. Así lo dice claramente la vieja STS 11-5-1904, al señalar que la falta de notificación al deudor, háyase o no inscrito la cesión del crédito hipotecario, produce el efecto de no quedar éste obligado con el cesionario.

sin perjuicio, lógicamente, de lo dispuesto en el art. 151 LH. (Este deudor precisa, en cualquier caso, serlo de buena fe: no procedería lo dicho, por tanto, en el caso de que, aun no habiéndosele notificado la cesión, hubiera tenido conocimiento de ella por otros medios; el tercero aquí considerado es un subtipo del más general del 1.164 C.c.)

c) *Ejercicio de la acción hipotecaria*

Esta cuestión ha sido ya tratada y resuelta al ocuparnos de la aceptación: es perfectamente posible ejecutar la hipoteca aun no constando registralmente la aceptación, que puede verse implícita en ese mismo hecho. Esto es posible a veces incluso si ha habido requerimiento al favorecido por parte del dueño de la finca gravada: éste sólo determinará que la respuesta favorable de aquél haya de hacerse constar registralmente en nota marginal, y que la falta de ésta, transcurridos dos meses desde el requerimiento, permita al dueño darla por no acaecida, pudiendo, en consecuencia, cancelarla. Pero esto es sólo una posibilidad, que no ocurre de forma automática: si el requirente, no obstante no constar la aceptación, no exige la cancelación, permite con ello que la hipoteca continúe existiendo y que, cuando llegue su momento, pueda ser ejecutada, a lo que no habrá nada que oponer.

2) ASPECTO REGISTRAL

En esta situación, dice Roca Sastre que «la hipoteca inscrita se producirá como un gravamen que queda bajo el amparo de los principios del sistema»¹³¹; y Sanz afirma que «todos los efectos que el Ordenamiento Jurídico concede a la hipoteca inscrita se producen aun antes de que medie la aceptación del acreedor»¹³². Estos efectos son:

a) *Prioridad*

El rango de esta hipoteca es el ganado en el momento de su inscripción, sin que a ello afecte en absoluto el tiempo en que se hubiera producido su aceptación: la hipoteca nació realmente entonces, y lo que ésta hace es solamente darle certeza y estabilidad.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 608.

¹³² *Op. cit.*, p. 405.

b) *Legitimación*

La presunción del art. 38 LH es perfectamente aplicable a la hipoteca así constituida, en los términos que resulten del Registro, es decir, en el sentido de existir una hipoteca constituida a favor de alguien, pero que mientras no sea aceptada no puede considerarse cierta y definitiva.

c) *Fe pública registral*

¿Es aplicable, en el caso de la hipoteca unilateral, la protección que el art. 34 LH dispensa?

En primer lugar, nos parece que, aun cuando sin aceptación pueda haber prioridad e incluso legitimación, no ocurre igual con la fe pública registral. Sin ella, aunque la hipoteca ya exista, no puede decirse todavía que el favorecido sea pleno titular ni que la adquisición sea cierta y definitiva; y esta adquisición es supuesto fundamental del 34 LH¹³³. En efecto, aunque lo que el art. 34 LH exige es la inscripción del derecho y, en rigor, en el supuesto de hipoteca unilateral el derecho resulta ya inscrito, las razones de política legislativa que llevaron a imponer ese requisito quizá inclinen a responder afirmativamente, en paralelo con lo dicho al hablar de la carga de la manifestación en forma y anotación de la aceptación. Una vez dicho esto, y sobre la base de esta premisa, volvamos al interrogante apuntado antes, para responder al cual creemos que es preciso distinguir, ya en este primer momento, una dualidad de supuestos:

En relación con un cesionario de este primer favorecido en cuyo beneficio se ha constituido unilateralmente la hipoteca, la aplicabilidad del régimen del art. 34 LH no plantea dudas.

Respecto de ese mismo primer acreedor la cuestión no se presenta, sin embargo, tan clara. Así, de una parte, si la razón de ser de este precepto no es sino proteger a la persona que actúa confiando en los datos que, relativos al dominio o a los derechos reales, el Registro publica, en el caso de la hipoteca unilateral podría pensarse que no existe tal confianza por parte del acreedor

¹³³ En este sentido ROCA SASTRE afirma que «asimismo, por tratarse más bien de un negocio adquisitivo, éste será de tipo bilateral, esto es, de esencia contractual, de suerte que en el supuesto de hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño, conforme al art. 141 LH, la adquisición *a non domino* del derecho de hipoteca no se producirá hasta la aceptación del favorecido» (*Derecho Hipotecario*, I, p. 758). Igualmente SANZ y DE ANGEL señalan que «aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede siempre invocar los efectos del art. 34 LH con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida» (SANZ, *op. cit.*, pp. 405-406; DE ANGEL, *op. cit.*, pp. 362-363). Esto supone que la adquisición del 34 LH no tiene que ser necesariamente contractual, a pesar de que en su redacción inicial se hablara de contrato y ésta sea, todavía hoy, la hipótesis comúnmente tenida en cuenta.

favorecido que deba ser protegida, ya que éste no interviene en modo alguno en la constitución de esa hipoteca, permaneciendo incluso ajeno al negocio respecto de cuyos efectos la cuestión se plantea ¹³⁴. Ahora bien, esto es discutible: considérese el supuesto —particularmente usual en este tipo de hipotecas— de aquel que, esperando obtener un crédito, comienza constituyendo hipoteca, que luego muestra a aquel otro de quien espera conseguirlo con el fin de inclinar favorablemente su ánimo; si éste, a la vista de ella, resuelve concederlo, ¿puede acaso decirse que no actuó sobre la base de la confianza en aquéllo que el Registro publicaba?

Desde el punto de vista doctrinal la cuestión, a pesar de su innegable interés, no aparece tratada de un modo suficiente: Sanz Fernández, De Angel Yáguez —que le sigue en este punto de forma literal— y Roca Sastre se ocupan de este supuesto específico, y se resuelven en una opinión favorable a ella: «la protección por la misma (por la fe pública registral) se causa también desde la fecha de la inscripción. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede invocar siempre los efectos del art. 34 LH con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida» ¹³⁵.

A nuestro modo de ver, sin embargo, la respuesta no puede tener un carácter tan absoluto, sino que es preciso proceder a una previa distinción de supuestos según que la concesión de esa hipoteca tenga, en cada caso concreto, carácter oneroso o gratuito ¹³⁶. Esto es así porque el art. 34 LH, al enumerar los presupuestos que el tercero adquirente debe reunir para acogerse a su tutela, señala que la adquisición ha de operarse por título oneroso. Lo cual es lógico porque si, como al tratar de la fe pública registral suele afirmarse, la finalidad de la protección dispensada por este precepto no es sino dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, manteniendo incólumes las adquisiciones hechas por terceros fundadas en la confianza en lo que el Registro publica, el esfuerzo que esto significa, al hacer prevalecer la apariencia registral sobre la realidad jurídica, impone que la adquisición en cuestión lo hubiera sido a título oneroso: la protección al adquirente a título

¹³⁴ En este sentido puede considerarse que, tal como dijimos antes, al redactar el art. 34 de la vigente Ley Hipotecaria el legislador pensaba, con toda probabilidad, en un supuesto de adquisición contractual.

¹³⁵ SANZ F., *op. et loc. cit.*; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. et loc. cit.* En relación con ROCA SASTRE, *vid. también op. et loc. cit.*

¹³⁶ En este sentido señala LACRUZ que, hoy, es común aceptar que los negocios de garantía, por su esencia y función, son indiferentes respecto a la onerosidad o gratuidad. Lo cual no significa que se resistan a adoptar uno u otro carácter, sino que se adaptan por igual a uno u otro, siendo preciso, para calificarlos, indagar caso por caso la razón que justifica su concesión (*La causa en los contratos de garantía*, RCDI, 1981, núm. 544).

gratuito no la demandan las necesidades del tráfico, móvil fundamental de los sistemas hipotecarios ¹³⁷.

El problema estriba, pues, en la apreciación de uno u otro carácter, oneroso o gratuito, en cada caso concreto.

La jurisprudencia en este punto no es uniforme en sus planteamientos, oscilando de uno a otro extremo: así, las ya antiguas sentencias de 4-10-1884 y 14-1-1935, entendiendo que las hipotecas que en esos casos se discutían tenían carácter gratuito, las consideraban susceptibles de revocación, mientras que la, más reciente, de 28-3-1988 afirma que «la constitución de hipoteca en garantía de deudas propias, en todo o en parte, difícilmente es concebible como acto gratuito a efectos de la acción revocatoria» ¹³⁸.

¹³⁷ «Los adquirentes por causa de liberalidad no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente a título gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquéllos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del adquirente» (EM de la Ley de 1944).

¹³⁸ En la primera de las sentencias apuntadas se trataba de un caso en el que un acreedor, que había obtenido embargo sobre los bienes de su deudor y anotado el mismo diez días después de haberse trabado, resultaba sin embargo afectado por la hipoteca que en ese interín había el mismo deudor constituido e inscrito, sobre esas mismas fincas, en garantía de una deuda anterior y no vencida que simultáneamente reconoció deber. El acreedor primero presentó demanda solicitando la declaración de nulidad de la hipoteca así constituida, por entender que el embargo preventivo tomado sobre los mismos bienes el día anterior al de otorgamiento de la escritura impedía la constitución válida y legal de la hipoteca, y, subsidiariamente, la nulidad de la escritura de préstamo con hipoteca por haber sido otorgada en fraude de acreedores. El Tribunal Supremo, considerando que la constitución de esa hipoteca había tenido carácter gratuito —por haber sido hecha en garantía de una deuda no vencida—, y que esta circunstancia permitía, con sólo acreditar el perjuicio a los acreedores, presumir el fraude, resolvió revocarla.

La de 14 de enero de 1935 contemplaba un supuesto en el que un sujeto, acuciado por una deuda, había otorgado escritura pública de reconocimiento de deuda en favor de sus dos hermanos, constituyendo a la vez hipoteca sobre varias fincas en garantía de su pago aplazado por un importe tal que hacía imposible la satisfacción del resto de los acreedores, y siendo así que, días después, aquél había sido declarado en concurso de acreedores. Dos de éstos pidieron la nulidad del reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca por simulación o, en su defecto, la rescisión de esos contratos por haber sido celebrados en fraude de acreedores. El TS no admitió la nulidad por falta de causa, pero sí la rescisión por fraude al considerar que el deudor, al reconocer la deuda y garantizarla hipotecariamente, había actuado con fraude pauliano: la hipoteca se había concedido con causa lucrativa, sin contraprestación que le beneficiase y, en consecuencia, podía rescindirse por fraude con arreglo al 1.297.1 CC.

La última de las sentencias señaladas en el texto, la de 28-3-1988 —comentada por el profesor CAPILLA (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, enero-marzo 1988, núm. 16)—, contemplaba el supuesto de una hipoteca de máximo constituida, en favor de un Banco, en garantía de deudas propias y ajenas (de una sociedad anónima), en parte anteriores a la constitución de aquélla y en parte posteriores, y que recaía sobre un conjunto de bienes inmuebles que formaban la totalidad del patrimonio de esta naturaleza del demandado. Nueve meses más tarde se declara el concurso

El núcleo central del problema estriba en el hecho de que, en el negocio unilateral de hipoteca, por su misma esencia, no existe sacrificio por parte del favorecido que compense el beneficio obtenido —en rigor, este favorecido es que ni siquiera ha sido parte en el negocio—, lo que podría hacernos pensar que nos encontramos siempre ante un negocio de carácter gratuito. Esto no obstante, nosotros pensamos que no es éste un planteamiento correcto: desde nuestro punto de vista, para la determinación del carácter oneroso o gratuito de esta hipoteca se ha de atender al complejo unitario que forman, a los efectos que estamos viendo, la hipoteca y la obligación garantizada. Veámoslo, distinguiendo los siguientes supuestos ¹³⁹:

c.1. Hipoteca concedida, por el propio deudor o por un tercero, simultáneamente al nacimiento del crédito y como condicionante de su concesión.

En este caso la hipoteca ha de considerarse onerosa puesto que, aunque es cierto que en el concreto negocio hipotecario no existe sacrificio del favorecido que compense el beneficio obtenido, lo contrario debe concluirse si se atiende a ese «complejo» de que hemos hablado antes: el crédito no se habría concedido si el prestamista no hubiera contado con la hipoteca entre las contrapartidas que por aquél obtenía. Por esta razón, mejor que de «onerosidad» podríamos hablar de «reciprocidad», y no predicando ésta del concreto negocio hipotecario, sino refiriéndola a la relación existente entre la hipoteca y la obligación garantizada: nos encontramos ante una operación económica unitaria aunque, por las circunstancias que sean, se articule a través de dos negocios jurídicos distintos. Siguiendo con el ejemplo antes propuesto, es claro que la concesión del crédito aparece directamente conectada a la constitución de esa hipoteca en favor del que lo concede: la confianza de éste en esa circunstancia, fundada en lo que del Registro resulta —pues el hipotecante (el dueño de la finca) aparece con facultades para disponer—, es determinante de su actuación.

de aquel sujeto, instando el acreedor hipotecario, apenas treinta días después de esto, el procedimiento judicial sumario. La sindicatura de la quiebra recurrió solicitando la rescisión de la constitución de la hipoteca y la anulación del juicio de ejecución hipotecaria. Aquí el TS declaró también rescindible el contrato, pero no porque calificara la hipoteca como negocio gratuito —«la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible»— sino porque se trataba de un contrato concertado para que uno de los acreedores prevaleciera sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro: sin esa hipoteca, todos hubieran percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía, y con ella nada pueden percibir.

¹³⁹ Seguimos aquí muy de cerca el planteamiento adoptado por CAPILLA en el ya citado comentario a la STS 28-3-1988, y luego más extensamente desarrollado por AMORÓS GUARDIOLA en *La causa del crédito hipotecario*, 1990, p. 220.

Será, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en el art. 34.1 LH.

c.2. Hipoteca posterior a la obligación garantizada.

Aquí la concesión de hipoteca se considerará onerosa sólo si a cambio de ella obtiene el concedente alguna ventaja —aplazamiento, reducción del tipo de interés, etc.—, lo que implica una modificación o novación del crédito primitivo. De no ser así, el acto habrá de considerarse «gratuito»¹⁴⁰, y las circunstancias que en la hipótesis anterior abogaban por la aplicación de la protección que la fe pública registral significa se vuelven ahora en su contra: aquí la atribución de derecho que esa hipoteca supone no es susceptible de ser enmarcada en una unidad superior en la que resulte equilibrada por una «contraprestación» del favorecido. Por esto resulta aquí justificada la no aplicación del régimen del 34.1 LH, sino del párrafo 3.º de ese mismo artículo: «los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

Por último señalaremos que, en el supuesto de que nos encontráramos con un caso de constitución de hipoteca a través de la cual se pretendiera cometer un fraude —lo que será más sospechoso cuando tal constitución fuera posterior, sin ser debida, al nacimiento de la obligación que con ella se quiere garantizar (que nació por tanto sin ese carácter), o cuando el hipotecante no fuera el deudor y la constituyera gratuitamente¹⁴¹—, serán de aplicación las reglas del 37.4 LH.

6. SUPUESTOS PARTICULARES DE HIPOTECAS UNILATERALMENTE CONSTITUIDAS

Tomando como punto de partida el propio dato legal —art. 141 LH— es su misma redacción, omnicomprendiva y sin limitaciones, la que se presenta como principal argumento en favor de una aplicación generalizada de la regulación contenida en él. Esto no obstante, la existencia de ciertos supuestos que, pese a ser admitidos por la ley de forma inequívoca, no resultan plenamente compatibles con el régimen en él establecido, ha llevado a algunos autores a proceder a una tarea de reflexión sobre su alcance, acotándolo.

Para ello se toma como presupuesto básico la consideración de que el 141 fue concebido pensando fundamentalmente en la

¹⁴⁰ En este sentido, el art. 40.4 de la Ley Hipotecaria de 1861 —hoy desaparecido— consideraba realizadas a título gratuito «las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esa garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal».

¹⁴¹ *Vid.* arts. 880.4 Cco y 1.297.1 C.c.

hipoteca ordinaria y en su modalidad *inter vivos*, que era la que, por ser la que se planteaba en la vida real (al menos en la inmensa mayoría de los casos), centraba la atención del legislador de 1944-1946. Y sobre esta base se afirma, con referencia a ese esquema que hemos ya explicitado en las páginas precedentes, que viene manifestado dentro de la teoría de la hipoteca unilateral (que, como hemos dicho, gira fundamentalmente en torno a la hipoteca de tráfico y por acto *inter vivos*), por lo que «no es atrevido opinar que los pronunciamientos deben acogerse con reservas o como sujetos a posibles excepciones. Dicho en otras palabras, el art. 141 ha de ponerse en relación con los principios sustantivos propios de cada modalidad y, por ello, acaso diferentes entre sí (...). Aunque quisiéramos dar al art. 141 la mayor generalidad, es obvio que su mandato habría de interpretarse a la luz de las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral»¹⁴².

Nosotros convenimos con este planteamiento, siendo así que, además, estas consideraciones resultan plenamente coherentes con las afirmaciones que ya hemos hecho en momentos anteriores, concretamente con aquella que señala que la flexibilización de la regla que propugna la necesaria intervención de los sujetos en el negocio, aun en el supuesto de que nos encontremos con un caso de beneficio neto para uno de ellos, no ha de tener lugar de modo rígido, sino que se trata de una *posibilidad que vendrá determinada en su conveniencia y modalizada en su alcance por las concretas circunstancias del caso*. Aplicando esto al concreto caso que ahora nos interesa, podemos afirmar en este sentido que si bien es cierto que, en materia de hipoteca unilateral, la regla general viene dada por lo dispuesto en el 141 LH, también lo es, en nuestra opinión, que en algunos supuestos concretos sus circunstancias particulares fuerzan o aconsejan otras construcciones distintas pero más adecuadas al caso. Lo cual, por otra parte, no ha de considerarse que resulte necesariamente inconciliable con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria sino que, sobre la base de una visión del 141 orientada fundamentalmente a la hipoteca ordinaria y por acto *inter vivos*, creemos que es posible lograr una interpretación armonizadora que, ajustándose lo máximo posible a lo dispuesto en él, respete las singulares características de cada figura en cuestión.

Pasemos ahora, una vez establecidos los presupuestos, a ocuparnos con mayor detenimiento de las excepciones, que en nuestra opinión son las constituidas por la hipoteca en garantía de títulos-valores, la testamentaria y algunas legales.

¹⁴² RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La hipoteca cambiaria de constitución unilateral*, RCDI, 1979, pp. 379-380. Las reflexiones apuntadas, aunque referidas a un concreto tipo de hipoteca —la cambiaria—, gozan, en nuestra opinión, de una validez de carácter general.

A) Hipoteca en garantía de títulos-valores

Para resolver este supuesto hemos de ser conscientes de su especialidad, que viene marcada por la indeterminación de su titular definitivo, como consecuencia de la incorporación de la obligación garantizada a un título nacido para circular, lo que posibilita la mutabilidad incesante de aquél.

En la doctrina prevalece la opinión de quienes consideran no ser necesaria en estos casos la aceptación expresa y registrada, sino que basta con la simple voluntad conforme del destinatario, que además puede verse implícita o tácita en el mismo hecho de adquirir los títulos.¹⁴³ Es preciso señalar, no obstante, que últimamente han surgido algunas voces en favor de este requisito de la aceptación registrada, si bien que referidas a la hipoteca cambiaria en particular¹⁴⁴. Se engloban aquí, sin embargo, dos cuestiones distintas que es preciso delimitar: de un lado, la posibilidad de regímenes distintos según que la hipoteca asegure títulos a la orden (en particular letras de cambio) o títulos al portador; de otro, la aplicación o no en ambos casos del régimen general sobre registración de la aceptación.

En relación con la primera, decíamos que han aparecido recientemente algunos autores que, admitiendo la no necesidad de aceptación registrada cuando se trate de un supuesto de título al portador, invierten sin embargo este planteamiento —discrepando de lo que hoy puede decirse que es en este punto doctrina prevalente en nuestra patria— cuando ése lo sea a la orden (señaladamente, letras de cambio). El razonamiento en que sustentan su tesis estos autores es el siguiente: la LH, afirman, excusa del dicho requisito de la aceptación registrada cuando se trata de títulos al portador, «como consecuencia de la absoluta imposibilidad de conocer a la persona del acreedor», pero no en el caso de que éstos

¹⁴³ Así lo dice, de forma expresa y contundente, SAPENA: «Consecuencia de esta indeterminación del acreedor es que no se precisa acuerdo para la constitución de la hipoteca, que es de tipo unilateral, sin requerir tampoco la expresa aceptación posterior del acreedor para su perfección (...). Lo cual no quiere decir tampoco que la aceptación no se produzca, sino que lo que no se exige es la aceptación expresa de la hipoteca como derecho independiente del derecho de crédito incorporado al título, y que tampoco se requiere la anotación registral de la aceptación como en el supuesto ordinario de hipoteca unilateral. Pues hay aceptación tácita del tomador en la primera entrega de la letra o bien puede verse, estimándola latente en el interregno, en el hecho de ejercitar la acción hipotecaria» (*Hipoteca cambiaria*, RDM, 1956, p. 259).

Esta postura fue iniciada por ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 83), aunque puede verse un cierto precedente en MORELL (*op. cit.*, p. 185). Es admitida por DE ANGEL YAGÜEZ (*op. cit.*, pp. 379-390) y parece que también por ROCA SASTRE (*op. cit.*, p. 741, nota 1).

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PORRAS, *La hipoteca en garantía de letras de cambio*, 1987, pp. 53 y ss. STAMPA, *La hipoteca cambiaria y la jurisprudencia de la DGRN*, RCDI, 1981, p. 1147, nota 14.

lo sean a la orden, «por la sencilla razón de que en éstas (se refieren estos autores a las letras de cambio, como principal exponente de los títulos endosables) el acreedor es conocido siempre que sea firmante de la letra ¹⁴⁵.

Este planteamiento no es, sin embargo, desde nuestro punto de vista, convincente. Y para razonarlo entendemos que basta, simplemente, con acudir al propio dato legal —el 154 LH—, que, contrariamente a la interpretación que de él hacen estos autores, a nosotros nos parece evidente que establece un mismo régimen para ambos tipos de títulos y no da pie, en modo alguno, para establecer distinciones.

Esta posición se ve, además, reforzada por la siguiente reflexión, que pone de manifiesto el erróneo enfoque del problema que ese planteamiento supone: que en el caso de títulos al portador el acreedor no sea conocido por el hipotecante mientras que en los endosables no ocurra así en relación con el primer tenedor, es cuestión que podrá afectar al modo de constituir la garantía —forzosamente unilateral en los primeros, posible tanto unilateral como bilateralmente en los segundos—, pero no, al menos directamente, a la exigencia o no de registrar la aceptación por parte del acreedor. La cuestión ahora debatida no es la repercusión que en la constitución de estas hipotecas tenga la peculiaridad que la determinación de uno de los elementos personales de la relación —el acreedor— presenta, sino la incidencia que esto pueda suponer en la aceptación postulada por el 141.1 LH. Y así, desde esta perspectiva, si en relación con los títulos a la orden la aplicación de lo que ellos consideran ser el régimen general del 141.1 —en concreto, la necesidad de registración de la aceptación— se estima ineludible, hoy por hoy, entre nosotros, será igualmente necesario defender su aplicación extensiva también a los que lo sean al portador, no habiendo razón alguna que justifique la distinción en este punto: el que solicite anotar su aceptación deberá demostrar ser en ese momento legítimo tenedor del título, para lo cual se

¹⁴⁵ Esta idea queda perfectamente reflejada en el texto que transcribimos a continuación: «El art. 154 de la ley, que se suele citar en apoyo de esa no necesaria aceptación, se refiere tan sólo a los títulos al portador, como consecuencia de la absoluta imposibilidad de conocer la persona del acreedor, pero no se refiere a los títulos endosables, por la sencilla razón de que en éstos el acreedor es conocido siempre que sea firmante de la letra (...). Y al no decir nada en contra no cabe prescindir de la aceptación ni de su posterior registración por nota marginal, de acuerdo con lo dispuesto, en términos generales, en el art. 141 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello entiendo que en el caso de constitución unilateral de la hipoteca de letra de cambio, si bien sería deseable la no exigencia de aceptación expresa ni de su registración por medio de nota marginal, por el momento, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal cosa no me parece viable. Por una parte el citado art. 141 exige lo uno y lo otro y, de otra, el art. 154 de la misma ley excusa de tal requisito si se trata de títulos al portador, no a los que son a la orden» (GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 54).

estará a lo dispuesto en las leyes de circulación propias de cada tipo —cadena ininterrumpida de endosos, en los que sean a la orden, mera tenencia en los al portador—, pero sin que a esto afecte para nada la cognoscibilidad o no, por parte del hipotecante, de quiénes sean en cada momento sus titulares ¹⁴⁶.

Pasemos ahora a la segunda de las cuestiones antes apuntadas para el estudio de esta particular figura: el régimen que, por cuanto hace a la registración de la aceptación del favorecido, ha de aplicarse a estos supuestos.

La doctrina mayoritaria considera —ya lo hemos dicho antes— no ser necesaria la registración de aquella en estos casos, entendiendo que basta con la que puede verse implícita en el mismo hecho de adquirir los títulos garantizados o incluso de ejercitar la acción hipotecaria, aunque es preciso subrayar que esta afirmación no va siempre acompañada de su correspondiente argumentación ¹⁴⁷. Esto no obstante, nosotros convenimos con esta opinión, que creemos puede fundamentarse a través de una doble reflexión:

En primer lugar, y atendiendo ahora únicamente a la praxis, mediante la simple aplicación de los presupuestos que, con carácter general, dejamos antes establecidos en este tema ¹⁴⁸: el requerimiento del 141.2 LH no tiene aquí posibilidad de aplicación, lo que conlleva la no necesidad (aunque no imposibilidad) de registrar la voluntad conforme del acreedor favorecido ¹⁴⁹.

Hemos dicho ya que el 141.2, según se desprende de su simple lectura, consagra un medio de provocación para que la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca, sin haber intervenido en el negocio de constitución de la misma, se manifieste aceptándola o rechazándola, y anuda al silencio o a la no constancia registral de la voluntad favorable, transcurridos dos meses desde que aquél se practicara, la posibilidad para el dueño de la finca gravada de cancelarla. Lo cual afecta, lógicamente, a la situación del acreedor hipotecario-titular de la obligación garantizada, pues si, de una parte, su identidad no es normalmente conocida por el hipotecan-

¹⁴⁶ Téngase en cuenta que esa cognoscibilidad de que habla GONZÁLEZ PORRAS en relación con los títulos a la orden es cierta sólo mientras éstos permanezcan en manos del primer tomador.

¹⁴⁷ Sólo SAPENA (*op. et loc. cit.*) y DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*op. cit.*, pp. 379 y ss.) se detienen en este punto y ofrecen una fundamentación detallada.

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, punto 5.B).

¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia, a nuestro juicio con total acierto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que interpreta de forma conjunta ambos elementos: «es la propia naturaleza de los títulos —llamados, por definición, a circular, con la consiguiente indeterminabilidad del titular de los mismos— la que hace inviable el requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del mismo art. 141; y, decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación» (*op. cit.*, p. 380).

Es preciso sin embargo puntualizar que, aunque aquí este autor parece referirse a la simple aceptación, esto ha de entenderse como «aceptación registrada».

te ¹⁵⁰ y, de otra, se admite el requerimiento con sus efectos normales, es indudable que aquél vería menguada su seguridad o confianza ¹⁵¹. ¿Cómo resolver esta situación?

Un criterio a seguir podría ser el adoptado por el Código civil italiano en relación con las notificaciones y citaciones (aunque sólo para el caso de que se trate de letras de cambio): hacerlo a quien, según el Registro, intervino como tomador al tiempo de constituirse la hipoteca o al endosatario posterior que hubiese hecho constar en él su condición de tal. Pero este criterio, como acertadamente pone de relieve Ricardo de Ángel, «gira alrededor de la conveniencia o favor del deudor, pues de lo que se trata con ese planteamiento es de exonerarle de la difícil —imposible, en términos jurídicos— carga de identificar al tenedor actual de la cambial» ¹⁵². Y sin embargo, continúa este autor, la cuestión debe enfocarse también desde el punto de vista del tenedor mismo, ya que admitir aquel criterio podría venir a significar la cancelación de la hipoteca: bastaría para ello con que el requerido —que no sería el tenedor actual del título, desconocido para el deudor por las razones antes apuntadas— no contestara afirmativamente en los términos del 141. Esto, aunque no tuviera repercusión en las relaciones entre el deudor hipotecante y el acreedor que lo fuera en ese momento —ya que el requerido no era el legitimado para contestar, por no ser entonces tenedor de la letra—, sí sería, sin embargo, plenamente eficaz en el terreno publicitario o registral, dando a los terceros la posibilidad de desconocer la subsistencia, en el plano civil, de la hipoteca cancelada y, consecuentemente, de verse liberados de sus efectos.

Por lo tanto, de admitir la posibilidad del requerimiento también en esta concreta modalidad hipotecaria, sería preciso afirmar que sólo podría producir sus efectos —principalmente el de servir de fundamento a la petición de cancelación— cuando se dirija a quien en ese instante sea tenedor de la cambial. Y la realidad demuestra que esto resulta, por causa del normal desconocimiento de quien en cada momento lo es, imposible en la práctica totalidad de los casos ¹⁵³: en consecuencia, y a tenor de lo dicho más arriba,

¹⁵⁰ Ya hemos indicado en algún momento anterior que el problema de este tipo de hipotecas —tanto si la obligación garantizada es endosable como si es al portador— radica en el hecho de que su titular, por virtud de la natural aptitud del título para circular y de lo dispuesto en el art. 150 LH, no es normalmente conocido por el dueño de la finca, ya que no consta nominativamente designado en el Registro, salvo en el caso de los endosables y siempre que el título permanezca en manos del primer tomador.

¹⁵¹ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 383.

¹⁵² DE ÁNGEL, *op. et loc. cit.*

¹⁵³ En los endosables ese requerimiento sería posible en un primer momento, mientras el título permaneciera en manos del primer tomador. Pero ha de tenerse en cuenta que el requerimiento es una posibilidad a la que el hipotecante no está obligado

decaída la posibilidad de esta forma de intimación desaparece también la necesidad de hacer constar registralmente la aceptación. Estas consideraciones que acabamos de apuntar, aunque específicamente referidas a los títulos endosables —y más concretamente a las letras de cambio— son, no sólo también válidas en relación con los títulos al portador, sino incluso más evidentes aún, ya que en éstos ni siquiera el primer titular es conocido.

Por otra parte, esta conclusión encuentra su razón de ser, a nuestro juicio, en la circunstancia que más plenamente define este supuesto: el carácter esencialmente cambiante de su titular, como consecuencia de la natural transmisibilidad de los títulos objeto de esta garantía. En este caso, nosotros pensamos que el citado requisito pierde su razón de ser: éste es propio de una situación en la que el favorecido, determinado desde el primer momento, es persona cierta en su condición estable de tal; pero si éste, por el contrario, cambia incesantemente, ¿no se convertiría la aceptación anotada, en el caso de que ineludiblemente se la exija para la ejecución de la hipoteca, en un mero requisito o exigencia formal de esta última, que de ordinario no sería cumplido sino por el último tenedor, en el instante previo a aquélla, y con este fin?¹⁵⁴ Una aceptación expresa y registrada necesaria sólo tiene sentido en una situación de estabilidad, no en la de vocación de constante cambio que caracteriza a los títulos-valores: en este sentido considérese que —conectando con cuanto hasta aquí ha quedado dicho en relación con el requerimiento—, supuesta su necesidad también en estos casos, la situación interina que la falta de ésta significaría podría alargarse indefinidamente, incluso hasta el último momento, sin que hubiera medio para evitarlo —en ningún caso, cuando se trate de títulos al portador; en la hipótesis habitual y cuantitativamente mayoritaria, si fueran títulos a la orden—. Y una vez llegada la obligación garantizada al término de su ven-

en ese momento, sino que puede intentarlo (tampoco esto es obligatorio) en un momento posterior cualquiera, pero ya con el peligro cierto de que el título haya entonces pasado a otras manos —lo que será la hipótesis normal—, con lo que su pretensión quedará entonces frustrada.

¹⁵⁴ Téngase en cuenta que estas hipotecas se establecen, por causa de la natural transmisibilidad de las obligaciones garantizadas y consiguiente indeterminación de su titular definitivo, en favor de quien en cada momento lo sea legítimamente. Así lo dice expresamente el art. 154 LH en relación con los títulos al portador, pero tanto doctrina como jurisprudencia (de la DGRN) son pacíficas al generalizar esta circunstancia, predicándola también de los endosables (cfr., en este sentido, DE ANGEL, *op. cit.*, p. 373; SAPENA, *op. cit.*, p. 258; CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 1571; etc. Por cuanto hace a la DGRN, cfr. las RR 26-10-1973 y 2-9-1983). Es indudable, por consiguiente, que cualquiera de ellos podrá aceptar válidamente, haciendo que la hipoteca tenga plena vigencia desde la fecha de la inscripción; la no aceptación de quien sea primer titular de la obligación garantizada no perjudica, por tanto, la situación de los sucesivos tenedores. Por esto decimos nosotros que, de ordinario, ese requisito no sería cumplido sino en el instante previo a la ejecución y con este fin.

cimiento creemos que sólo cabe entender la situación como ejercicio o no de un derecho que, de alguna manera, ya se tiene, no como voluntades sucesivas pero diferentes de adquirir y ejercitarlo.

En definitiva, nuestra postura en relación con este particular supuesto de hipoteca unilateral queda clara llegado este momento: nosotros pensamos, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que «aceptación» existe, pero que no es necesario que ésta se manifieste de forma expresa y sea registrada por medio de nota marginal, sino que basta con la que puede verse tácita o implícita en el mismo hecho de adquirir los títulos o de ejercitar la acción hipotecaria ¹⁵⁵.

Esta conclusión a que hemos llegado, aunque tal como en su momento apuntamos parece chocar con el propio dato legal (el art. 141), creemos que puede ser salvada acudiendo al planteamiento que, de igual manera, también señalamos entonces: partiendo de la consideración de que el 141 fue concebido pensando fundamentalmente en la hipoteca ordinaria y por acto *inter vivos*, puede afirmarse que la modalidad hipotecaria que ahora estamos considerando no coincide plenamente con el ámbito de aplicación de ese precepto ¹⁵⁶. Esto permite entender que la regulación contenida en él es susceptible de ser excepcionada en casos particulares cuando las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral así lo demanden. Es decir, que las específicas características de cada figura tienen una repercusión en la aplicación de este precepto; y esas circunstancias, en el caso presente, inciden en el tema del requerimiento y en el de la registración de la aceptación ¹⁵⁷.

¹⁵⁵ La DGRN, en su R. de 23-3-1988, mantiene un criterio coincidente con el que hemos defendido, si bien es preciso reconocer que no parece tener el carácter de *ratio decidendi* del supuesto. En ella se afirma que «las hipotecas constituidas unilateralmente necesitan, como regla general, de la aceptación formal del acreedor y del correspondiente reflejo registral... si bien esta regla quiebra, en particular, cuando se trata de la constitución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador».

¹⁵⁶ Esto queda plenamente demostrado en este caso, desde un punto de vista histórico, si se observa que el precepto relativo a la constitución de estas hipotecas —el 154 LH— no contiene ni una alusión siquiera a esa pretendidamente necesaria aceptación expresa y registrada del favorecido, siendo así que este precepto fue introducido por la Ley de 1909, con posterioridad por tanto al RH de 1870, cuyo criterio en materia de hipoteca unilateral (más concretamente, en algunos supuestos concretos de ellas), mantenido igual en el reglamento para la ejecución de esa misma ley (1915), fue el adoptado, generalizándolo, por el vigente art. 141 LH, cuya redacción es la causa del problema. Y la reforma de 1944-46, por su parte, no introdujo ni un matiz siquiera en dicho art. 154, limitándose a transcribirlo y evidenciando así esa falta de atención del legislador para con él —entre otros supuestos de hipoteca unilateral distintos de la modalidad ordinaria y por acto *inter vivos*— que hemos denunciado.

¹⁵⁷ Apunta DE ÁNGEL YÁGÜEZ, además, otra razón en favor de la no necesidad de aceptación registrada en esta hipótesis: exigiría resultaría, en estos casos de títulos

B) Hipoteca testamentaria ¹⁵⁸

Dice el art. 882 C.c., en relación con los legados de cosa cierta y determinada propia del testador, que «el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere». Sigue, por tanto, la estela del derecho romano en este punto (legados *per vindicationem*), estableciendo que la propiedad de la cosa legada (titularidad, cuando se trata de un derecho) pasa automáticamente al legatario sin necesidad de aceptación, aunque esto sin perjuicio del derecho de éste, que más tarde reconoce (art. 888 C.c.), a repudiarla. Tal debería ser, en nuestra opinión, el régimen aplicable, por cuanto hace a su adquisición, a esta modalidad hipotecaria, ya que, de una parte, como derecho real que es, habrá de adquirirse por el mismo mecanismo que el art. 609 C.c. establece para la propiedad y los demás derechos reales: «... por sucesión...» ¹⁵⁹ y, de otra, su atribución constituye un indiscutible supuesto de legado ¹⁶⁰.

No es éste, sin embargo, el planteamiento admitido hoy entre nosotros por los —por otra parte, ciertamente escasos— autores que se han ocupado del tema ¹⁶¹. En su opinión, ha de estimarse aplicable a la hipoteca testamentaria el régimen general establecido en el art. 141 LH en relación con las hipotecas unilateralmente constituidas, «ya que (aquella) no es más que una simple modalidad o manifestación de (éstas)» ¹⁶². Lo cual significa, por lo que a nosotros nos interesa, afirmar la ineludible necesidad de esa «aceptación», de tal modo que el derecho de hipoteca, aunque ya nacido, no entra en modo alguno a formar parte del patrimonio del favorecido (el legatario) mientras éste no manifieste positivamente una clara voluntad conforme en este sentido (y ésta sea, además, registrada).

Se trata, no obstante, de una conclusión cuyo fundamento, en nuestra opinión, no reside sino —de igual modo que antes vimos en relación con la hipoteca en garantía de títulos-valores— en un

emitidos en masa, perturbador; no es fácil imaginar, dice, el supuesto de «cientos o miles de obligacionistas acudiendo al Registro para hacer constar su aceptación de una hipoteca que, por principio, se constituyó unilateralmente en su favor por la entidad emisora» (*op. cit.*, pp. 380 y ss.).

¹⁵⁸ Denominamos así a aquella constituida por el testador sobre sus propios bienes, en garantía de un legado o para seguridad del pago de una deuda propia o ajena; no lo es la que el testador ordena que constituya su heredero o legatario.

¹⁵⁹ Así lo entienden también LACRUZ —*Elementos de Derecho civil*, V, p. 316— y SÁNCHEZ CALERO —*Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia (1991) *ad art. 882* y autores allí citados—, que incluyen en el campo del art. 882 tanto los legados de cosas como de derechos.

¹⁶⁰ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV.1, p. 616.

¹⁶¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 616 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU, *La hipoteca testamentaria*, RDP, 1945; LA RICA, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, 1945, p. 207.

¹⁶² ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 619.

excesivo apego a la letra de la ley: puesto que la redacción del 141 permite comprender en la generalidad de su expresión tanto los actos unilaterales de constitución *inter vivos* como los realizados *mortis causa*, el régimen contenido en él habrá de ser aplicado a ambos sin distinción, y en su integridad ¹⁶³. A este planteamiento, sin embargo, creemos que puede responderse con las mismas consideraciones que hicimos, en su momento, en un plano general: puesto que en el propósito del legislador de 1944-46, que fue el que introdujo el actual 141 LH, la hipoteca testamentaria no constituyó —en nuestra opinión esto es casi seguro ¹⁶⁴— preocupación ni problema, centrado como estaba en resolver las cuestiones atinentes a la modalidad *inter vivos*, la aplicación del 141 no deberá ser, por tanto, indiscriminada ni uniformista, sino puesta en relación con los principios sustantivos propios de cada modalidad, que serán los que digan si es o no necesaria esa aceptación así concebida. Y así, considerando la indiscutible naturaleza de legado que esta figura presenta, no vemos razón por la que no deba aplicársele el régimen que en cuanto a adquisición le es más propio: automática a la muerte del testador, sin necesidad de aceptación, aunque con posibilidad de repudiarla ¹⁶⁵.

Esta construcción, además, entendemos que es susceptible de ser integrada en gran medida con lo dispuesto en aquellas otras normas hipotecarias que también hacen referencia al tema, particularmente con el mismo art. 141 LH.

Así, en primer lugar, por cuanto hace a la «aceptación» postulada por el art. 141, considérese que si su significado es defender la independencia de las esferas jurídicas individuales, impidiendo que se vean incididas, contra o sin la voluntad de su titular, por los efectos de un negocio en que éste no ha intervenido, esa misma previsión existe en el caso de los legados a través de la repudiación (art. 888 C.c.). Es verdad que, aquí, se la articula de un modo no exactamente igual al del 141 —en la hipótesis del legado se

¹⁶³ En este sentido, resulta interesante observar que la opinión de aquellos autores que estamos criticando en este punto no se ve nunca respaldada por una argumentación detallada y expresa, sino que, por el contrario, esos autores se limitan a la afirmación simple y escueta. *Vid.* GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 310; ROCA SASTRE, *op. et loc. ult. cit.*; LA RICA, *op. cit.*, p. 207; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 403, nota 3.

¹⁶⁴ En este sentido se pronuncia también GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 310.

¹⁶⁵ Esta posición encuentra, además, un cierto respaldo histórico si consideramos que la Ley Hipotecaria de 1861 —que, como vimos, admitía, sobre la base del inciso segundo del art. 138, esta hipoteca constituida por acto realizado *mortis causa* (ésta era, además de la interpretación aceptada por los autores de la primera época, la previsible intención del legislador al redactar ese precepto)— no tenía precepto alguno en que poder sustentar la necesidad de esa «aceptación», por lo que es lógico entender que se aplicaría el régimen normal de los legados. Y la modificación de este panorama no parece que entrara, tal como ha sido puesto de manifiesto en diversos momentos, en la intención del legislador al tiempo de proceder a las distintas modificaciones y reformas de la Ley Hipotecaria.

trata de deshacer, con eficacia retroactiva, una transmisión patrimonial ya operada, mientras que en el 141 nos encontramos con una situación caracterizada por la incertidumbre o pendencia en la eficacia del negocio, sobre la que incidirá la voluntad del destinatario, sea en uno u otro sentido, también con eficacia retroactiva—, pero ello no debe suscitar perplejidad, por ser esto lo más conforme con la institución del legado.

Es claro, por tanto, el régimen que en este punto creemos debe aplicarse a la hipoteca testamentaria: adquisición conforme al régimen propio de los legados de cosa cierta y determinada propia del testador, esto es, automática a la muerte del causante (art. 882 C.c.) aunque con la posibilidad de repudiarla mientras no haya mediado efectiva aceptación. Desde esta perspectiva es posible desvirtuar, pensamos nosotros, la objeción que pudiera derivar del Modelo IX de inscripción contenido en el Anexo al RH, que establece que la inscripción de la hipoteca testamentaria (en concreto, la establecida en garantía de rentas o prestaciones periódicas) queda subordinada a la aceptación, contrariamente a lo que sería lógico en el caso del legado: es la posibilidad de una eventual repudiación la que hace que la adquisición no pueda calificarse como definitiva desde el primer momento, pero sin que esto signifique afirmar la necesidad de «aceptación» para adquirir. A lo que en verdad se establece la subordinación no es a la aceptación, sino a la falta o ausencia de repudiación: la aceptación, en el caso del legado, no es sino exclusión o renuncia a la facultad de repudiar; su virtualidad consiste en dejar definitivamente fijada la situación de que se trate, tal como ya está. Lo que aquí ocurre no es sino consecuencia de la influencia ejercida por el régimen propio establecido para la modalidad *inter vivos*, que es la que, repetimos, centraba la atención del legislador de 1944-46¹⁶⁶.

En cuanto al requerimiento previsto por el 141.2 LH en favor del dueño de los bienes-hipotecante con el fin de conseguir que el favorecido se pronuncie sobre la atribución, es éste un punto cuya aplicabilidad a esta hipoteca viene siendo admitida por los autores¹⁶⁷, y hemos de decir que, en verdad, no existen razones que impidan que sea así. Y esto porque ese requerimiento no es sino —ya se ha dicho en momentos anteriores— un instrumento facilitado por la ley que atiende a la conveniencia de dar certidumbre al estado jurídico de la propiedad, despejando situaciones

¹⁶⁶ Desde esta perspectiva puede darse respuesta adecuada a las objeciones que eventualmente puedan formularse contra la postura que estamos defendiendo, como puede ser, entre otras, además del ya aludido carácter omnicompreensivo del 141, la eficacia retroactiva que éste atribuye a la verificación del requisito del 141.1 LH, lo cual parece incompatible con el régimen de adquisición automática a la muerte del testador, sin más.

¹⁶⁷ GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 312; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 619.

interinas o de pendencia, y porque, como acabamos de apuntar, estas situaciones pueden darse no sólo en el caso de constitución por acto *inter vivos*, sino también cuando éste lo sea *mortis causa*: en el primero porque no se sabe si el beneficiario querrá o no los efectos en cuestión, lo que determina esa situación de incertidumbre en relación con la definitiva operatividad del negocio; en el segundo porque la atribución patrimonial, aunque ya operada, puede ser repudiada con efectos *ex tunc*, mientras no haya mediado efectiva aceptación. Queda, así pues, justificado este requerimiento, que deberá atenerse a lo dispuesto en las normas hipotecarias —arts. 141.2 LH y 237 RH— en cuanto a la forma de practicarlo y sus consecuencias ¹⁶⁸. La respuesta, en caso de ser favorable, podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura —art. 248.2 RH—, y su constancia registral se ajustará a las líneas que antes expusimos.

De la combinación de estos dos presupuestos resulta, a nuestro juicio, que, en el caso de la hipoteca testamentaria esa «aceptación», como requisito de eficacia del negocio, se aviene mejor, en cuanto a su operatividad, al esquema de las condiciones resolutorias que al de las suspensivas, que es el que hemos defendido para la hipótesis habitual: aquí es la falta de ésta la que permitirá desvirtuar (aunque sólo cuando sea necesaria —esto es, cuando haya habido requerimiento—, sin que venga exigida en sentido positivo), con alcance retroactivo, la eficacia del negocio ¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Esta facultad no podrá ser ejercitada, lógicamente, por el causante-constituyente, porque ya falleció, sino que pasará, en la indivisión, a cualquiera de los herederos o al albacea, y, tras la partición, a aquél a quien se hubiera adjudicado la finca [ROCA se pronuncia, sin embargo, en contra de la posibilidad de que ese requerimiento pueda ser efectuado por el Comisario contador, por entender que la misión de éste es simplemente la de contar y partir (*op. cit.*, p. 619). Nosotros creemos preferible el criterio que hemos expuesto, sostenido por LA RICA —*Comentarios al nuevo RH*, I, p. 289—: aunque la misión de éste sea simplemente contar y partir, la determinación de la situación de la finca —gravada o no— parece indudable que viene a constituir un factor determinante en la realización de aquélla]. En caso de tratarse de una finca legada, la legitimación corresponderá al legatario.

¹⁶⁹ Este régimen que hemos defendido como propio para la hipoteca testamentaria —que no es sino mera aplicación del expresamente dibujado en el Código civil para los legados de cosa cierta y determinada— se nos presenta a nosotros como un punto de referencia fundamental y un cualificado apoyo en favor del modo de entender la situación interina en el supuesto general de hipoteca unilateral (el contenido en el art. 141 LH) que antes defendimos (cfr. *supra*, pp. 88 ss.), puesto que en él se dan las mismas circunstancias definitorias —carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos—: el favorecido es titular del derecho de que se trate, que ya ha entrado en su patrimonio, aunque no de un modo cierto y definitivo todavía, por la posibilidad que tiene de rechazar esos efectos, derivada del hecho de que no ha intervenido en el negocio causante de los mismos. Es decir, la declaración de voluntad (no contractual) a través de la cual se articula la independencia patrimonial de estos sujetos, que no obstante no haber intervenido en el concreto negocio van a verse afectados por sus efectos, no debe traducirse en una drástica y tajante separación «derecho nacido pero no adquirido» y «derecho nacido y adquirido», sino que es más correcto entender que

C) Hipotecas legales: por razón de patria potestad y tutela, y en garantía de reservas legales

En estos supuestos de hipoteca, en los que la posibilidad de su constitución por medio de acto unilateral del disponente es incuestionable —«constitución voluntaria», según el art. 267.4 RH— se llega a prescindir absolutamente de toda voluntad del favorecido, tanto contractual-constitutiva como unilateral-adquisitiva. En su lugar opera la declaración judicial de suficiencia (art. 260.2 RH), que nada tiene que ver con el acto constitutivo —que radica exclusivamente en el negocio del disponente—, y que tampoco coincide con la «aceptación» del beneficiario en el supuesto general del 141 LH: la aprobación judicial¹⁷⁰ se dirige a comprobar la suficiencia de la garantía prestada por el obligado *ex lege* a ello, no a tutelar la independencia patrimonial del favorecido.

Esta aprobación, por otra parte, debe constar registralmente, y de modo simultáneo, en el mismo asiento que publica la constitución de la hipoteca (arts. 263.6 y 267.5 RH, y 260 C.c.)¹⁷¹.

lo que ocurre es que la eficacia del negocio, aunque ha de afirmarse desde el primer momento, no es todavía cierta y definitiva, sino que atraviesa una fase de inestabilidad o pendencia, mientras el favorecido no manifieste su voluntad conforme, desahciéndose retroactivamente en caso contrario.

¹⁷⁰ Esta aprobación adoptará la forma de auto.

¹⁷¹ En relación con la constituida por causa de patria potestad se plantea un problema: el art. 230.4 del RH de 1915 —coincidente con el 267 actual— se refería a la constitución espontánea por el padre o la madre, señalando que ésta se haría con los requisitos del art. 191 LH entonces vigente equivalente al actual 260 del RH— dictado para bienes reservables. El precepto que lo regula del reglamento en vigor no alude, sin embargo, al expediente contenido en la ley al respecto: ¿significa esto que no es necesario ese expediente? ROCA, en la duda, considera preferible inclinarse por su aplicación también en este caso (*op. cit.*, p. 892), lo cual parece razonable.