

Hipoteca de constitución unilateral (*)

SUMARIO: ABREVIATURAS.—1. PLANTEAMIENTO.—2. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL Y EFECTOS DEL ACTO UNILATERAL DE INSCRIPCIÓN POR EL DUEÑO DE LOS BIENES.—3. RÉGIMEN DE LA ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA UNILATERALMENTE.—4. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL.—BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
art(s).	artículo(s)
BCRE	Boletín del Colegio de Registradores de España

(*) PREMIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER DE DERECHO REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

La Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba nace de un Convenio de Colaboración firmado entre la Universidad de Córdoba y el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, el día 24 de septiembre de 2003. Según su Reglamento, aprobado por el Colegio de Registradores y la Universidad de Córdoba, el objeto de la Cátedra es la enseñanza, investigación y difusión del Derecho Registral —Inmobiliario, Mobiliario y Mercantil— y de otros campos jurídicos relacionados con el mismo. En los dos cursos que lleva de actividad, la Cátedra Oliver ha desarrollado una intensa actividad en la organización de conferencias, cursos sobre materias jurídico-registrales, concesión de ayudas para el Doctorado, etc.

Especial interés ha puesto la Dirección de la Cátedra en la convocatoria que, conforme al Reglamento de la misma, viene haciendo del Premio de Estudios Jurídicos «Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba», ya en su segunda edición.

El Jurado ha concedido el premio de la primera edición al estudio «Hipoteca de Constitución Unilateral», de la que resultó autora doña BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, trabajo que ahora se acoge a la benevolencia de la prestigiosa Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

A.M.S.

CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
cfr.	confróntese
coord(s).	coordinador(es)
dir(s).	director(es)
ed.	edición
<i>et. al.</i>	y otros
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LRH	Ley de reforma hipotecaria de 1944
núm.	número
<i>op. cit.</i>	obra citada anteriormente
pág.(s).	página(s)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R(R)DGRN	Resolución(es) de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
y sigs.	y siguientes
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
vid.	véase
vol.	volumen

1. PLANTEAMIENTO

Este tipo de hipoteca está reconocida en nuestro ordenamiento en los artículos 138 y 141 LH.

Ya desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, se preveía en su artículo 138 la posibilidad de constituir una hipoteca voluntaria por acuerdo de las partes o por la voluntad unilateral del dueño de los bienes (1). Así, el vigente

(1) Una de las discusiones doctrinales que surgieron en torno a la regulación de la hipoteca unilateral fue la de la admisibilidad de que se constituyera *inter vivos*. Había quien interpretaba el artículo 138 LH de 1861 como que sólo admitía las hipotecas constituidas por acuerdo de las partes y las testamentarias como unilaterales; y otros, sin embargo, consideraban que también se admitía la hipoteca unilateral constituida *inter vivos*. Sobre esta controversia, vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *La hipoteca unilateral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 16 y sigs.; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 546-547; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», en *ADC*, octubre-

artículo 138 LH dispone expresamente lo siguiente: «*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan...*». Pero en este precepto simplemente se reconoce la posibilidad pero no se desarrolla la misma, con una previsión legal del procedimiento, requisitos y otras circunstancias.

Posteriormente el Reglamento Hipotecario de 1870 introdujo la necesidad de la aceptación, haciéndola constar en el Registro por una nota marginal con eficacia retroactiva. Pero no es hasta la reforma hipotecaria que tuvo lugar en 1944-1946 (2), cuando se desarrolla en la Ley la figura de la hipoteca unilateral. Y así el vigente artículo 141 LH prevé 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 la 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*».

Este precepto tiene su complemento reglamentario en el artículo 237 RH: «*En el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria*».

diciembre, 1994, págs. 86-87, 93 y sigs. y 148 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», en *ADC*, 1950, págs. 55 y sigs.; ROMERO VIÉTEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 579 y sigs.; y CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *RGLJ*, 2.^a época, núm. 1, enero, 1943, págs. 10 y sigs. Tras la reforma hipotecaria de 1944-1946 y el desarrollo normativo de la hipoteca unilateral para la mayoría de la doctrina queda fuera de dudas la posibilidad de constituir una hipoteca unilateral *inter vivos*.

(2) En la LH de 1944 se introdujo la regulación de la hipoteca unilateral en el artículo 139, que vino a sustituir al antiguo 138 LH, que señalaba lo mismo que el actual, en cuanto a lo que ya se ha indicado. Pero además desarrollaba la regulación de la aceptación, que se deberá hacer constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, «cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la hipoteca». Asimismo se preveía la posibilidad de que el dueño cancelase la hipoteca una vez que transcurrieran dos meses desde el requerimiento de aceptación y ésta no hubiera tenido lugar. También se regulaba en este precepto la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles al portador, pero esto ya no pasó al vigente artículo 141 LH, pasando a regularse la cuestión en el artículo 156 LH, pero de modo distinto.

De modo que actualmente, en nuestra legislación vigente ya se da desarrollo normativo a la hipoteca unilateral, concretándose su alcance, su constitución y sus efectos, de la forma que veremos (3).

2. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL Y EFECTOS DEL ACTO UNILATERAL DE INSCRIPCIÓN POR EL DUEÑO DE LOS BIENES

Sobre esta cuestión se ha debatido mucho en nuestra doctrina, sobre todo antes de la reforma hipotecaria de 1944, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 138 LH, que, como se ha indicado, simplemente afirmaba la posibilidad de que la hipoteca se impusiera por disposición del dueño de los bienes, sin desarrollar más esta posibilidad.

La discusión se centra básicamente en considerar o no a la hipoteca unilateral como auténtica hipoteca; esto es, se dan distintas respuestas a la cuestión de la eficacia y contenido que hay que atribuir a ese acto unilateral del dueño de los bienes; el valor registral y sustantivo que debe darse a esa inscripción unilateralmente consentida. Y en conexión con esto se encuentra la discusión sobre si es posible separar como actos distintos, con eficacia propia y plena, la constitución de la garantía y la aceptación.

Por parte de nuestra jurisprudencia y la DGRN también se acogen distintas posturas. Para el Tribunal Supremo la hipoteca unilateral nace como hipoteca desde el momento de la inscripción unilateral del dueño de los bienes (cfr., entre otras, las SSTs de 11 de marzo de 1991, de 1 de junio de 1992 y de 3 de julio de 1997 (4); como excepción a esta línea jurisprudencial, cabe

(3) Sobre el interés práctico de esta figura, vid., entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», en NIETO CAROL, UBALDO (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996, págs. 192 y sigs. Señala que la hipoteca unilateral es un instrumento útil cuando se trata de constituir garantía hipotecaria a favor de un número de acreedores muy elevado; asimismo puede responder a objetivos de discreción o «estrategia»; y es también un instrumento apto, o incluso necesario, para dar forma a las hipotecas constituidas en garantía de títulos a la orden o al portador.

(4) Esta STS, de 3 de julio de 1997, señala: la hipoteca unilateral «se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido». En relación con esta sentencia, SERRA RODRÍGUEZ advierte de que, aunque es una de las sentencias en las que se quiere ver el apoyo y refrendo de nuestro Tribunal a la teoría de la constitución de la hipoteca por la inscripción unilateral del dueño de los bienes, si se analiza e interpreta adecuadamente su contenido, «se concluye que condicionar la eficacia real del derecho de hipoteca a la aceptación del acreedor supone negar

señalar la STS de 4 de octubre de 1915, en la que el Tribunal Supremo rechazaba este tipo de hipotecas, exigiendo para la constitución de este derecho real el acuerdo de los interesados: mientras no fuera aceptada esa hipoteca inscrita carecería de toda eficacia jurídica, ni siquiera la derivada del rango o prioridad registral) (5).

Por su parte, la DGRN aunque en un primer momento sostuvo que con la inscripción la hipoteca unilateral es auténtica hipoteca (cfr., entre otras, las RRDGRN de 27 de octubre de 1892, de 14 y 31 de agosto de 1893 y de 6 de septiembre de 1912), posteriormente acoge una postura contraria y considera que la aceptación es un elemento esencial para la constitución de la hipoteca, de modo que el acto unilateral del dueño de los bienes de inscribir la garantía en el Registro de la Propiedad únicamente es una manifestación del principio de consentimiento formal (RDGRN de 31 de julio de 1928) o, como ha sostenido en más ocasiones y recientemente, una reserva de rango a favor de una hipoteca que surgirá en el momento de la aceptación del acreedor destinatario de la inscripción (cfr., entre otras, las RRDGRN de 26 de octubre de 1982, de 28 de septiembre de 1983, de 19 y 20 de noviembre de 1987 y de 22 de marzo de 1988).

Ahora bien, en su RDGRN de 22 de abril de 1996, la DGRN dejó claro que de los artículos 141 LH y 237 RH se desprende que «desde su inscripción inicial la hipoteca existe como un hecho real, sin perjuicio de que para la eficacia de la misma sea indispensable la aceptación por la persona a cuyo favor se ha establecido e inscrito la hipoteca». De esto parece desprenderse que en tanto no conste la aceptación de la hipoteca no se constituye el derecho real (categoría a la que se contraponen la de «hecho real»), si bien de la inscripción sí surgen determinados efectos jurídicos reales, frente a terceros, lo que se explica, según esta Resolución, a través de la figura del «hecho real» (6).

En cuanto a nuestra doctrina, se pueden destacar las siguientes teorías acerca de la configuración jurídica de la hipoteca unilateral (7):

carácter constitutivo a la inscripción de la hipoteca unilateral» (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 50-51).

(5) Sobre esta sentencia y las críticas recibidas, vid., entre otros, DE ÁNGEL YÁGUEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 199-202.

(6) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 52.

(7) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 547 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 1503-1505; PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», en *RCDI*, núm. 631, noviembre-diciembre, 1995, págs. 1994 y sigs.; del mismo autor: *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 12 y sigs.; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 29 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La

A) TEORÍA DE LA HIPOTECA SOMETIDA A UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Es la tesis que dominó entre los hipotecaristas hasta la reforma de 1944-1946 (GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, CAMPUZANO, BARRACHINA, ARAGONÉS).

En opinión de sus defensores con la inscripción por parte del dueño se constituye una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor beneficiario de la misma (en cuanto que hecho futuro e incierto que es). La aceptación también forma parte del proceso constitutivo, de modo que si ésta no se produce, la hipoteca no llega a surgir realmente ni a producir efectos, ya que en ningún momento puede concebirse un derecho sin sujeto. Pero si se cumple esa condición, si el beneficiario acepta, debe dársele publicidad a tal circunstancia mediante la correspondiente nota marginal, y sus efectos se retrotraerán al momento de la inscripción.

Al dueño de los bienes se le reconoce plena libertad y facultad para poder gravar sus bienes con hipoteca, pero, dicen los defensores de esta teoría, a nadie se le puede forzar a adquirir un derecho en contra de su voluntad.

Las críticas a esta postura nacen fundamentalmente por la calificación dada a la aceptación del acreedor. Se la califica de mera condición suspensiva del fenómeno adquisitivo de un derecho, cuando realmente es una *conditio iuris*: no es un mero obstáculo o presupuesto previsto por la voluntad del disponente de cara a la adquisición del derecho, sino un presupuesto legal, una exigencia estructural esencial para la adquisición de la hipoteca por el acreedor. No se trata de un elemento accidental y voluntario del negocio jurídico sino legal e institucional (8).

hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 59 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda de M. Navarro, Madrid, 1945, págs. 402 y sigs.; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 88 y sigs.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 206 y sigs.; ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, págs. 585 y sigs.; y CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, págs. 32 y sigs.

(8) En este sentido, cabe señalar, además, como lo hace ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 563), que no cabe equiparar el supuesto de la hipoteca unilateral con el previsto en el artículo 142 LH de hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva, en cuanto que en este último caso la condición es voluntaria y afecta a la existencia del crédito garantizado y no propiamente al derecho de hipoteca. En la hipoteca unilateral, aunque aún no se haya aceptado por el acreedor, puede existir ya la obligación garantizada. Cfr., asimismo, CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, págs. 31-32, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 123-125.

B) TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO FORMAL

Es una tesis defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ y DE BUEN y por la RDGRN de 31 de julio de 1928, inspirándose en el principio germánico del consentimiento formal (*formelles Konsensprinzip*) aplicado a la constitución de hipoteca.

Tomando como fundamento lo dispuesto en el artículo 112.2.º RH de 1870 (de igual contenido que el posterior art. 197 RH de 1915) y a la vista de lo dispuesto en el artículo 138 LH, se interpreta que en este último precepto se da cabida a este principio de consentimiento formal, en cuanto que lo que realmente hace el dueño no es constituir una hipoteca, sino simplemente dar su consentimiento a que en el Registro se practique una inscripción de hipoteca (con ausencia de todo elemento sustantivo o material). La hipoteca se constituirá realmente cuando se produjera el acuerdo de las partes en ese sentido; entonces se produciría una rectificación del asiento registral practicado (que al faltar el acuerdo bilateral constitutivo contenía una inexactitud registral, que debía rectificarse) procediéndose a constituir realmente la hipoteca, que, sin embargo, gozaría del rango ganado con esa inscripción imperfecta o «inexacta», sin necesidad de ningún mecanismo de retroacción. Además, a pesar de no haber nacido aún el derecho, el asiento de inscripción, hasta el momento en que se produzca la aceptación por el beneficiario o la cancelación por el disponente, producirá los efectos derivados de los principios de exactitud registral y de fe pública registral, protegiendo a los terceros que confiaron en la apariencia de la existencia de un derecho publicada por el Registro.

Con esto se defiende que, aun siendo necesario para la constitución de la hipoteca el acuerdo de voluntades del acreedor y el hipotecante, cabe que la inscripción de la hipoteca preceda a ese acuerdo. Cuando éste se produzca, se rectifica positivamente el asiento de inscripción y surge el derecho real; y si al final tal acuerdo no tiene lugar, se procederá a cancelar, a rectificar negativamente dicho asiento registral.

ROCA SASTRE y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO critican esta teoría advirtiendo de que en nuestra legislación, con base en el artículo 138 LH, no cabe fundar la admisión del consentimiento formal propio de la legislación alemana (9). Y el primero de estos autores justifica tal postura indicando que el artículo 138 LH, «a diferencia de la legislación alemana, no autoriza un consenti-

(9) Según señala ROCA SASTRE, la única manifestación del consentimiento formal en nuestro sistema se da en materia de cancelaciones, según resulta del artículo 82 LH (ROCA SASTRE, RAMÓN M.º y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 548). Vid. asimismo, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 100-101.

miento 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, pues habla de hipotecas «impuestas por disposición del dueño de los bienes». [...] Una cosa es un consentimiento dirigido a provocar un asiento y otra distinta un consentimiento constitutivo de un derecho real, en virtud de un acto dispositivo del dueño. Este es un acto material inscribible comprendido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. El acto en que el titular registral consiente simplemente que se extienda un asiento, con plena ausencia de un título material, es algo distinto» (10).

ALBALADEJO también critica esta teoría pero sólo en el sentido de atribuir a la inscripción realizada unilateralmente por el dueño de los bienes una inexactitud registral. Considera admisible esta teoría del consentimiento formal, sobre todo teniendo en cuenta que coincide con él (y en contra de la postura de ROCA SASTRE, defensora de la teoría del negocio jurídico dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca) en cuanto a estimar que de la sola voluntad del disponente no se deriva la constitución de la hipoteca, no se modifica la realidad jurídica. Pero lo que entiende criticable es el que se señale que ese consentimiento formal provoca una inexactitud registral: esto es, que se haga público como existente una hipoteca que aún no existe en la realidad jurídica. En su opinión, no hay ninguna necesidad de hacer al Registro inexacto, sobre todo teniendo en cuenta que puede acudirse a soluciones más perfectas que muestran en todo momento la realidad jurídica existente (11).

Por otro lado, como acertadamente señala ROCA SASTRE (12), indicio importante de que en nuestro ordenamiento no se admite esta teoría del consentimiento formal es que el régimen de la cancelación de estas hipotecas se enfoca por el de *cancelación* de un asiento registral, prescindiendo del procedimiento y de la acción de *rectificación* de asientos inexactos y dejando de lado el instituto del consentimiento formal.

C) TEORÍA DEL DERECHO POTESTATIVO DE ADQUISICIÓN DE HIPOTECA

Es la postura defendida por ROMERO VIÉITEZ, que, partiendo de la idea de que todos los derechos de adquisición preferente pueden crearse unilateralmente, entiende que en este caso, el beneficiario de esa hipoteca unilateral inscrita obtiene, desde la inscripción, un derecho real de adquisición (como

(10) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 548.

(11) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 60-61.

(12) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 569.

tal, potestativo) del derecho real de hipoteca, con independencia de que, efectivamente, acepte o no esa hipoteca. Afirma que con la inscripción de la declaración unilateral del dueño de la finca «se crea una situación jurídica de naturaleza real de la cual es titular el destinatario de la hipoteca, el cual adquiere, desde la primera inscripción, la potestad de hacerse titular del derecho de hipoteca configurado en la escritura de declaración de voluntad del dueño, mediante la anotación en el Registro de su aceptación. Y ello independientemente de que llegue a aceptar o no. Esta situación jurídica tiene el tratamiento en la Ley Hipotecaria de un verdadero derecho real» (13). Y más adelante señala que «la constitución unilateral de la hipoteca presupone ineludiblemente la creación con ella, de la facultad de adquirirla del destinatario designado. Este presupuesto es contenido necesario del negocio jurídico creador [...], lo que constituye el dueño de la finca es un derecho real de hipoteca para que lo pueda adquirir si quiere el destinatario, o una facultad o derecho real en favor de él de adquirir la hipoteca. La facultad de aceptar nace, pues, de la naturaleza misma del acto unilateral creador, como consecuencia del principio fundamental en Derecho Privado de que nadie adquiere sin su voluntad. La declaración unilateral creadora de una hipoteca es creación conjunta de ella y de la facultad de aceptarla por el destinatario: forman una única realidad jurídica. Así lo ha reconocido el legislador español en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria» (14).

Una crítica que se le hace a esta tesis es la de que la voluntad unilateral no es fuente de derechos reales y que sería una adquisición de un derecho real sin causa, sin necesidad de un contrato (15). Pero ésta sería una crítica que

(13) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 601.

(14) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 611.

(15) Vid. CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1504.

Sobre la posibilidad y eficacia en nuestro ordenamiento del negocio jurídico unilateral, o con mayor precisión, sobre la cuestión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, se ha debatido en nuestra doctrina durante mucho tiempo sin llegar a conclusiones claras. Pero al respecto interesa poner de relieve la postura de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, que, con base en las ideas de FEDERICO DE CASTRO, afirma que «parece hoy abierta la posibilidad de atribución de efectos jurídicos a expresiones de la autonomía privada de carácter unilateral, que en la referencia a una causa suficiente encuentran una base para su reconocimiento en el orden jurídico» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 147). Este autor entiende, con razón, que de la polémica y controversia acerca de la eficacia y fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad deben quedar fuera todos aquellos casos (como la hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de los bienes, prevista en el art. 141 LH) en los que el propio ordenamiento jurídico reconoce estos supuestos de negocio jurídico unilateral de naturaleza irrevocable. Y se deben excluir, en su opinión y en la de un amplio sector doctrinal, porque «la fuerza vinculante de

puede tener como destinataria también la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca y todas aquellas teorías que admiten la constitución y el nacimiento de la hipoteca con la mera declaración de voluntad del dueño de los bienes y la inscripción. Postura que, por otro lado, es la que acoge la literalidad de la ley en el artículo 141 LH.

La crítica fundamental a esta teoría surge de la configuración de esta hipoteca como derecho potestativo de adquisición (crítica compartida por la teoría que se señala a continuación de CHAMORRO). En los derechos potestativos, con la sola declaración de voluntad del sujeto, se transforma jurídicamente el patrimonio ajeno; con estos derechos no surge una pretensión ejercitable frente a otra persona, sino una facultad ejercitable *erga omnes* de producir directamente (sin necesidad de la intervención de otra persona) un cambio jurídico.

Pero se critican estas concepciones porque la ley se refiere a la constitución de «hipoteca» (no de un derecho de adquisición), a lo que ROMERO VIÉITEZ replica que «está clara la potestad del beneficiario de aceptar o no el derecho real de hipoteca» y que «la aceptación es un acto transformador de la realidad jurídica registrada» (16).

D) TEORÍA DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE UNA SUMA DE DINERO

Según CHAMORRO PIÑERO, el derecho real de hipoteca se constituye con la inscripción del acto dispositivo unilateral por parte del dueño de los bienes, sin necesidad de la aceptación del favorecido. Esta aceptación sólo es necesaria cuando se ejecute la hipoteca y el acreedor acepte entonces tomar la suma de dinero obtenida en la ejecución como pago de la deuda que tenían con él.

De este modo este autor lo que hace es configurar la hipoteca constituida unilateralmente como un derecho real de adquisición de la propiedad de una suma de dinero (obtenida mediante la enajenación judicial del bien hipotecado). Y que esto es así «lo prueba la misma tendencia, ya superada, a considerarla como un derecho futuro, eventual o condicional; y sobre todo, la existencia de la acción «especial» llamada «de devastación»» (17). La ins-

la declaración no se deriva del poder de la voluntad como expresión de la autonomía privada, sino que es consecuencia de un precepto legal. En este sentido, se dice que la fuente de las obligaciones no es la voluntad unilateral sino la ley» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, «Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos», *op. cit.*, págs. 153-154).

(16) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 607.

(17) CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, pág. 152. Asimismo este autor indica que «la consideración de

cripción del acto unilateral provoca, por sí misma, la constitución y adquisición por el favorecido del derecho de hipoteca, que le concede al acreedor únicamente el derecho potestativo a adquirir una suma de dinero para cobrarse el crédito. En su opinión, en este caso la hipoteca no otorga a su titular un señorío o poder sobre la finca gravada, sino sólo a obtener una suma de dinero con carácter preferente.

La principal objeción hecha a esta tesis es que se le configure como un mero derecho potestativo de adquisición, pues desde que nace, ya en la fase de seguridad, la hipoteca otorga muchas más facultades que la mera adquisición de una suma de dinero cuando se ejecute y, además, desde entonces le refuerza la seguridad en el cumplimiento de su crédito (18).

E) TEORÍA DE LA RESERVA DE RANGO

Una de las posturas más extendidas acerca de la configuración jurídica de la hipoteca es la que pretende ver en la regulación contenida en el artículo 138 LH una situación de reserva de rango registral. Viene apoyada, entre otros, por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (19), GIMÉNEZ

la hipoteca como «derecho real de adquisición» está acorde, además, con el desenvolvimiento histórico de los derechos de garantía, y es la culminación de un proceso de espiritualización que parte de la transmisión incondicionada (en el aspecto dispositivo) del «dominio» con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), pasando por un derecho, todavía excesivo, «de adquisición del dominio» (*pignus commisorium*), para terminar en un simple «derecho de adquisición de la suma dineraria debida» al momento del vencimiento de la deuda» (pág. 154).

(18) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 39 y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 103.

(19) Respecto de estos autores hay que señalar que, si bien se les considera precursores de esta teoría de la reserva de rango, se advierte, como PAU PEDRÓN pone de manifiesto (vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1995), un cambio de criterio que se ha operado entre la redacción inicial de su obra de anotaciones al *Derecho de Cosas* de WOLFF y la actualizada. Así, mientras que en la edición de 1936 defienden que la constitución unilateral de hipoteca origina una reserva de rango a favor de la hipoteca que publica (hipoteca que no quedaría constituida con la inscripción sino sólo anunciada, pues para la constitución se requerirá la aceptación del beneficiario), en la edición de 1971 señalan: «La hipoteca impuesta por acto unilateral de disposición del propietario de la finca gravada [...] también nace cuando el documento en que consta el acto de disposición queda inscrito en el Registro. [...] Es posible afirmar que la hipoteca se constituye en nuestro Derecho en virtud de un negocio jurídico de disposición. Éste deja establecido el gravamen de manera inmediata y no puede confundirse con el negocio obligatorio, es decir, con el contrato del que sólo nazcan obligaciones en el sentido del artículo 1.862 del Código Civil» (PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, «Anotaciones a Wolff, Martin: Derecho de Cosas», en ENNECERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, *Derecho de Cosas*, vol. 1.º, Pose-

ARNAU, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (20), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (21) y BLASCO GASCÓ (22).

Con la inscripción de la hipoteca por el dueño de los bienes no se constituye el derecho real, sino que lo que se hace es otorgar a ese derecho real que aún no ha nacido (futuro, por tanto), un puesto o rango registral. Este rango será ocupado posteriormente por la hipoteca cuando nazca tras la aceptación del acreedor (con la que ya se completa el acuerdo de voluntades necesario para hacer surgir un derecho real). Entonces esa reserva de rango se convierte en auténtica hipoteca.

El problema de esta tesis está en que los términos en que se expresa el artículo 138 LH son más favorables a una interpretación que defiende la existencia de un acto dispositivo de imposición o constitución de hipoteca, que de una mera reserva de rango en la que no se refleja ningún acto dispositivo. Además, como señala PAU PEDRÓN, la hipoteca unilateral no reúne los rasgos de bilatera-

sión, Derecho Inmobiliario, Propiedad, 3.ª ed. al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 235). Más adelante, en la pág. 262 de esta misma edición de 1971, afirma que: «Tampoco el artículo 141 LH adopta la táctica de la reserva de rango, sino que regula la inscripción de un derecho real de hipoteca constituido con plena validez, aunque no adquirido todavía por su destinatario [...] En lugar de una reserva de puesto nos hallamos en este caso ante un gravamen que goza del rango que le corresponde según el principio de prioridad, lo mismo que otro cualquiera derecho real».

(20) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 445-446.

(21) En cierto modo, a este autor podría situársele en la línea de la teoría de ALBALADEJO, que luego se verá: cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 372-376.

(22) Respecto a este autor, su ubicación como defensor de esta teoría puede resultar un poco forzada. Afirma que «la hipoteca se constituye en el acto jurídico unilateral de disposición del dueño de los bienes, de manera que la aceptación del acreedor produce como efecto, no la constitución del derecho real de hipoteca, sino su adquisición (de lo contrario, no podría hablarse de hipoteca unilateral)». Con esto parece defender que la hipoteca nace desde la inscripción. Pero a continuación se pregunta por lo que sucede en el ínterin entre la constitución y la aceptación. Considera que «es difícil pensar que se ha creado un derecho (real) sin sujeto, aunque nuestro Ordenamiento conoce y regula situaciones de interinidad o pendencia subjetiva». Y añade, «posiblemente el problema no sea tanto el de calificación nominal, en que se ha entretenido la doctrina» (vid. las distintas teorías sobre la configuración jurídica de esta hipoteca que se han apuntado en este trabajo), «cuanto el de determinación de los efectos». Desde esta perspectiva, en su opinión, hay que tener en cuenta que los efectos de la aceptación del acreedor son *ex tunc*, se retrotraen al momento de la constitución de la hipoteca. «Así, parece que nos hallamos ante una reserva de rango a favor del acreedor, que debe mantenerse durante dos meses, a contar desde el requerimiento realizado a efectos de la aceptación del acreedor» (BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 141-142).

lidad y temporalidad que caracterizan la reserva de rango (23) y produce más efectos que ella, por cuanto, «mientras que la reserva de rango se limita a anunciar a terceros una hipoteca futura, la hipoteca unilateral despliega todo el contenido de una hipoteca ordinaria (actual)» (24); «la reserva de rango es sólo un aviso frente a terceros y la hipoteca unilateral tiene un contenido —voluntario y legal— que es independiente de la existencia o no de terceros. En la medida en que ese contenido de la hipoteca unilateral es independiente de los terceros sobrepasa la esfera de eficacia de una reserva de rango» (25).

F) TEORÍA DE LA EXPECTATIVA DE HIPOTECA

Postura similar a la anterior es la que defiende ALBALADEJO (26), que entiende que con esta hipoteca «impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan», lo que se crea es una expectativa de derecho de hipoteca, avisando con la inscripción a los terceros que como se produzca la aceptación del favorecido por ese asiento registral, la hipoteca nacerá formalmente y surtirá efectos desde la inscripción. Por esto le parece acertada y comparte también la teoría de la reserva de rango.

Asimismo, considera que la sola voluntad del disponente no constituye la hipoteca, esto es, no modifica la realidad jurídica. Con la mera inscripción no se constituye la hipoteca, pues ésta requiere la aceptación del acreedor reflejada en el Registro de la Propiedad por medio de la correspondiente nota

(23) Según este autor, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 241.1.º RH, para que la hipoteca unilateral fuera una verdadera reserva de rango, sería necesario el acuerdo de los interesados para su constitución, lo que se contradice con el carácter típico unilateral y de voluntariedad de este tipo de hipoteca (esta tesis incurre en la contradicción o error de convertir la hipoteca unilateral en bilateral, desdibujando la neta distinción legal entre ambas formas de constitución); además la reserva de rango según señala ese precepto es una situación esencialmente temporal, mientras que la hipoteca puede subsistir indefinidamente (y a este argumento no es obstáculo el que se dé posibilidad de cancelar la inscripción de hipoteca tras dos meses a partir del requerimiento al destinatario favorecido, pues la cancelación es una mera posibilidad o facultad concedida al disponente, pero no un supuesto de caducidad o cancelación automática): vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1996. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67-68, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 100-101.

(24) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 1996-1997. Señala este autor, además, que estos efectos mayores de la hipoteca unilateral (vid. págs. 1997-1998 de esta misma obra citada) no pueden ser explicados por la teoría de la reserva de rango ni tampoco por la eficacia retroactiva de la aceptación.

(25) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 1999-2000.

(26) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 77 y sigs.

marginal, lo cual (la «registración» de esa aceptación) sería una *conditio iuris* para la constitución del derecho (27). La inscripción «es sólo un elemento del negocio jurídico de disposición y real base de la constitución de la hipoteca unilateral»; el otro es la aceptación (28).

En su opinión, y en contra de lo defendido por la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca, la constitución y la adquisición de la hipoteca son dos momentos que coinciden: la hipoteca nace porque se adquiere. No cabe que la constitución preceda a la adquisición, precisamente porque para que se constituya, nazca, el derecho, es necesaria la adquisición. «El efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no sólo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la registración de la aceptación pudiesen retrotraerse *erga omnes*» (29).

Por otro lado, como ya se señaló anteriormente, ALBALADEJO se muestra a favor de la teoría del consentimiento formal, salvo en cuanto a considerar que en el Registro ese acto unilateral del disponente crea una inexactitud registral. Y es que, en su opinión, es cierto que con esa inscripción, el Registro no puede publicar la constitución de una hipoteca, pero no es que se haya producido una inexactitud registral (publicando como existente una hipoteca que realmente aún no existe), lo que sucede es que lo que publica es un «negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* (la anotación de la aceptación del favorecido) se cumpla. [...] Hasta entonces la misión de la inscripción formalmente consentida es, fundamentalmente, reservar su rango; de forma que la retroacción de los efectos del cumplimiento de la *conditio iuris*, no tropiece con la protección que la Ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un registro en el que no hubiese existido semejante inscripción» (30).

Aparte de las críticas que comparte con las realizadas a la teoría de la mera reserva de rango, destaco una basada en un argumento literalista (argumento en general muy criticado por el propio ALBALADEJO en cuanto a la falta de carácter decisivo por el poco rigor terminológico de nuestra legislación hipotecaria): en el artículo 141 LH se habla de inscripción de la hipoteca antes de la aceptación; pero si, según ALBALADEJO, ese asiento sólo provoca una mera expectativa de hipoteca y no publica un auténtico derecho, el asiento adecuado a esa circunstancia sería el de una anotación preventiva. El hecho

(27) De modo que, como queda manifiesto, este autor rechaza la teoría de la condición suspensiva.

(28) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 82.

(29) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 75.

(30) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 79.

de que se afirme que el asiento registral en el que se hace constar el acto unilateral del dueño de los bienes es una inscripción da muestras de que el contenido de lo que se publica va más allá que el mero aviso de la futura constitución de hipoteca (31).

El problema de estas teorías que exigen para el nacimiento del derecho real de hipoteca la aceptación del acreedor, es que no consiguen explicar los efectos que ciertamente produce la inscripción respecto al deudor, al constituyente y a terceros.

Con estas tesis lo que se hace es excepcionar la regla general de que con la inscripción del título constitutivo nace la hipoteca; de este modo se otorga a la aceptación un protagonismo y valor esencial en el proceso de constitución.

Pero claro, como señala SERRA RODRÍGUEZ, «si admitimos que sin la aceptación del acreedor no queda válidamente constituido el derecho real de hipoteca, estaremos aceptando que se ha practicado la inscripción en el Registro sin haberse perfeccionado el título material, esto es, el negocio jurídico causal que plasma y recoge la escritura pública de constitución unilateral, que sería en realidad un negocio jurídico bilateral (por ello le falta un elemento para su validez: la aceptación del acreedor hipotecario)» (32). Y hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento se acoge un sistema causalista (a diferencia del sistema abstracto del Derecho alemán), de modo que el título material debe preceder a la inscripción (ésta no puede practicarse con abstracción del negocio jurídico que le sirve de causa).

La explicación a esta posibilidad se encuentra en la admisibilidad de la disociación y dilatación temporal de los dos momentos esenciales de la constitución de la hipoteca, como elementos integrantes, ambos, del consentimiento contractual: la inscripción de lo que vendría a ser una oferta contractual por parte del dueño de los bienes y la aceptación de la misma. Con esto se admitiría la ruptura de la unidad del acto constitutivo: se permite inscribir el primer elemento constitutivo (la oferta del dueño de los bienes) y se le reconocen no sólo efectos obligacionales (vinculación del disponente a esa oferta) sino también ciertos efectos reales (los derivados de la reserva de rango), y después se exige el otro elemento consensual conformador del negocio constitutivo, que también se publicará en el Registro a través de la correspondiente nota marginal (33).

(31) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 123.

(32) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 54.

(33) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 55, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 111.

G) TEORÍA DEL NEGOCIO DISPOSITIVO UNILATERAL CONSTITUTIVO DE HIPOTECA

Ésta es, además de la teoría de la reserva de rango, la otra gran tesis defendida por nuestros autores acerca de la naturaleza y la eficacia de la hipoteca unilateral a partir de la reforma hipotecaria de 1944-1946.

Para gran parte de la doctrina (entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, DE COSSÍO Y CORRAL, DE CASSO Y ROMERO, ROCA SASTRE, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ARJONA GUARDADO-FAJARDO y PAU PEDRÓN) la hipoteca constituida unilateralmente es una auténtica hipoteca, que se constituye con el acto unilateral del dueño de los bienes desde el momento de la inscripción, si bien cuenta con la particularidad de que para ser adquirida por el acreedor en cuyo favor se inscribió este derecho real, necesita de su aceptación. Y este carácter de auténtica hipoteca, dicen, viene avalado por la propia redacción dada al artículo 141 LH: éste habla de «hipotecas voluntarias *constituidas por acto unilateral* del dueño de la finca hipotecada», de modo que alude claramente a un negocio jurídico unilateral perfecto con la fuerza y eficacia suficiente para transformar la realidad jurídica, constituir una hipoteca e inscribirse (34).

El acto unilateral del disponente es suficiente por sí mismo, junto con la inscripción, para crear el derecho real de hipoteca, mientras que la aceptación es la *conditio iuris* para la adquisición por el acreedor de ese derecho ya constituido, adquisición cuyos efectos se retrotraerán al momento de la inscripción. Mientras la aceptación no tenga lugar, la hipoteca produce efectos jurídicos tanto respecto al hipotecante y acreedor como frente a terceros, además de los efectos derivados de la inscripción registral en cuanto al rango (35) y a la prioridad.

La base de esta teoría se encuentra en la admisión de la disociación de dos momentos o actos: el de constitución y el de aceptación. Según esta tesis, constitución y aceptación son dos actos distintos, autónomos, de los que derivan efectos propios y plenos: la constitución unilateral por el dueño de los bienes determina el nacimiento del derecho real, mientras que la aceptación supone su adquisición por el acreedor. La aceptación no sería uno de los elementos del consentimiento contractual, uno de los requisitos esenciales del

(34) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 557-558.

(35) La reserva de rango a favor del acreedor favorecido por la inscripción es en principio uno de los efectos reconocidos a la hipoteca constituida unilateralmente, de acuerdo con esta teoría. Pero al respecto, pone de manifiesto SERRA RODRÍGUEZ que bajo esta concepción del artículo 141 LH y atendiendo al artículo 241 RH y a los requisitos en ese precepto exigidos para la reserva de rango, «predicar dicho efecto de la hipoteca unilateralmente constituida es más aparente que real, ya que técnicamente no existiría tal reserva, sino más bien una confirmación del principio de prioridad» (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 67).

proceso constitutivo de la hipoteca, sino sólo el mecanismo necesario para que ese derecho constituido ingrese en el patrimonio del acreedor.

ALBALADEJO critica esta teoría por cuanto significa admitir (en el período de tiempo desde la inscripción y nacimiento de la hipoteca hasta su aceptación por el favorecido) la existencia de un derecho real de hipoteca sin sujeto, lo que no es posible en nuestro ordenamiento (36). A esta objeción replica PAU PEDRÓN señalando que la reserva de rango «supone *también* un derecho; y de gran valor económico y eficaz *erga omnes*, establecido a favor de una persona que aparece mencionada en la «constitución de la reserva» sin que esta persona lo haya aceptado» (37). Igualmente reacciona frente a esta crítica ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, que pone de manifiesto que hay que tener en cuenta que sí que existe una conexión entre la hipoteca y el favorecido por la inscripción; que aunque ese derecho real no haya ingresado en el patrimonio de nadie, y por tanto en rigor jurídico no tiene titular, lo cierto es que se constituyó a favor de un sujeto determinado, nace a favor de éste y de ahí que si ese sujeto la rechaza pierde su razón de ser (38). En su opinión, la hipoteca antes de la declaración de voluntad del acreedor beneficiario, rechazando o aceptando esa hipoteca en su favor constituida, «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 eventual: 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» (39).

(36) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67 y sigs.

(37) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2001. Como prueba de que el destinatario de la reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral tiene atribuido un derecho sin haberlo aceptado, menciona: su derecho a ser notificado en caso de ejecución de hipoteca anterior; derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 RH); que tiene un derecho como elemento activo de su patrimonio susceptible de transmisión *mortis causa* e *inter vivos*; que en consecuencia tiene la facultad de optar por rechazar o denunciar la hipoteca en lugar de aceptarla; y que ese derecho de modificación jurídica que corresponde al acreedor-destinatario puede ser objeto de acción subrogatoria por sus propios acreedores (PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2001-2002).

(38) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-121. Según este autor, «el significado de esa «aceptación» no es dar titular a una hipoteca que no lo tenía —ésta se constituyó en favor de alguien determinado—, sino resolver la situación de incertidumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca. [...] [M]ientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase interina de eficacia debilitada» (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-120). De modo que este autor configura la aceptación como un requisito de eficacia del negocio.

(39) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 121. Así pues, este autor parece mostrarse en cierto modo favorable a la tesis

En relación con esta crítica también se ha afirmado que defender esta teoría lleva a admitir en nuestro ordenamiento la figura de la hipoteca de propietario (cuya existencia en el Derecho español ha sido reiteradamente negada por nuestra jurisprudencia) (40), ya que hasta que no tenga lugar la aceptación, se dice, el propio constituyente aparecerá como titular de la hipoteca constituida sobre sus propios bienes. Pero lo cierto es que hacer esta interpretación del artículo 141 LH y de esta teoría va más allá de la lógica y de la intención del legislador, en cuanto que lo que se afirma es que con la inscripción se constituye un derecho de hipoteca en garantía de un derecho ajeno, del que es titular el acreedor, no el propietario de los bienes (si así fuera entrarían en juego las reglas de la confusión *ex arts.* 1.156 y 1.192 y 513.3.º y 546.1.º del Código Civil). El hecho de que durante un tiempo (entre la inscripción y la aceptación) ese derecho se encuentre sin titular, no significa que el titular sea el dueño de los bienes; la constitución unilateral de la hipoteca busca favorecer a otra persona, titular del crédito que se asegura (41).

En opinión de ALBALADEJO no hay constitución de hipoteca sin adquisición de este derecho. Para él la constitución de la hipoteca se produce, no en el momento de la inscripción del acto unilateral, como defiende esta teoría, sino en el momento de la registración, a través de la nota marginal, de la aceptación del acreedor. Para él la constitución y la adquisición de la hipoteca son momentos que coinciden.

Además, señala, ese argumento literalista que atiende a la redacción del artículo 141 LH no tiene peso suficiente en cuanto que nuestra legislación hipotecaria utiliza con poco rigor e imprecisión los términos «constitución», «adquisición», «inscripción» e «imposición» de hipotecas (42). A esta crítica responde PAU PEDRÓN advirtiendo de que, aunque es cierto que terminológicamente nuestra legislación hipotecaria no es en ocasiones muy precisa, ello no basta para desvirtuar el argumento normativo alegado por la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca: «con independencia de las palabras empleadas, el artículo 138 atribuye la misma eficacia al «convenio entre partes» que a la «disposición del dueño»; las surgidas por cualquiera de estas dos vías «son hipotecas voluntarias»» (43).

de una adquisición automática del derecho de hipoteca una vez inscrita; ésta formaría parte del patrimonio del favorecido aunque los efectos de tal incorporación quedan pendientes de la declaración de voluntad de ese sujeto beneficiario.

(40) Cfr., entre otras, la STS de 16 de noviembre de 2000 y las RRDGRN de 22 de marzo de 1988, de 9 y 17 de enero de 2002 y de 8 de junio de 2002.

(41) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 57-58.

(42) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 70 y sigs.

(43) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1994.

Dentro de esta teoría del negocio dispositivo unilateral del que deriva la constitución de la hipoteca, cabe apreciar cómo los distintos autores basan esa posibilidad de que el derecho real de hipoteca se constituya sin una correlativa adquisición en distintos fundamentos.

Así, SANZ FERNÁNDEZ (44) considera que la eficacia de ese acto constitutivo unilateral se funda en el enérgico poder dispositivo que al titular inscrito concede el Registro de la Propiedad.

Similar es el fundamento alegado por ROCA SASTRE (45). Este autor se apoya sobre todo en el poder de disposición del dueño de los bienes. En su opinión hay que reconocer, y no existe ningún obstáculo legal para ello, al dueño del bien la facultad de disponer del mismo constituyendo un gravamen como es la hipoteca. De ese acto dispositivo unilateral se producirá una modificación jurídica de trascendencia real en el patrimonio del disponente que debe ser plenamente reconocida. Asimismo, como ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, considera también que debe admitirse esta hipoteca, pues de esa inscripción de hipoteca se deriva una ventaja para el acreedor destinatario (al menos no le suponen ninguna carga ni contraprestación); se trata de un acto en el que la declaración unipersonal del disponente tiene consistencia propia y que, por las ventajas que de él se derivan, puede apreciarse una alta probabilidad de aceptación (y por tanto de adquisición), lo que «atribuye una energía específica a la declaración unilateral» (46). Según este autor, la aceptación es ciertamente importante para perfeccionar y completar el acto constitutivo provocando la adquisición del derecho por el acreedor, y los efectos de la misma deben retrotraerse al momento de inscripción, esto es, de la constitución unilateral de la hipoteca, momento en el que ha adquirido ya el rango registral.

Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, como ya se ha señalado, basa su postura en que los efectos de esa hipoteca son plenamente favorables al destinatario de ese acto unilateral. En su opinión, la razón que fundamenta esta figura es «la posibilidad que debe existir de relativizar (flexibilizar), 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» (principio de independencia o «intangibilidad») (47). Además, señala, hay que distinguir entre

(44) Vid. SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 403.

(45) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 550 y sigs.

(46) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 551.

(47) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 104.

la adquisición de derechos contra la voluntad del sujeto y la adquisición sin su voluntad, porque en este último caso el derecho no es impuesto y el sujeto titular puede decidir rechazarlo o no ejercitarlo.

Como consecuencia de todo esto, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO afirma que la constitución de una hipoteca es una circunstancia totalmente favorable para su destinatario, y por eso no es necesaria su intervención en el negocio constitutivo. Si se requiere su aceptación no es para integrar el negocio constitutivo (como contrapartida recíproca de la oferta contractual), sino como una declaración de voluntad que persigue el ingreso de ese derecho en su patrimonio (48).

Mientras, PAU PEDRÓN considera que esos fundamentos dados por ROCA SASTRE y por ARJONA GUAJARDO-FAJARDO no son aceptables. El basar la posibilidad de constituir unilateralmente una hipoteca sin correlativa adquisición en el enérgico poder dispositivo del dueño de los bienes (tanto entendido en sentido hipotecario-registral como civil o sustantivo) no es justificable, entre otras razones, por cuanto por esta misma vía no se entiende por qué sólo cabe constituir unilateralmente una hipoteca y no en cambio cualquier otro derecho real. Igualmente el apoyarse en el carácter beneficioso para el acreedor que tiene la constitución de una hipoteca implicaría la adquisición automática de otras atribuciones distintas de la hipoteca, también favorables, en contra del principio *invito creditori aliud pro alio solvitur*; y, además, «justifica no sólo la adquisición del derecho a aceptar o no, sino también la adquisición inmediata del derecho real de hipoteca, sin necesidad de aceptación, porque la hipoteca unilateral también es «plenamente favorable» para el acreedor» (49).

Así que, en opinión de PAU PEDRÓN, lo único que justifica la posibilidad de la constitución unilateral de la hipoteca es la peculiar naturaleza de este derecho real de garantía. Y lo argumenta diciendo que: «De la hipoteca sólo deriva una «carga de pagar» que afecta únicamente al bien hipotecado. La esencia de la hipoteca —a la vista del art. 1.876 del Código Civil— radica en que *sujeta* directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone.

(48) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO insiste en que esa declaración de voluntad del favorecido por la inscripción, aunque usualmente se le denomine «aceptación», lo cierto es que no hay que confundirla con la aceptación de carácter contractual que en su encuentro con la oferta contractual forman juntas el negocio constitutivo típico contractual bilateral. A su juicio, para la constitución de la hipoteca unilateral basta la voluntad del hipotecante, pero, al igual que opina ROCA SASTRE, se requiere la declaración del beneficiario para determinar si esa hipoteca ya constituida ingresa o no en su patrimonio (declaración que a su vez garantiza la intangibilidad o indemnidad e independencia patrimoniales del sujeto, respetando el principio *nemo volens acquiri potest*: nadie adquiere sin su consentimiento). Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 108-109.

(49) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2009-2010.

El lado *pasivo o de gravamen* absorbe todo el contenido de la figura; el lado *activo o de derecho* implica únicamente la facultad de hacer efectivo el *gravamen*: la facultad de exigir la enajenación. Esta «carga» que supone la hipoteca unilateral —como toda hipoteca— no exige, necesaria y automáticamente, una correlativa adquisición por el acreedor. [...] La constitución de hipoteca no implica una *desmembración de la propiedad* que exija una correlativa adquisición de la parte desmembrada» (50).

Según PAU PEDRÓN, en nuestro ordenamiento la constitución de la hipoteca no implica su adquisición, como claramente lo pone de manifiesto el artículo 141 LH: «la constitución grava el inmueble: que este gravamen beneficie al acreedor depende de su aceptación» (51). Así pues, es la aceptación la que determina la adquisición del derecho real de hipoteca, pero no así su constitución.

En opinión de SERRA RODRÍGUEZ, el auténtico problema de esta teoría es cómo calificar esa situación temporal en la que existe el derecho pero sin titular en cuanto que no se ha producido la aceptación por el acreedor favorecido, de manera que el derecho no ha ingresado aún en su patrimonio. No puede decirse que por la mera inscripción se produzca la adquisición automática de la hipoteca (pues eso no es lo que quiso el legislador atendiendo al art. 141 LH), pero sí es cierto que con ella el acreedor se hace titular de unas facultades.

Esta falta de explicación satisfactoria de esta situación temporal o de interinidad es la crítica que, según esta autora, comparten la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo de la hipoteca y la teoría de la reserva de rango. Como señala SERRA RODRÍGUEZ la cuestión estriba en determinar si las facultades derivadas de la inscripción que se conceden al acreedor «se agotan en una simple reserva de rango, en que se traduciría la inscripción de la hipoteca unilateral, o suponen algo más, pudiéndose configurar, incluso, como un auténtico derecho subjetivo, y, en particular, un derecho potestativo» (52).

A juicio de esta autora, la aceptación es un elemento esencial para integrar, junto con esa declaración unilateral del hipotecante, el negocio jurídico constitutivo del derecho real de hipoteca. Pero también es cierto, señala, que los efectos que produce la hipoteca constituida unilateralmente desde la inscripción hasta la aceptación (o cancelación) no se limitan a la reserva de

(50) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2006-2007. Igualmente en su trabajo: «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 13.

(51) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2007.

(52) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 59.

rango sino que pueden alcanzar tanto a terceros como al constituyente y al acreedor favorecido por la inscripción (53).

H) CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto, son varias las soluciones dadas a la cuestión de la configuración jurídica de la hipoteca.

Grosso modo se puede decir que son fundamentalmente dos las posturas en torno al momento de constitución de la hipoteca: o bien ésta nace desde la inscripción del acto unilateral del deudor; o bien desde la aceptación del acreedor favorecido por la inscripción.

En mi opinión, a tenor de lo dispuesto en nuestra legislación hipotecaria, ésta es más favorable a una interpretación de que la hipoteca nace desde el momento de la inscripción del acto unilateral y que la llamada aceptación del acreedor beneficiario no es una declaración de voluntad relativa a la constitución del derecho sino al ingreso del mismo (que ya ha nacido) en su patrimonio.

(53) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 66 y 68. Entre el período que media entre la inscripción de la hipoteca unilateral y la aceptación por el acreedor favorecido o la cancelación por el disponente pueden producirse distintos supuestos en los que la existencia de ese gravamen aún no aceptado produce ciertos efectos. Es el caso de, por ejemplo:

- a) la transmisión de la finca hipotecada a un tercero (este tercero deberá soportar el gravamen, hacer, en su caso, el requerimiento al favorecido y proceder a cancelar la hipoteca); o
- b) de pérdida o destrucción de la finca: aquí entrará en juego la posibilidad de ejercicio por el acreedor de la acción de devastación; posibilidad ésta que precisará de una previa aceptación de esa hipoteca, aunque algunos autores como ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (vid. su trabajo «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133-134), ven en el ejercicio de esta acción una aceptación tácita. Efectos similares se producirían ante el incumplimiento de la obligación garantizada y ejercicio de la acción hipotecaria; o
- c) supuestos de cesión del crédito (entonces el cesionario adquirirá el crédito con una hipoteca pendiente de aceptar); o
- d) de ejecución de una hipoteca anterior (entonces en el procedimiento de ejecución deberá llamarse a los titulares de las cargas posteriores, entre ellos el beneficiario de la hipoteca unilateral, para repartirse lo que sobre del remate) o posterior (aquí la hipoteca unilateral seguiría gravando la finca mientras no se cancele); o
- e) el supuesto de concurrencia de esa hipoteca unilateral aún no aceptada con una anotación preventiva de embargo por crédito ordinario.

Sobre estos y otros supuestos en los que se puede hallar la finca, la hipoteca o el crédito garantizado con esa hipoteca unilateral aún no aceptada, vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 71 y sigs. y 111 y sigs.; y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133 y sigs.

Y es que hay que tener en cuenta que esta hipoteca se contempla sólo en orden a la especialidad de su constitución. Esto es, más que de una modalidad de hipoteca, se trata de un modo de constitución de este derecho real, y así lo evidencian los artículos 138 y 141 LH: junto con las hipotecas constituidas por acuerdo de ambas partes nos encontramos con las constituidas por decisión unilateral del hipotecante, y ambas son igualmente derechos reales de hipoteca (54).

Y a pesar del poco rigor terminológico con que en general se desarrolla nuestra Ley, lo cierto es que la interpretación más lógica de estos preceptos es la de que éstos admiten la constitución unilateral de la hipoteca (55); y si es «constitución» unilateral, ello significa que nace desde la inscripción sin necesidad de esperar a la aceptación del acreedor, porque si ésta fuera un requisito constitutivo, lo cierto es que no habría motivo para regular dos modos distintos de constitución de la hipoteca (como hace el art. 138 LH): con la aceptación como requisito esencial para el nacimiento de la hipoteca, ésta sería ya de constitución bilateral. Lo que se haría en este caso realmente sería regular, junto con el modo de constitución bilateral (y único posible), un simple mecanismo de reserva de rango de una hipoteca futura que nacerá cuando acepte el acreedor. Pero, en mi opinión, ésta no era la intención del legislador al prever los artículos 138 y 141 LH; la intención es clara: regular dos modos de constitución, unilateral y bilateral, en los que, para ambos, sin excepción, la inscripción es constitutiva (56), y por tanto, con ella nace el derecho.

Cuestión distinta es que, a pesar de que haya nacido con la inscripción, sus efectos no sean plenos, en cuanto que mientras no se acepte el acreedor no puede actuarlo como titular pleno, pues el derecho no ha ingresado aún en su patrimonio (57). A nadie se le puede obligar a adquirir algo que no quiere y, por tanto, no se puede considerar que en el artículo 141 LH se prevé una adquisición automática de la hipoteca; hasta la aceptación el acreedor no se

(54) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2.004 y sigs.

(55) Cfr. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1994, y ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 594, nota 37.

(56) Cfr. el artículo 145 LH, que para toda hipoteca voluntaria (por tanto, bilateral o unilateral: art. 138 LH) se requiere para su nacimiento escritura pública donde conste el negocio jurídico (bilateral o unilateral) de constitución e inscripción.

Sobre la posibilidad y eficacia en nuestro ordenamiento del negocio jurídico unilateral, o con mayor precisión, sobre la cuestión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, vid. lo indicado en la nota 15 de este trabajo.

(57) Vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 52, y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, «Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos», *op. cit.*, pág. 152.

podrá comportar como auténtico titular, en el sentido de que no podrá ejercitar y ejecutar su derecho real de hipoteca.

Pero, por otro lado, hay que reconocer que tras la inscripción y hasta el momento de la aceptación, se generan ciertos efectos derivados del principio de prioridad registral (gozando desde la inscripción del correspondiente rango) (58) y del principio de legitimación también registral, al presumirse como existente y exacto aquello que se publica en el Registro: un gravamen ya nacido y la vocación o potencialidad de una persona de ser su titular (59). Estos efectos tienen sus implicaciones tanto frente a terceros como respecto de las partes implicadas (constituyente y acreedor favorecido por la inscripción). El propio acreedor aún no aceptante tiene respecto de esa hipoteca ciertas facultades reconocidas, como el de aceptar o rechazar activamente esa hipoteca, el de oponerse a una cancelación que se pretenda realizar antes del requerimiento (cfr. art. 237 RH) o antes de que pasen los dos meses tras el requerimiento a partir de los cuales se le permitiría al constituyente cancelar también unilateralmente la hipoteca (cfr. art. 141.2.º LH). Y el constituyente de la hipoteca se encuentra también vinculado por la misma (60).

En cualquier caso, hay que tener claro también que, a efectos prácticos, toda esta cuestión queda resuelta en cuanto que el propio artículo 141.1.º *in fine* LH prevé que los efectos de la aceptación publicada por el Registro a través de la correspondiente nota marginal se retrotraerán al momento de «la constitución de la misma (de la hipoteca)». Y destaco que esa fecha de constitución a la que se retrotrae se ha interpretado mayoritariamente como la fecha de la inscripción; de modo que éste es otro argumento más en orden a la defensa de la teoría de que la hipoteca se constituye con la inscripción. De hecho no cabe otra interpretación en cuanto que si habla de retroacción eso significa que los efectos se reputan producidos desde un momento anterior; esto es, que la constitución de la hipoteca se produce en un momento anterior

(58) Un rango adquirido ya con la inscripción, sin que se trate de una mera reserva de rango, pues, como ya se señaló antes, tampoco se dan los requisitos para que se pueda apreciar en estos casos la existencia de una mera reserva de rango. Vid. al respecto la nota 23 de este trabajo y PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1996, y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67-68.

(59) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 564. Cfr. asimismo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 220-221; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 404-406, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133 y sigs.

(60) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2001-2002 y 2012; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 111 y sigs.

a la aceptación, y si es así, ello implica que la aceptación no es un elemento esencial en la constitución del derecho real.

Así que con la nota marginal en la que se hace constar la aceptación del acreedor, los efectos de la adquisición del derecho por éste se reputan producidos desde la inscripción, lo que tendrá trascendencia en relación con los distintos supuestos y vicisitudes por las que haya pasado la hipoteca y la relación jurídica real en su conjunto desde el momento de la inscripción (por ejemplo, en caso de declaración de insolvencia y de quiebra del acreedor aceptante; o la posibilidad de ejercitar la acción de devastación por deterioros sufridos por la finca hipotecada antes de la aceptación) (61).

En cuanto a la crítica de que en ese período transitorio entre la inscripción y la aceptación nos encontramos con que existe un derecho sin titular, como ya se comentó y con referencia a lo afirmado por PAU PEDRÓN, ésta no es una circunstancia que se da exclusivamente en estos casos de hipoteca unilateral, sino que también de la mera reserva de rango surgen derechos sin que aún exista un titular. De modo que no es comprensible tal crítica procedente de quienes defienden la existencia únicamente de una reserva de rango tras la inscripción unilateral de la hipoteca.

Además en nuestro ordenamiento se prevén y regulan diversas situaciones en las que surgen y se reconocen derechos a unos sujetos que aún no pueden ser considerados en rigor jurídico titulares de los mismos. Me refiero a la situación de herencia yacente y la del *concepturus* (concebido pero aún no nacido: cfr. entre otros, los arts. 29, 627 y 959-967 del Código Civil). Igualmente se prevén situaciones registrales análogas en las que en el Registro se publica un derecho a favor de una determinada persona que aún no lo han aceptado, ni por tanto adquirido: es el caso, por ejemplo, de los llamamientos a reservatarios o a fideicomisarios (62).

Pero, en cualquier caso, la cuestión relevante no es si se trata o no, según algunos, del único caso en nuestro ordenamiento de existencia de un derecho sin sujeto (lo que sería inconcebible para esos autores), sino si las circunstancias en que vive el derecho de hipoteca hasta su aceptación ponen de manifiesto una situación contraria a nuestro ordenamiento y, posiblemente, de la que se deriven perjuicios para alguna parte o terceros.

En mi opinión, lo mismo que podemos aceptar una indeterminación en la existencia de la obligación garantizada (v.gr., hipoteca en garantía de obligaciones futuras y condicionales), la indeterminación también puede darse en

(61) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 567; y PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2016.

(62) Cfr. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 564.

cuanto al sujeto, como así pasa en la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador. En el caso de hipoteca unilateral durante ese período entre la inscripción y la aceptación nos encontramos con que hay un derecho nacido pero no adquirido. Desde la inscripción se pone en conexión el derecho real de garantía con un sujeto (el acreedor favorecido por esa inscripción); hasta su aceptación el derecho no ingresará en su patrimonio y, por tanto, hasta entonces en rigor no es su titular. Pero a pesar de ello la vinculación con un sujeto determinado es clara, como lo demuestra el hecho de que si ese sujeto (y no otro) al final no acepta la hipoteca constituida, ésta dejará de existir por no tener ya razón de ser (63).

El Registro publica la hipoteca desde su inscripción, tal y como existe desde entonces: esto es, como un derecho real nacido pero aún no adquirido por el favorecido, que lo puede hacer con su aceptación en cualquier momento. Desde la inscripción hay constancia expresa en el Registro de quién es el potencial acreedor y titular de la hipoteca. De modo que no hay ningún perjuicio ni para las partes ni, lo que es más importante, para terceros (y en este caso son de especial referencia los acreedores del constituyente y a los del favorecido por la inscripción). A estos últimos les afecta la inscripción en relación con el rango, la prioridad y la legitimación registrales y saben perfectamente a qué se atienen respecto al potencial acreedor hipotecario: si éste llega a aceptar se mantendrán en la misma situación que estaban antes (esto es, con una hipoteca sobre bienes sobre los que pesará la preferencia hipotecaria en orden a su ejecución; o un derecho de su propio deudor que les permitirá confiar mejor en las posibilidades futuras de cobrar sus propios créditos contra el ya acreedor hipotecario); si al final se cancela la hipoteca por rechazo expreso del acreedor o por falta de aceptación expresa en los dos meses tras el requerimiento, se encontrarán simplemente con la situación propia de reclamación ordinaria de sus créditos sin que por encima exista un derecho preferente. Pero lo más importante es que sus derechos no quedan menoscabados en nada, porque el único beneficiario de la hipoteca es el que se señala en la inscripción y éste es, asimismo, el que se vería perjudicado por la no aceptación (64).

(63) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-121. En opinión de este autor, la hipoteca antes de la declaración de voluntad del acreedor beneficiario, rechazando o aceptando esa hipoteca en su favor constituida, «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 eventual: 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» (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 121).

(64) Ciertamente también el constituyente podría verse perjudicado porque al rechazar la hipoteca habrá podido perder la posibilidad de obtener cierta financiación. No hay

Por otro lado, como señala CHAMORRO, los acreedores no hipotecarios del dueño de los bienes no cuentan con la facultad de ejercitar una acción directa contra el titular de la hipoteca anteriormente constituida por acto unilateral, aunque se haya practicado anotación preventiva de embargo a su favor; pero sí pueden, a través de la acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil), exigir la cancelación de esa garantía, «dando por renunciada, en nombre del dueño, la obtención futura del crédito asegurado» (65).

3. RÉGIMEN DE LA ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA UNILATERALMENTE

Para la plena eficacia de las hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada es precisa la aceptación del favorecido por la misma, que, según el artículo 141 LH se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, retrotrayéndose los efectos de la aceptación a la fecha de constitución de la hipoteca (esto es, a la del asiento de presentación *ex art. 24 LH*) (66).

Esta aceptación aparece configurada, de acuerdo con la postura que en este trabajo se ha acogido respecto a la constitución de la hipoteca unilateral, como una *conditio iuris* para la adquisición de este derecho real en el patrimonio del favorecido por la inscripción, y ello en garantía del principio *nemo nolens acquiri potest*. Pero no es un requisito para la constitución de la garantía: ésta nace con la inscripción, y con ella, entre otros efectos, se adquiere el rango registral.

Normalmente es el favorecido el que realiza la aceptación, pero también podrán hacerlo sus representantes legales en caso de incapacidad (cfr. los arts. 222 del CC y 760.2.º LEC) o, en su caso, los administradores del concurso (67). Por otro lado, no hay ningún inconveniente para admitir la posibilidad de una aceptación de los propios acreedores del favorecido por la vía de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código Civil. De

que olvidar que en la mayoría de los casos de hipoteca unilateral, el dueño inscribe con la intención de que, al otorgar ya la garantía, le sea más fácil convencer al acreedor de que le conceda el crédito que necesita. Pero este hipotecante ya sabía a qué atenerse cuando inscribió unilateralmente el derecho real de garantía sin esperar al consentimiento del acreedor.

(65) CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, pág. 166.

(66) A este respecto se ha puesto de manifiesto que, a pesar de la redacción de este artículo 141.1 LH, los efectos que se retrotraen son los de la aceptación, y no los de la nota marginal en que consta ésta. Así, vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227.

(67) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 249.

este modo, estos terceros acreedores garantizan indirectamente sus propios créditos, pues se aseguran de que si el favorecido no les paga voluntariamente podrán obtener satisfacción a través del cobro (*ex art. 1.111 del CC*) del concreto crédito garantizado con la hipoteca unilateral o de la ejecución (también por la vía de la acción subrogatoria del art. 1.111 del CC) de esa garantía constituida unilateralmente y aceptada por ellos (68).

Por lo que se refiere al plazo en que debe efectuarse la aceptación, ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario lo señalan expresamente, si bien según el segundo párrafo del artículo 141 LH, «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», precisando el artículo 237 RH que dicha posibilidad se determinará expresamente en el requerimiento.

Así pues, la aceptación puede tener lugar en cualquier momento a partir del requerimiento (incluso antes del mismo, pues, como parece derivarse del tenor literal del art. 141 LH, no es presupuesto de la aceptación, sino de la posibilidad de cancelación de la hipoteca instada por el dueño de la finca) (69). Ahora bien, una vez transcurridos dos meses desde ese requerimiento, el dueño de los bienes podrá cancelar unilateralmente la hipoteca. Pero mientras no se practique dicha cancelación, a pesar de que haya pasado ya ese plazo de dos meses, el acreedor podrá aceptar en cualquier momento y esa aceptación será plenamente válida.

Por tanto, el plazo para efectuar la aceptación no existe, pero el acreedor debe tener en cuenta que, mientras que dentro del plazo de los dos meses desde el requerimiento no debe temer a que el dueño de los bienes haya cancelado la hipoteca, esa posibilidad la debe tener muy presente tras esos dos meses, pues una vez practicada la cancelación su aceptación posterior carecería de toda validez y eficacia (70).

(68) Vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 250-251, y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 565.

(69) Si este requerimiento no se ha realizado el plazo para aceptar es también indefinido desde que se tenga conocimiento del hecho de la inscripción. La peculiaridad de esta situación es que, al no haberse practicado el requerimiento, tampoco contará en contra del favorecido el plazo de dos meses a partir del cual el dueño de los bienes podrá cancelar unilateralmente la hipoteca *ex artículo 141.2.º LH*; por esta vía el dueño no podrá cancelar la hipoteca inscrita.

(70) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, págs. 22-23; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 230-235; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 568-569.

En cuanto a la forma de realizar la aceptación, en virtud del artículo 3 LH, para que se extienda la nota marginal en el Registro de la Propiedad, la aceptación deberá constar en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Al respecto, SANZ FERNÁNDEZ señala que «el carácter esencialmente formalista de la institución registral impone que la aceptación sea expresa, solemne y pública. Por ello exige nuestra Ley implícitamente que tenga lugar en escritura pública (art. 3.º) y de un modo expreso que se haga constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de la hipoteca» (71). Otros autores, sin embargo, discrepan de esta postura y afirman que aunque para practicar la nota marginal se debe presentar al Registrador un documento público del que derive la aceptación, ello no significa que la aceptación deba ser expresa o formal, pues consideran suficiente que del documento público se derive simplemente que se ha producido la aceptación, aunque ésta sea tácita mediante *facta concludentia* (72). Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (73) admite la posibilidad de aceptación tácita sólo en el supuesto de que no hubiera mediado requerimiento al beneficiario de la hipoteca (pudiendo verse implícita esta aceptación en el hecho de ejercitar la acción hipotecaria), pues en caso de que éste sí se efectuase, deberá el acreedor manifestar expresamente su voluntad conforme y hacerse constar en el Registro, no considerándose de lo contrario la aceptación como realizada. Sin embargo, en opinión de PAU PEDRÓN (74), en nuestro ordenamiento no se admite la aceptación tácita de una hipoteca unilateral como consecuencia de haberse ejercitado la acción hipotecaria e iniciarse el procedimiento de ejecución.

La aceptación de la hipoteca por parte del favorecido por la inscripción unilateral deberá constar registralmente por nota al margen de dicho asiento de inscripción (cfr. el primer párrafo del art. 141 LH).

Entre nuestros autores se aprecian posturas contrarias acerca de la naturaleza y eficacia de esta nota marginal. Así, mientras unos autores atribuyen

(71) SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 404.

(72) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 565 (este autor señala que «es admisible el caso de aceptación tácita declarada judicialmente tal, en cuyo supuesto, presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda que deberá extenderse la procedente nota marginal»).

(73) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 129-131.

(74) Vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDESA, Madrid, 2000, pág. 32.

a la nota marginal de aceptación una eficacia constitutiva, configurándola como uno de los elementos esenciales para provocar la creación del derecho real de hipoteca o su adquisición (75), otros autores la consideran meramente declarativa de la constitución o adquisición del derecho real por el acreedor producida extrarregistralmente mediante la aceptación de éste (76). Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (77) diferencia entre dos supuestos: si ha habido requerimiento la nota marginal tiene carácter constitutivo de la aceptación (no de la hipoteca que ya está constituida); en cambio si no hubo requerimiento, la nota marginal tiene meros efectos declarativos, surtiendo plenos efectos la aceptación desde que el acreedor emitió su declaración de voluntad en ese sentido.

Otro efecto de la constancia registral de la aceptación por el acreedor es la imposibilidad del dueño de la finca de cancelar unilateralmente la inscripción de la hipoteca conforme a lo dispuesto en los artículos 141-2.º LH y 237 RH, debiendo someterse al régimen general de cancelación previsto en el artículo 82 LH, que exige sentencia firme o documento auténtico en el que conste el consentimiento para la cancelación de «la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación» (en este caso, del acreedor aceptante), o de «sus causahabientes o representantes legítimos» (78).

En caso de falta de constancia de la nota marginal, la consecuencia principal de ello se produce en las relaciones entre partes, puesto que, como señala SERRA RODRÍGUEZ, «los terceros, en virtud de la inscripción de la escritura pública de constitución de hipoteca, ya han podido conocer de la existencia de un derecho real (todavía no perfecto) y de los peculiares efectos que producirá la aceptación por el acreedor (la retroacción a la fecha del asiento de presentación)» (79). Por su parte, el dueño de los bienes podrá prescindir de la aceptación no registrada promoviendo la correspondiente cancelación, sin perjuicio de que si conocía la aceptación del acreedor éste pueda entablar acciones en el procedimiento declarativo oportuno para hacer valer las reglas de la buena fe (pudiendo entonces el cancelante alegar la falta de diligencia del acreedor al no hacer constar la nota marginal) (80).

(75) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 237-238; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 565-566.

(76) Vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2014.

(77) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 128 y sigs.

(78) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 252-253.

(79) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 239.

(80) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227.

Como supuestos de constitución unilateral de hipoteca que no exigen la constancia registral de la aceptación del acreedor, produciendo ésta todos sus efectos fuera del Registro, se suelen señalar los siguientes (81):

- Las llamadas fianzas hipotecarias que, como garantía de la responsabilidad en que puedan incurrir en el desempeño de sus funciones, deben prestar los Notarios y Registradores. En este caso, la aprobación por la Dirección General de los Registros y del Notariado constará en el correspondiente documento administrativo.
- Las hipotecas constituidas en garantía de títulos-valores transmisibles por endoso o al portador, exceptuando algunos autores la hipoteca cambiaría por razones de seguridad jurídica.
- Las denominadas hipotecas testamentarias, constituidas para garantizar un legado, que se adquirirán automáticamente a la muerte del testador, sin necesidad de aceptación, al igual que se adquiere el legado mismo según el artículo 882 del Código Civil.

4. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL

Antes de analizar el régimen de la cancelación de esta modalidad de hipoteca propiamente dicho, haré una breve referencia al requerimiento a que se alude en los artículos 141, segundo párrafo, LH y 237 RH.

Este requerimiento está previsto en los artículos 141 LH y 237 RH y podrá hacerse judicial o notarialmente (bajo la forma de acta) (82).

Es este un requisito que viene a servir de enlace entre la constitución y la aceptación de la hipoteca; pero también como se verá, entre esa constitución unilateral y la posibilidad de cancelación del asiento también unilateralmente por el dueño de los bienes.

Ahora bien, el uso del término «requisito» quizá sea excesivo, por cuanto lo cierto es que en la ley se configura no como un deber sino como una posibilidad o facultad (83). Y es que si el favorecido conoce de la constitución de la hipoteca antes de haberse realizado un requerimiento y manifiesta

(81) Cfr., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 240-247; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 142 y sigs.; y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 233 y sigs.

(82) Vid., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 21; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 568; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 260-263.

(83) Así lo entiende también ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 129.

entonces su voluntad expresa de aceptar o rechazar dicha garantía, el hecho de que no se haya efectuado realmente el requerimiento no debería obstaculizar el proceso normal de la adquisición o cancelación de la hipoteca.

Pero claro, mientras no se efectúe el requerimiento, el dueño de los bienes no podrá cancelar la hipoteca; por mucho que el beneficiario se haya enterado de la constitución de la hipoteca, no comenzará a computarse el plazo de dos meses previsto en el artículo 141 LH a partir del cual el dueño del bien podrá cancelar libremente la hipoteca anteriormente constituida y aún no aceptada (84). En este sentido, ese requerimiento pasa a ser requisito para que se pueda acudir al especial modo de cancelación unilateral reconocido en el artículo 141 LH, mientras no conste en el Registro la aceptación del beneficiario. Aunque ciertamente bien podría ser configurado como una carga para el constituyente, pues si no lo realiza la situación de pendencia e incertidumbre acerca de la hipoteca sobre sus bienes se prolongaría indefinidamente; y esto es, por otro lado, algo que nuestro ordenamiento quiere evitar. De ahí que se establezca el plazo de dos meses a partir del cual, mientras el favorecido por la inscripción siga sin pronunciarse al respecto, el dueño de los bienes podrá cancelar dicho asiento sin necesidad del consentimiento de ese acreedor. Lo contrario, como digo, supondría prolongar la situación de pendencia, interinidad e incertidumbre, lesionando los intereses de certidumbre del estado jurídico de la propiedad y de seguridad del tráfico inmobiliario (85).

En cuanto al contenido de este requerimiento, hay que precisar que junto con la comunicación al acreedor de que se ha constituido la garantía hipote-

(84) En este sentido, la DGRN en varias Resoluciones (vid., entre otras, las RRDGRN de 6 y 21 de noviembre de 1990, de 4 de abril de 1991 y de 28 de octubre de 1992) afirma que para proceder a esa cancelación unilateral de la hipoteca es necesario que se haya efectuado previamente el requerimiento previsto en el artículo 141 LH, sin que a esos efectos sea suficiente probar que el beneficiado conocía ya la existencia de esa inscripción a su favor. Cfr., asimismo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 226-227; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.

En relación con lo anterior, se señala que a la hora de determinar el momento a partir del que se empieza a contar los dos meses de plazo en que se puede aceptar sin temer la cancelación unilateral del dueño de los bienes, se debe tener en cuenta la fecha del requerimiento o de la diligencia de su notificación, y no puede atenderse a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca ni el día en que el acreedor tuvo conocimiento de tal constitución por un medio distinto al requerimiento. Cfr. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 32; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 572.

(85) Cfr., entre otros, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 126-127; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 570.

caria a su favor, también deben señalarse expresamente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 237 RH, los efectos que se derivarían de una actitud pasiva por su parte: esto es, se le avisaría de que si en dos meses no responde, la ley concede al dueño de los bienes la facultad de cancelar unilateralmente esa hipoteca constituida pero no aceptada (86).

Por último, por lo que respecta a la finalidad de este requerimiento, la doctrina se halla dividida: según PEÑA, el fin es avisar al acreedor de que si no responde en dos meses podrá cancelarse la hipoteca; para PAU PEDRÓN lo que se busca fundamentalmente con el requerimiento es poner en conocimiento del acreedor favorecido la constitución de la garantía (se trataría entonces básicamente de una notificación, más que de un requerimiento propiamente dicho), siendo el aviso de cancelación secundario, pues sólo serviría para asegurar que conoce un efecto previsto en la ley, que en cualquier caso se produciría; y en opinión de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE se trata de un medio de compeler al acreedor para que acepte o rechace la hipoteca. A mi juicio, en la línea de SERRA RODRÍGUEZ, la finalidad es doble y de importancia equivalente: dar a conocer al favorecido la constitución de la garantía a su favor y advertirle de que si no acepta en dos meses podrá el dueño de los bienes cancelarla sin contar con su consentimiento (87).

A continuación, y para terminar el estudio de esta figura hipotecaria, procederé a analizar el régimen de su cancelación.

Una vez inscrita la hipoteca, al dueño de la finca hipotecada sólo tiene dos vías si posteriormente desea cancelarla:

— Una, es acudir al especial modo de cancelación previsto para esta modalidad de hipoteca en los artículos 141.2.º LH y 237 RH (88).

(86) Como consecuencia de lo dispuesto en la citada norma reglamentaria, no sería posible que el único contenido del requerimiento fuera el de notificarle la constitución de la hipoteca, menos aún si cabe, si ello fuera hecho simplemente con el envío de una copia de la escritura de constitución de la hipoteca sin avisarle de la posible cancelación unilateral (cfr. art. 202.5 del Reglamento Notarial). Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 20; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378, nota 9.

(87) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378, nota 9; PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, págs. 21-22; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 132; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 406; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 260-262; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 568 y 570.

(88) Al respecto es preciso destacar que en estos preceptos se señala que quien está legitimado para cancelar unilateralmente es el «dueño de los bienes»; en ningún momen-

Para poder acudir a esta vía, previamente debe haber realizado el requerimiento al acreedor favorecido por la inscripción para que manifieste su voluntad de aceptar o no la hipoteca (practicándose tal requerimiento con el contenido imperativo fijado en el art. 237 RH). Y si el beneficiario de la hipoteca unilateral no ha hecho constar registralmente su aceptación una vez transcurridos dos meses desde ese requerimiento, el dueño de la finca podrá instar la cancelación unilateral de la hipoteca conforme al artículo 141-2.º LH, debiendo hacerse, según los artículos 3 LH y 237-2.º RH, mediante la presentación de la correspondiente escritura pública a la que se acompañará la copia de los requerimientos efectuados conforme a la legislación notarial. A pesar del tenor literal no parece que exista ningún obstáculo para admitir que, además de por escritura pública, la cancelación pueda realizarse por sentencia judicial (89).

Este modo de cancelación especial, que viene a contemplar una excepción al régimen general de cancelación de inscripciones previsto en el párrafo primero del artículo 82 LH, lo que hace es interpretar la inactividad del favorecido por la inscripción como un rechazo tácito a esa garantía. Y ello porque si no se señalase un plazo concreto a partir del cual la inactividad del acreedor puede derivar en una cancelación unilateral por el constituyente de la hipoteca, se permitiría una situación de incertidumbre jurídica indefinida que la ley quiere evitar.

Pero a este modo de cancelación también podrá acudir cuando, a pesar de no haber transcurrido esos dos meses, el favorecido haya manifestado su voluntad de no aceptar y así se haya hecho constar (por escritura pública) en el Registro. El dueño de los bienes no tiene entonces porqué esperar a que pase la totalidad del plazo legal, y ello incluso cuando ese rechazo se haya efectuado antes de que se practicara el requerimiento: se podrá cancelar unilateralmente la hipoteca *ex* artículos 141.2.º LH y 237 RH desde el momento en que constase registralmente la no aceptación de la hipoteca (90).

to se refiere al «hipotecante». De modo que si tras la constitución unilateral de la hipoteca y antes de la aceptación, la finca es transmitida a un tercero, es ese tercero dueño del bien hipotecado el legitimado para cancelar el derecho real que grava el bien adquirido. Vid., en este sentido y entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 117-111.

(89) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 33; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 289-290; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378; y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 229.

(90) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 568; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 229; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 282-283.

Por último, respecto de este modo de cancelación, recordar que esta hipoteca podrá cancelarse unilateralmente a partir de esos dos meses del requerimiento (o antes si consta el rechazo del acreedor) siempre que no conste antes la aceptación del favorecido; porque si esa aceptación consta en el Registro, a pesar de haber transcurrido ese plazo legal de dos meses, la cancelación unilateral será imposible y habrá que acudir a la segunda vía de cancelación que a continuación indico.

— Esta segunda posibilidad que tiene el dueño de los bienes de cancelar la hipoteca es la de acudir a las reglas generales de cancelación previstas en el artículo 82 LH. No cumpliéndose los requisitos indicados en el apartado anterior (ya sea porque no se practica el requerimiento por el dueño de la finca, ya sea porque dentro del plazo de dos meses desde el requerimiento se publica en el Registro la aceptación de la hipoteca unilateral por el acreedor), la cancelación queda sometida al régimen general del artículo 82-1.º LH, que exige sentencia firme o documento auténtico en el que conste el consentimiento para la cancelación del titular registral (esto es, del acreedor aceptante), o de sus causahabientes o representantes legítimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: «La hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, págs. 55-85.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, octubre-diciembre, 1994, págs. 85-152.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 558 págs.
- CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO: «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ*, 2.ª época, núm. 1, enero, 1943, págs. 7-48, y núm. 2, febrero, 1943, págs. 123-166.
- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª ed., actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, 865-1929 págs.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO: «La hipoteca unilateral», en NIETO CAROL, Ubaldo (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996, págs. 185-266.
- DÍEZ PICAZO, LUIS: «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia de 3 de febrero de 1973)», *ADC*, abril-junio, 1974, págs. 456-465.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, 523 págs.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 366 págs.

- PAU PEDRÓN, ANTONIO: «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDERSA, Madrid, 2000, págs. 28-33.
- «La constitución unilateral de hipoteca», *RCDI*, núm. 631, noviembre-diciembre, 1995, págs. 1991-2016.
- *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1996, 61 págs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, 675 págs.
- PERÉZ GONZÁLEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ: «Anotaciones a Wolff, Martin: Derecho de Cosas», en ENNECERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, *Derecho de Cosas*, vol. 1.º, *Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, 3.ª ed. al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, XXXI-761 págs.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS: *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, VI-632 págs.
- ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A.: «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 578-612.
- SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda de M. Navarro, Madrid, 1945, 563 págs.
- SERRA RODRÍGUEZ, ADELA: *La hipoteca unilateral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 306 págs.