

La constitución unilateral de hipoteca (*)

SUMARIO: I. AUMENTO DEL NUMERO, DISMINUCIÓN DEL SIGNIFICADO.—II. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO RESERVA DE RANGO.—III. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN UNILATERAL.—IV. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO HIPOTECA ORDINARIA.—V. MOMENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y MOMENTO DE LA ACEPTACION.—VI. SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR NO ACEPTANTE.—VII. FORMA Y PUBLICIDAD DE LA ACEPTACION.—VIII. CONCLUSIONES.

I. AUMENTO DEL NUMERO, DISMINUCIÓN DEL SIGNIFICADO

Sin que exista en ello paradoja ni contradicción, con el aumento práctico de las hipotecas unilaterales está coincidiendo una disminución teórica del alcance que se atribuye a la figura. Se establecen en esta época más hipotecas unilaterales y la doctrina considera, con criterio más generalizado que en otros tiempos, que no se trata de auténticas hipotecas. Frente a las escasas hipotecas unilaterales constituidas antes —y casi siempre a favor de los particulares—, se advierte hoy la frecuente constitución unilateral de hipotecas a favor de bancos y de la Administración. Por otro lado, frente a la generalizada opinión doctrinal de que la constitución unilateral originaba una verdadera y perfecta hipoteca, está prevaleciendo hoy la tesis de que la constitución unilateral no produce el efecto de generar un auténtico derecho real. La nueva posición es reciente; en el año 1979 se pudo todavía afirmar que el reconocimiento de la eficacia plenamente constitutiva

(*) Se exponen en este estudio las cuestiones teóricas que suscita la constitución unilateral de hipoteca; las cuestiones prácticas se plantean en un volumen (hoy en prensa) de la *Colección Jurisprudencia Práctica*, de la Ed. Tecnos, con el título *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*.

de la inscripción de hipoteca unilateral era «doctrina unánime en la materia» (1).

Las situaciones en que hoy se constituyen hipotecas unilaterales son fundamentalmente las siguientes:

a) El deudor la constituye en garantía de un préstamo, pero al carecer la sucursal en que lo ha obtenido de representación propia —representante «para la sucursal»— (2) (lo que frecuentemente ocurre en los pueblos) que pueda concurrir a una constitución bilateral de la garantía, aquél la constituye de forma unilateral con vistas a que la representación de la sociedad la acepte (más tarde y desde la población en que los administradores o apoderados actúan). (Situaciones muy semejantes a la anterior son las de hipoteca constituida unilateralmente en garantía de un préstamo obtenido en una oficina bancaria que no es, en sentido estricto, sucursal y que carece por ello de representación; o en garantía de un préstamo obtenido en sucursal cuyo representante tiene limitadas las facultades representativas a cierta cuantía).

b) El deudor, en dificultades financieras, constituye hipoteca unilateral a favor de diversas entidades de crédito. Como se ha advertido acertadamente al estudiar esta situación, «no estamos en presencia de un débito único, sino que son varios débitos, con varios acreedores y un solo deudor; el débito garantizado por la hipoteca no es el originario, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la misma escritura, sin que ello suponga, según pacto incorporado, novación de los primitivos; la hipoteca se constituye como medio de evitar una situación extrema de insolvencia (suspensión, concurso, quiebra), pero tratando de conseguir que todos los acreedores corran la misma suerte en el cobro de sus créditos» (3).

(1) R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», *RCDI*, núm. 531, marzo-abril 1979, pág. 358. Lo que sorprende es que el mismo autor vuelva a afirmar, en 1995, que esta concepción de la hipoteca unilateral sea hoy también «doctrina unánime en la materia» (*La hipoteca unilateral*, en la obra colectiva *Las garantías en la contratación mercantil*, vol. 2 (en prensa)).

(2) Lo que es perfectamente compatible con la exigencia del RRM de que la sucursal tenga una «representación permanente» (art. 259), pues el requisito se cumple tanto con representantes «propios» de la sucursal como con representantes de la sociedad que actúan «para la sucursal», como ya había reconocido la DGRN en RR de 8 de enero de 1974 y 13 de mayo de 1976, y hoy se ha visto confirmado por la undécima Directiva de Sociedades (art. 2). Sobre esta cuestión puede verse A. PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de las sucursales», en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, t. IV, pág. 803.

(3) M. GONZÁLEZ LAGUNA y A. MANZANO SOLANO, «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. II, Madrid, 1985, pág. 1456; publicado también en *RCDI*, 1985.

c) El deudor la constituye en garantía de una deuda tributaria en favor de la Hacienda Pública. El establecimiento de la garantía pasa en este caso por dos fases, conforme al Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990: un ofrecimiento inicial [art. 51.2.e)] y la constitución posterior; a ambas fases ha de preceder el acuerdo de concesión del aplazamiento o del fraccionamiento (art. 52.7).

En el plano teórico, a la posibilidad de que la constitución unilateral origine —al igual que la bilateral— una auténtica hipoteca, se le ha opuesto, desde antiguo, la dificultad de separar la constitución de la adquisición. Esta dificultad ha hecho que los autores, hasta mediados de este siglo, hayan reconocido sin vacilaciones la posibilidad de constitución unilateral de hipotecas —a la vista de los términos claros del art. 138 LH— y, sin embargo, hayan configurado la hipoteca unilateral como un derecho de eficacia condicionada; es indudable la contradicción entre ambas ideas y nadie diría que después de afirmaciones como las que siguen fuera a sostenerse la tesis de la eficacia condicionada: «al consignar el artículo 138 que las hipotecas voluntarias son o convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes, claramente da a entender que pueden constituirse sin la aceptación ni la intervención del hipotecario; pues si éste interviniese y aceptase, las hipotecas impuestas por disposición del dueño de los bienes serían convenidas» (4); «si una persona espontáneamente, sin tener o sin contar con el asentamiento del acreedor, impone sobre sus bienes una hipoteca en garantía del crédito contraído, esa hipoteca debe ser válida e inscribible» (5); «la hipoteca [constituida por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes en virtud de su poder o facultad para gravarlos] es válida, porque para ello basta la voluntad de la única persona que por ese acto se obliga» (6).

Esta doctrina de la eficacia condicional influyó en los redactores del Reglamento de 1870. Frente a los términos claros del artículo 138 de la Ley de 1861 —que estableció la alternativa «convenido o mandado constituir»—, el Reglamento de 1870 introdujo la necesidad de aceptación, con eficacia retroactiva de la nota marginal que la refleja en el Registro (art. 112.III), aceptación y eficacia de la nota que luego generalizaría la Reforma de 1944-46 (art. 141.I). La eficacia retroactiva tiene una explicación: como, según la doctrina dominante al tiempo de hacerse las reformas reglamentarias y la reforma legal, la hipoteca unilateral era un derecho sometido a

(4) L. GALINDO y R. ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, Madrid, 1891, pág. 322.

(5) F. CAMPUZANO Y HORMA, *Elementos de Derecho Hipotecario*, vol. II, Madrid, 1931, pág. 190.

(6) J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1930, pág. 184.

condición —y concretamente a una *conditio iuris*—, para evitar que pudiera entenderse que el cumplimiento de la condición producía —como es habitual en ese tipo de condiciones— eficacia *ex nunc* (y quizá también porque, una vez aprobado el Código Civil, el artículo 1.120 no resuelve, para todos los casos, la eficacia que produce el cumplimiento de las condiciones *facti*), se hacía necesario introducir explícitamente la retroactividad, o eficacia *ex tunc*.

Los primeros intérpretes de la Ley reformadora de 1944 encontraron apoyo en la nueva Ley para sostener la plena eficacia de la constitución de la hipoteca unilateral —con independencia de su aceptación—: el artículo 141 confirmaba, en términos más explícitos que el 138, que la hipoteca podía «constituirse» por acto unilateral (7). Pero pronto se opuso a este sector doctrinal que su interpretación se apoyaba en un argumento literalista, argumento que se trató de desvirtuar (8): la Ley Hipotecaria habla sin rigor de «constituir», «establecer», «convenir», «imponer» y «adquirir» hipotecas, llegando en algunos casos al absurdo —«La hipoteca legal, una vez constituida e inscrita [...] (art. 161); para que [...] queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan» (art. 159). Habría que advertir que si bien estas observaciones terminológicas son ciertas, no sirven para desvirtuar el argumento normativo: 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».

II. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO RESERVA DE RANGO

Abandonada la idea de que la constitución unilateral pueda generar una verdadera hipoteca, se ha sostenido que origina una reserva de rango a favor de la hipoteca que publica —hipoteca que, con la inscripción, no quedaría *constituida*, sino sólo *anunciada* (9), siendo la ulterior aceptación la que determinaría, retroactivamente, la constitución—. El origen de este criterio se encuentra en las *Anotaciones* de PÉREZ GONZÁLEZ Y

(7) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, s. f., pág. 402; LA RICA, «Comentario a la Ley de Reforma Hipotecaria», en *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, t. I, Madrid, 1976, pág. 149; DE CASSO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 543; DE COSSÍO, *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 210.

(8) M. ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, págs. 70 y sigs.

(9) Así, por ejemplo, LACRUZ, «[...] hasta la aceptación del acreedor [...] lo que existe y es oponible a tercero es un aviso de hipoteca posible [...]» (*Elementos de Derecho Civil. Derechos reales*, vol. II. *Derechos reales limitados. Situaciones de titularidad*, Barcelona, 1991).

ALGUER (10); lo curioso es que al actualizarse la redacción inicial de esas anotaciones se pone de manifiesto un cambio radical de criterio: «Es posible afirmar que la hipoteca se constituye en nuestro Derecho en virtud de un negocio jurídico de disposición. *Este deja establecido el gravamen de manera inmediata [...]*» (11); y más adelante: «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 [...]» (12). Hacia la idea de la reserva de rango se inclina, aunque sin excesiva convicción, GIMÉNEZ ARNAU: «Por un afán de facilitar la movilización del crédito se ha llegado a una conclusión semejante a la reserva de rango de la hipoteca independiente al efectuarse la inscripción sin consentimiento del acreedor» (13).

En esta misma línea se ha afirmado, pero con mayor rotundidad, que «mientras no hay aceptación no hay hipoteca: el Registro sólo publica una reserva de rango para una futura hipoteca en favor del beneficiario» (14). Se habla por ello de las «llamadas hipotecas unilaterales» y se sostiene que la voluntad del constituyente sólo puede ser «considerada título bastante para la traba registral» —esta alusión a la *traba* recuerda la idea de JERÓNIMO GONZÁLEZ de que la hipoteca unilateral es sólo una *inscripción* de hipoteca, sin que el derecho civilmente exista (manifestación por tanto del llamado *consentimiento formal*). Y quien venía sosteniendo que la constitución unilateral únicamente originaba «un aviso de hipoteca posible», ha empleado después —lo que no parece implicar realmente un cambio de criterio— la expresión «reserva de rango» (15). También es visible la huella de esta tesis cuando se afirma que «antes de la aceptación la hipoteca creada tiene su rango propio y específico, pero en espera que aquélla se dé» (16). En esta misma orientación se ha reiterado que «parece que nos hallamos ante una reserva de rango» (17).

(10) Aunque la asimilación de la hipoteca unilateral a la reserva no se hace por esos autores con absoluta rotundidad: «[...] entraña algo así como una reserva de rango»; «[...] no coinciden plenamente con la auténtica figura de la reserva de rango [...]» (anotaciones al *Derecho de Cosas*, de M. WOLFF, Madrid, 1936, págs. 213 y 238).

(11) Anotaciones al citado *Derecho de Cosas*, ed. de 1971, pág. 235.

(12) *Ibidem*, pág. 262.

(13) E. GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, I, Madrid, 1941, pág. 77.

(14) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 514.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II. *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991, pág. 363.

(16) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1993, pág. 519.

(17) BLASCO GASCÓ, «La constitución unilateral de la hipoteca», en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, dir. por A. LÓPEZ Y LÓPEZ y V. L. MONTES, Barcelona, 1994, pág. 672.

Implícitamente se sostiene la tesis de la reserva de rango al afirmar que la hipoteca unilateral consiste «única y exclusivamente en la afección frente a terceros adquirentes»; y que «mientras la hipoteca permanezca sin la aceptación servirá de aviso a los terceros adquirentes de que sobre la finca que se adquiere está pendiente de consolidación una hipoteca que afectará a la finca» (18).

Pero los defensores de la tesis de la «reserva de rango» ni emplean este concepto en sentido estricto (no coincide la situación del art. 141 LH y la del art. 241 RH) ni resuelven con esta asimilación el problema de la eficacia de la hipoteca unilateralmente constituida (la constitución unilateral produce más efectos que la reserva de rango de una hipoteca futura). La hipoteca unilateral no reúne los rasgos de la reserva de rango y tiene una eficacia mayor que una reserva de rango.

a) La hipoteca unilateral no reúne los rasgos de bilateralidad y temporalidad que caracterizan la reserva de rango:

a') Si la hipoteca unilateral fuera una verdadera reserva de rango, requeriría para su constitución acuerdo de los interesados. Así resulta del artículo 241.1.º RH. «Para dar vida a la reserva de rango —se ha recordado— se requiere el acuerdo entre el propietario de la finca y el adquirente del derecho que se ha de limitar para la reserva» (19). La tesis de la reserva de rango, aplicada a la hipoteca unilateral, implica «una contradicción con el principio de voluntariedad» (20). Una reserva de rango «unilateral», impuesta únicamente por el propietario, no tiene reconocimiento en nuestro Derecho positivo.

b') La reserva de rango es una situación esencialmente temporal (ex art. 241 RH: tiene que existir «un plazo necesariamente convenido al efecto»), mientras que la hipoteca unilateral puede subsistir indefinidamente (21).

b) La hipoteca unilateral produce más efectos que una reserva de rango; mientras que la reserva de rango se limita a anunciar a terceros una

(18) J. M. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1994, pág. 1497.

(19) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones*, pág. 263.

(20) GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado*, pág. 77.

(21) Y si subsiste sin plazo de caducidad es precisamente porque la hipoteca unilateral consiste en algo más que una reserva de rango. Por no ver la diversidad de los supuestos y asimilar la posposición a la hipoteca unilateral se pregunta ZUMALACÁ-RREGUI: «¿Por qué esa diferencia de trato [se refiere a la duración de una y otra]? ¿Acaso son distintos los intereses individuales y comunitarios que, en ambos casos, se hallan en juego?» (*Causa y abstracción causal*, pág. 327).

hipoteca futura, la hipoteca unilateral despliega todo el contenido de una hipoteca ordinaria (actual):

a') De considerarse que la hipoteca unilateral es una simple reserva de rango, las consecuencias de la expropiación forzosa del inmueble hipotecado serían distintas que si se considerase como verdadera hipoteca. Si se tratase sólo de una reserva, ésta quedaría inoperante tras la expropiación, pues la hipoteca posterior no podría constituirse ya sobre el inmueble expropiado. De considerarse que por constitución unilateral surge inmediatamente una hipoteca, en el momento de la expropiación aquélla se transformaría en una garantía recayente sobre la indemnización, y el destinatario de la hipoteca unilateral podría hacer efectiva esta segunda garantía desde el momento mismo de la aceptación (*ex art. 110.2.º LH*: «[...] siempre que el siniestro o hecho que las motivare [las indemnizaciones] haya tenido lugar después de la *constitución* de la hipoteca [...]»).

Las indemnizaciones por siniestro del inmueble corresponderían al propietario de considerarse que la hipoteca unilateral es una simple reserva de rango (pues la hipoteca no ha nacido y no hay un acreedor al que entregar esa indemnización), mientras que de considerarse como verdadera hipoteca el acreedor hipotecario puede reclamar la indemnización desde el momento en que acepte la hipoteca (*ex art. 109 LH*). Lo mismo cabría decir de las indemnizaciones obtenidas por seguro.

b') Son distintas las consecuencias en relación con las construcciones realizadas en la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca unilateral. Si se considera que implica únicamente una reserva de rango, es evidente que las construcciones realizadas con posterioridad quedarían afectas a la hipoteca, puesto que ésta se constituye sobre un terreno construido. Si se considera que la hipoteca unilateral es auténtica hipoteca, las construcciones posteriores a la inscripción de aquélla no quedarían sujetas al gravamen (*ex art. 110.1.º LH*).

c') Serían igualmente distintas las consecuencias de la cláusula de extensión a muebles establecida en la hipoteca unilateral según se parta de que la constitución unilateral implica una simple reserva de rango o una auténtica hipoteca. En el primer caso, los muebles existentes en la finca «para su adorno, comodidad o explotación o para el servicio de alguna industria» hasta un momento anterior a la efectiva constitución de la hipoteca no quedarían afectados por ella. De considerarse que la hipoteca ordinaria es auténtica hipoteca, tales muebles quedarían afectados por virtud de la cláusula de extensión desde la fecha de la inscripción de aquélla.

d') También son distintas las consecuencias en relación con los actos de deterioro que realice el propietario. Si se trata de una simple reser-

va de rango, los actos de deterioro no tienen trascendencia alguna: la hipoteca no se ha constituido y no pueden imponerse al propietario las limitaciones derivadas del artículo 117 LH. Ahora bien, si se estima que con la inscripción de la hipoteca unilateral ha surgido inmediatamente una hipoteca ordinaria, el propietario sí estará limitado por ese artículo y el destinatario, cuando acepte, podrá ejercitar contra él la acción de devas-tación (22).

e) Si se considera que la hipoteca constituida unilateralmente es una hipoteca perfecta, el crédito garantizado con hipoteca unilateral aún no aceptada es cedible y la cesión del crédito implicaría la cesión de la hipoteca unilateral constituida para garantizarlo; ahora bien, como el cedente no ha aceptado, la cesión de la hipoteca sólo supondría —desde el lado activo— la transmisión del derecho de configuración jurídica que faculta para aceptar o no aceptar (incluso rechazar y cancelar) la hipoteca constituida. Esta cesión sería, además, inscribible en el Registro: no deja de tratarse de un crédito hipotecario; es un crédito garantizado con hipoteca, aunque se trate de una hipoteca *unilateral no aceptada*. Ahora bien, si se considera que la hipoteca unilateral es sólo una reserva de rango, la cesión del crédito no llevaría consigo la cesión del rango porque el rango no es un derecho accesorio del crédito: es el puesto reservado a una hipoteca que no existe. No se trataría de un crédito hipotecario. La cesión de ese crédito no podría acceder al Registro.

Todos los efectos anteriores que produce la hipoteca unilateral quedan sin explicar por la teoría de la reserva de rango. La reserva no produce otro efecto que garantizar un puesto. La eficacia retroactiva de la aceptación, tal como la entienden los autores que asimilan la hipoteca unilateral a una reserva no explica tampoco aquellos efectos: para quienes sostienen esa asimilación el efecto retroactivo sólo puede suponer que la hipoteca —que sólo nace cuando se produce la coincidencia de voluntades (es decir, en el momento de la aceptación)— adquiere el rango que la «constitución» unilateral le había reservado; en el tiempo intermedio entre la constitución y la aceptación sólo existe un rango *reservado*; el efecto retroactivo supone la *efectividad* de ese rango reservado —porque sólo con la aceptación surge el derecho que puede ganar rango—, pero nada más. Cuando quienes sostienen la tesis de la reserva de rango afirman que la hipoteca unilateral —de efectos limitados— actúa como verdadera hipoteca —cuando se acep-

(22) Si se tratara de *deterioro jurídico*, como intervendría un tercero el rango desplegaría un efecto semejante a la constitución plena de hipoteca. No derivarían consecuencias prácticas distintas en este punto de sostenerse una u otra concepción de la hipoteca unilateral.

ta— desde el instante de su constitución, incurren, a mi juicio, en uno de estos dos errores, según el alcance que atribuyan a la retroacción:

a) Si entienden la retroacción como una ficción que supone que la hipoteca ha nacido desde el instante de su constitución unilateral, entonces la figura de la «reserva de rango» resulta incongruente porque sólo explica los efectos frente a tercero y no el desenvolvimiento de los efectos «internos» de la figura (además de ser esta interpretación incongruente con la propia Ley hipotecaria: según el artículo 141, son los efectos *de la aceptación* los que tienen efecto retroactivo, no los de la constitución; lo que significa, en el razonamiento del legislador, que la *titularidad* de la hipoteca ha de entenderse adquirida «desde la fecha de la constitución»).

Creo que éste es el sentido que los autores que sostienen la tesis de la reserva de rango atribuyen a la retroacción. Para ellos no hay hipoteca hasta la aceptación; y cuando hay aceptación entienden que ha habido hipoteca desde el primer momento (desde la inscripción de la escritura de hipoteca). Pero aun entendida la retroacción en este sentido, la idea de la «reserva de rango» resulta inadecuada porque también en el caso de que no se produzca la aceptación ha existido hipoteca, y no sólo reserva. Es decir, aunque la hipoteca unilateral no llegue a aceptarse, los efectos que se han producido son *más amplios* que una simple reserva de rango: también la conducta del hipotecante ha estado sujeta a las normas de la hipoteca —las normas que él mismo ha establecido en la escritura y las que contiene la Ley Hipotecaria en relación con ese derecho de garantía. Es decir, en ningún momento (antes o después de la aceptación) y en ningún caso (se acepte o no) ha existido sólo una «reserva de rango».

b) Si se entiende la retroacción como eficacia frente a tercero desde el momento de la constitución unilateral, entonces carece de explicación el que la hipoteca despliegue toda su eficacia «externa» —frente a terceros— e «interna» —respecto del inmueble— desde el momento de la constitución. Toda la eficacia interna se produciría desde la fecha de la constancia registral de la aceptación, cosa que, evidentemente, no es lo que ha querido el legislador.

La teoría de la reserva de rango es, por tanto, insuficiente para explicar la hipoteca unilateral. No se corresponde tampoco con la eficacia que el legislador atribuye a la nota marginal, que es la simple adquisición del derecho. El avance en el rango —consecuencia de la reserva— y la retroacción de la aceptación —prevista por el art. 141.1— tienen distinto alcance.

Ese distinto alcance queda de manifiesto si se advierte que 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. Piénsese en algunas de las cuestiones que se han enumerado con anterioridad: expropiación o siniestro del inmueble hipotecado unilateralmente; realización de construcciones con posterioridad a la inscripción; cláusula de extensión a muebles; actos de deterioro realizados por el propietario; cesión del crédito... La tesis de la reserva de rango no permite resolver acertadamente las consecuencias que derivan de esos actos o cláusulas. La vaga semejanza de la hipoteca unilateral con la reserva de rango no reside en que esa modalidad de hipoteca reserve el puesto a una garantía futura, sino, simplemente, en que reserva un derecho perfectamente constituido en favor de una persona designada o llamada a aceptarlo y, con la aceptación, a adquirirlo.

Esta misma idea puede expresarse de forma sintética desde la perspectiva más general de los principios hipotecarios: la hipoteca unilateral (aun no aceptada) no sólo está protegida por la *prioridad* —como se desprendería de la tesis de la reserva de rango—, sino también por la *legitimación* (23). Y no puede olvidarse que la legitimación actúa «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 LH), es decir, respecto *de todo el contenido* del gravamen hipotecario y no sólo como un puesto en el rango.

Pero aparte de la insuficiencia de la tesis de la reserva para explicar *toda* la eficacia de la hipoteca unilateral desde el momento de su inscripción, esa tesis incurre en otra contradicción más general: convierte la hipoteca unilateral en bilateral, desdibujando la neta distinción legal entre ambas formas de constitución. Como decían GALINDO y ESCOSURA, si para que se produzca la constitución hay que esperar a la aceptación, lo que habría son dos modalidades de constitución convencional, y no una modalidad convencional y otra unilateral como admite el artículo 138. Precisamente la idea de la retroacción obedece, como señala acertadamente SANZ, «a un cierto resabio de la idea contractual y, sobre todo, al deseo de dejar aclarada de una manera indiscutible esta materia» (24).

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN UNILATERAL

La crítica a la idea de que la constitución unilateral origina una verdadera hipoteca se ha centrado en dos argumentos: a) que se trataría de un

(23) Que la legitimación actúa respecto de la hipoteca unilateral no aceptada lo ha sostenido un importante sector doctrinal: JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Principios hipotecarios*, pág. 223; SANZ, *Comentarios*, pág. 405, y ROCA, *Derecho hipotecario*, pág. 695.

(24) A. SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*, pág. 404.

derecho sin sujeto, lo que no es posible (25); *b*) que se trataría de una hipoteca sin obligación que garantizar, lo que es contrario a la accesoriedad de aquel derecho (26).

a) Sin afirmar que la constitución implique adquisición —porque es evidente que el art. 141 LH no permite reconocer ese efecto—, cabe oponer a quienes niegan valor *constitutivo* a la inscripción de hipoteca unilateral —por faltar un sujeto titular del derecho— y consideran por tanto que con esa inscripción se produce únicamente una reserva de rango, el mismo argumento que ellos emplean: la reserva, que pretendidamente implicaría la hipoteca unilateral, 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.

Es cierto que la reserva de rango puede establecerse sin expresar el titular de la hipoteca que va a ganar rango (el art. 241 RH considera suficiente con que se determine la responsabilidad máxima de la hipoteca futura y su duración máxima), pero lo que no puede suceder es que un puesto del rango carezca de titular: en el caso ordinario y propio de *reserva* existe un titular actual del puesto que se verá sustituido por un titular futuro si la hipoteca prevista llega a constituirse. Pero en el caso de la —pretendida— reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral, el único titular de esa reserva sería el destinatario de la hipoteca futura (de no entenderlo así nos encontraríamos ante una «reserva de propietario» cuya inadmisibilidad me parece incuestionable).

Que el destinatario de la reserva de rango (de la reserva que implicaría la hipoteca unilateral) tiene atribuido un derecho —sin haberlo aceptado— lo prueba:

a) Que tiene derecho a ser notificado [judicial —art. 131.5.º LH—, registral —art. 1.490 LEC— o notarialmente —art. 136.fi) RH] en caso de ejecución de una hipoteca anterior, como reconocen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1987.

b') Que tiene derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 RH).

También lo prueban los siguientes hechos que, a mi juicio, acompañan a la constitución de la hipoteca unilateral:

a') Que el destinatario tiene un derecho —llámese «potestativo», de «modificación» o «configuración jurídica», «vocación a la titula-

(25) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 67; PEÑA, *Derechos reales*, pág. 511.

(26) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 76.

ridad» (27) o «situación jurídica subjetiva de carácter real» (28)—, que es un elemento activo integrado en su patrimonio, susceptible de transmisión *mortis causa* (el heredero del destinatario podrá aceptar o no la hipoteca unilateral) e *inter vivos* (el cesionario del crédito gozaría de la misma facultad).

b') Que precisamente porque el destinatario tiene un elemento activo en su patrimonio —un derecho de configuración jurídica— por el mero hecho de la constitución de la hipoteca unilateral, puede optar por rechazarla o renunciarla en lugar de decidir su aceptación. Es decir, no sólo puede pasivamente «no aceptarla», sino que puede activamente rechazarla en la propia acta de requerimiento u otorgando una escritura de cancelación (29).

c') Que el derecho de modificación jurídica que corresponde al acreedor-destinatario puede ser objeto de acción subrogatoria por sus propios acreedores (30).

b) Se afirma que la hipoteca unilateral vulnera la accesoriedad del derecho de hipoteca. «Es sabido que el caso más frecuente de inscripción de hipoteca unilateral —se ha escrito— (31) es precisamente el de que no haya todavía obligación que garantizar. Precisamente el dueño de los bienes la inscribe como medio más seguro para conseguir que la obligación nazca. Por ejemplo, se desea un préstamo, y para estimular su concesión se muestra al futuro prestamista la garantía de que disfrutará cuando acepte la hipoteca unilateral inscrita».

Pues bien, si la práctica registral está admitiendo hipotecas unilaterales en garantía de obligaciones inexistentes está soslayando, sin base alguna en las normas hipotecarias, el principio de accesoriedad que rige sobre todas las hipotecas, sin distinción por el modo en que se hayan constituido. No hay razón alguna para que la hipoteca unilateral, que no tiene más particularidad que el modo de constitución, quede al margen de los principios y de las

(27) ROCA, *Derecho hipotecario*, t. IV-2, pág. 698.

(28) ROMERO VIEITEZ, *Notas sobre la naturaleza jurídica*, pág. 597.

(29) Ver en este sentido ROCA, *Derecho hipotecario*, pág. 696. A mi juicio, y frente a lo que sostiene este autor, la cancelación puede practicarse también en virtud de la manifestación del acreedor en el acta, porque el artículo 141.1 LH no pretende agotar todas las vías —y formas— de cancelación, sino únicamente regular el régimen de la cancelación por el propietario. Por otra parte, el párrafo 2.º del artículo 237 RH no puede leerse aisladamente: debe tenerse en cuenta que el párrafo 1.º está desarrollando —como dice explícitamente— el artículo 141.1 LH y, por tanto, el régimen de cancelación a instancia del propietario.

(30) Reconoce esta última posibilidad ROMERO VIEITEZ, *Notas sobre la naturaleza jurídica*, pág. 600.

(31) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 76.

normas que rigen el derecho de hipoteca. Como se ha escrito acertadamente respecto de las hipotecas unilaterales, «deben cumplirse los requisitos ordinarios de la constitución de hipoteca. Así, en cuanto a la necesidad de la existencia de una obligación, la que se garantiza» (32). Aunque el mismo autor añade, influido sin duda por su consideración de la hipoteca unilateral como simple reserva: «parece que cabe no sólo la obligación futura, sino también la que se "ofrece" contraer en el acto de constitución unilateral».

La hipoteca unilateral exige, o bien la preexistencia de una obligación, o bien la preexistencia de un acuerdo de los interesados en que queden perfiladas las obligaciones futuras. No hay razón para eludir, tratándose de una hipoteca unilateral, los requisitos que la jurisprudencia exige en relación con la deuda futura a la hipoteca bilateral. (Bastaría recordar a este respecto la reciente Resolución de 17 de enero de 1994: «que en el momento de la constitución de hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que, bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación asegurada con la hipoteca —como puede ocurrir con la apertura de crédito o con cualquier precontrato—, o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada, y ya se trate de una relación jurídica de tráfico —si la obligación asegurada es la que puede surgir por infringir el deudor otra obligación: daños y perjuicios, intereses de demora, pena convencional, costas judiciales—, ya se trate de una relación jurídica familiar o de otro tipo, cuando de la infracción de los genéricos deberes que por sí comporta la relación jurídica ya constituida pueda surgir la obligación garantizada —y pueden ponerse ejemplos con diversas hipotecas legales o con la hipoteca que se constituye en garantía de la obligación de indemnizar que pueda originarse por infracción de los deberes que comporta el cargo asumido—»). La unilateralidad de la hipoteca en nada debe afectar a la (necesaria) bilateralidad de la obligación. Sólo en la medida en que pueda considerarse la voluntad unilateral como fuente de obligaciones cabría admitir una hipoteca unilateral en garantía de una obligación constituida unilateralmente. Pero no se trataría en este caso de obligación futura, sino

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, pág. 514. En el mismo sentido, CAMY: «Todos los requisitos exigidos para la validez de las hipotecas en orden a las personas, la cosa o derecho gravado, la obligación garantizada, el importe de la hipoteca por todos los conceptos, de capital, intereses y costas en su caso, la escritura pública, etc., han de cumplirse en éstas [las hipotecas unilaterales] en la misma forma que en las hipotecas normales, incluso cuando esta unilateralidad fuese alguna de las especiales que hemos expuesto y continuaremos exponiendo, como si lo fuere de seguridad, de máximo, etc., en las que además habrán de exigirse las peculiaridades que según los casos fueran procedentes» {*Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983, pág. 877}.

de obligación actual, por lo que la hipoteca que se constituyera unilateralmente para garantizarla cumpliría la exigencia de accesoriedad (33).

La accesoriedad de la hipoteca unilateral debe entenderse en los mismos términos en que se concibe en relación con la hipoteca ordinaria. No basta con que la obligación exista *antes de la aceptación*, es necesario que exista *en el momento de la constitución*. Probablemente la tesis de la reserva de rango llevaría a la primera conclusión: que —como la hipoteca no se ha constituido aún, sino que se constituye en el momento de la aceptación— es suficiente con que la obligación exista en el momento en que se manifiesta la voluntad de adquirir la hipoteca. Resulta sorprendente que a esta misma conclusión se llegue por un autor (34) que rechaza la tesis de la reserva de rango, afirmando que «al constituirse la hipoteca por acto unilateral puede existir ya o no la obligación. En el primer caso la garantía es plena y absoluta. En el segundo no existiría hasta que nazca la obligación, de manera que el acreedor aunque acepte la hipoteca no se podrá apoyar en ella para reclamar la obligación si ésta no existe. [...] Será preciso, por consiguiente, que resulte de la aceptación del acreedor la existencia de la obligación garantizada o, en caso contrario, que se haga constar su nacimiento posterior por nueva nota marginal. Se exceptuará, como es lógico, el supuesto en que en el acto constitutivo de la hipoteca se haga constar por el deudor la existencia anterior de la obligación». Pero no hay precepto, en la escueta regulación de la hipoteca unilateral, que autorice a asimilar la hipoteca unilateral sin obligación subyacente a la hipoteca bilateral con obligación futura subyacente —como hace el autor citado: «en este caso la hipoteca se encuentra en la misma situación que la constituida en garantía de obligaciones futuras»—, y menos aún a admitir la constitución y adquisición de una hipoteca unilateral sin que exista en ninguno de esos dos momentos una obligación garantizada— como el mismo autor admite: «que se haga constar su nacimiento posterior [posterior a la aceptación] por nueva nota marginal [nueva porque ya hay otra anterior que refleja la aceptación]».

VII. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO HIPOTECA ORDINARIA

La cuestión de la hipoteca unilateral no debe encuadrarse, en rigor, en el marco de las modalidades de la hipoteca, sino en el de las modalidades de constitución de esa garantía. La hipoteca unilateral es una hipoteca

(33) Aunque la cuestión enlazaría con el problema de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (posibilidad que la doctrina más autorizada, por ejemplo, PEÑA, rechaza: *Derechos reales*, pág. 512).

(34) SANZ, *Comentarios*, pág. 402. A estas mismas ideas parece adherirse hoy DE ÁNGEL YAGÜEZ (*La hipoteca unilateral*).

ordinaria. Lo que sucede es que las hipotecas pueden constituirse bilateral o unilateralmente.

Nuestro Derecho reconoce incluso supuestos de constitución unilateral con plena virtualidad —no sólo pasivo, sino activa— sin necesidad de aceptación:

1. La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (arts. 150 y 154-156 LH).
2. La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (arts. 157.11 LH y 248 RH) (35).
3. La llamada *hipoteca de fianza afianza hipotecaria* (arts. 525 RH y 27 RN).
4. La hipoteca *apud acta*, por responsabilidad civil precedente de delito o para obtener la libertad provisional (arts. 533 y 595 LEC).

Ahora bien, el legislador español no ha querido generalizar la adquisición sin aceptación. Se aparta con ello no sólo de los ordenamientos de raíz germánica, sino también de los ordenamientos de raíz romana. Tanto el Derecho alemán (36) como el Derecho italiano (37) reconocen plenamente la hipoteca unilateral: no exigen en ningún caso su aceptación.

(35) Si esta hipoteca se establece en testamento, la constitución del derecho no es unilateral: es necesaria la presentación simultánea del testamento y la aceptación (art. 248 RH; la doctrina, según PEÑA, es generalizable a todas las hipotecas testamentarias; no serían nunca, por ello, hipotecas unilaterales: cuando nace la hipoteca —en el momento de la inscripción— han manifestado ya su voluntad el hipotecante y el acreedor).

(36) Las restricciones a la *Eigentümerhypothek* y la transición de la inicial *Eigentümergrundschuld* a la posterior *Eigentümerhypothek* dependen exclusivamente del principio de accesoriadad: «Das Eigentümerpfandrecht ist Eigentümerhypothek, wenn dem Pfandrecht noch eine Forderung zugrundeliegt, Eigentümergrundschuld, wenn dies nicht der Fall ist» (F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich, 1981, pág. 323). No cabe constitución unilateral de hipoteca si en el momento de crearla no existe una obligación que garantizar; incluso si se trata de obligación futura, aunque inicialmente determinable en sus rasgos generales, se rechaza la posibilidad de constitución unilateral de hipoteca («Auch für bedingte oder befristete sowie für künftige Forderungen kann eine unbedingte Hypothekenbestellung erfolgen —und dies ist in der Praxis sehr häufig der Fall—, doch muss die künftige Forderung wenigstens bestimmbar sein. Bis zur Entstehung der Forderung steht dann die Hypothek dem Eigentümer als vorläufige Grundschuld zu, auflösend bedingt durch die Entstehung der Forderung»; K. H. SCHWAB y H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, Munich, 1991). El tránsito de la deuda territorial unilateral de carácter provisional («vorläufige Eigentümergrundschuld») a la hipoteca de carácter definitivo («entgültige Hypothek») depende exclusivamente del surgimiento de la obligación a garantizar. Sólo en el caso de hipoteca de cédula («Hypothekenbrief») se recoge la posibilidad de constitución inicial de la garantía como hipoteca, sin necesidad de una fase previa de deuda territorial unilateral; la razón es evidente: la deuda ha nacido ya. Se dice entonces que es sólo la adquisición de la hipoteca unilateral la que depende de la transmisión de la cédula: «Der Gläubiger erwirbt die Briefhypothek erst durch Übergabe des Briefs an ihn (par. 1.117). Vor der Übergabe ist zwar die Hypothek entstanden, steht aber noch dem Eigentümer zu» (LENT y SCHWAB, *Sachenrecht*, pág. 264).

(37) La doctrina no pone reparo alguno al reconocimiento legal (art. 2.821 CC) de la constitución unilateral de hipoteca y a su adquisición sin necesidad de aceptación:

En el supuesto ordinario del artículo 141 LH la inscripción genera lo que ese artículo y el 138 atribuyen al acto unilateral: la constitución. Ningún otro precepto de la legislación civil ni hipotecaria permiten la constitución unilateral de otros derechos reales —no hay «usufructos unilaterales» ni «servidumbres unilaterales»— (38): *a*) porque los derechos reales de goce o disfrute requieren tradición para ser constituidos *inter vivos* (arts. 609 y 1.095 CC); también algún derecho de garantía exige la entrega, como sucede en la prenda; *b*) porque esos derechos reales suponen algo más que una carga sobre un bien: implican un incremento del patrimonio del titular del derecho limitado (obtención de posesión, de uso, de frutos...), lo que sucede también en algún derecho de garantía como la anticresis; y *c*) porque esos derechos suelen implicar obligaciones para su titular que no cabría asumir sin consentimiento.

Si cabe constitución unilateral de hipoteca —sin correlativa adquisición—, ello es debido a su peculiar naturaleza de ese derecho. De la hipoteca sólo deriva una «carga de pagar» (39) que afecta únicamente al bien hipotecado. La esencia de la hipoteca —a la vista del art. 1.876 CC— radica que *sujeta* directa e inmediatamente los bienes sobre los que se

«¿Por qué razón la Ley ha considerado suficiente la inscripción y la comunicación de la voluntad de concesión al acreedor sin necesidad de aceptación de este último?», se pregunta GORLA; y responde: «No tanto por la razón de que con la concesión de hipoteca no nace obligación alguna a cargo del acreedor, como por la razón de que se trata únicamente de garantizar, de reforzar una obligación ya existente. Se puede decir —añade— que normalmente quien tiene un crédito no sólo quiere ser pagado, sino que quiere también los medios para obtener el pago o que le aseguren ese pago; y nadie renuncia a esos medios sin renunciar en cierto modo al valor o a la eficacia de su crédito; la Ley ni siquiera ha pensado en la posibilidad de un rechazo de la garantía» (comentario al art. 2.821 en *Commentario del Codice Civile*, Bolonia-Roma, 1955, pág. 483). Ya MESSINEO había escrito que: «Como es obvio, la constitución de la hipoteca por declaración unilateral de voluntad opera sin necesidad de que el acreedor acepte», no dudando que desde ese momento se produce también la adquisición (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1952, pág. 115). La hipoteca unilateral «no requiere aceptación, ni expresa, ni tácita, ni presunta» —escribe RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milán 1956, pág. 237—. La innecesidad de aceptar para adquirir la hipoteca unilateral es defendida también por la última doctrina: GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1990, pág. 390; RUSCELLO, *Codice Civile annotato*, Roma, 1991.; SACCO, *Tratatto di Diritto Privato*, dir. por RESCIGNO, vol. 10, pág. 26. Únicamente se aparta de esta opinión común Cossu (en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile*, dir. por DE MARTINO, pág. 195): «El negocio constitutivo de la hipoteca no deja de ser un contrato por el hecho de que la hipoteca se establezca sin contraprestación: incluso cuando sólo surgen ventajas para una de las partes, es necesario su consentimiento». Pero a este autor, que exige la aceptación, no ya para la adquisición, sino incluso para la constitución, cabría oponerle el texto claro del artículo 2.821 del *Codice*, que al igual que el artículo 138 LH española distingue entre constitución bilateral y unilateral.

(38) La hipótesis del artículo 541 no implica constitución unilateral, sino constitución bilateral tácita (no se acuerda «expresar lo contrario» en el título de enajenación).

(39) Ver en este sentido PEÑA, *Derechos reales*, pág. 415, nota 2.

impone. 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 (40). Esta «carga» que supone la hipoteca unilateral —como toda hipoteca— no exige, necesaria y automáticamente, una correlativa adquisición por el acreedor. «El acreedor —como escribió CHAMORRO, recordando a ULPiano— *no adquiere* un valor patrimonial *ni se enriquece* al constituirse la hipoteca». «El que da garantía real a su acreedor —escribió el jurista romano— no le hace una donación, porque el acreedor no se enriquece; sólo está más seguro de obtener lo que le debe» (41). La constitución de hipoteca no implica una *desmembración de la propiedad* que exija una correlativa adquisición de la parte desmembrada (42).

No cabe afirmar, por tanto, que con la constitución de la hipoteca se fuerce la voluntad de los *nolenti acquiri*. Podría hacerse este reproche en los sistemas jurídicos de adquisición automática del derecho de hipoteca unilateral (43). Pero la constitución de la hipoteca no implica, en el nuestro, su adquisición: bien claro lo deja el artículo 141 L.H. La constitución grava el inmueble; que este gravamen beneficie al acreedor depende de su aceptación. Es evidente —aunque algún autor haya sostenido lo contrario— que en nuestro sistema la constitución no implica la aceptación.

Dejando a un lado la Sentencia de 4 de octubre de 1915, la jurisprudencia posterior ha distinguido con claridad el acto de constitución del acto de adquisición. Una reciente Sentencia de 1 de junio de 1992 ha puesto de relieve que «la aceptación no es requisito constitutivo de la hipoteca ya nacida anteriormente»; y el auto del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de junio de 1963 señaló que «la hipoteca de este modo constituida [conforme al art. 141] se crea y existe desde ese momento [la

(40) Sobre las situaciones activa y pasiva que entraña toda relación jurídica real ver L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III. *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, pág. 819.

(41) L. I., parágrafo 19, D., si quid in fr. patr., XXXVIII, 5.

(42) Como advierten acertadamente R. RANOUIL y F. CHABAS, «n'étant que l'accessoire d'une créance et n'ayant pour but que de la garantir, elle n'est pas un démembrement de la propriété; contrairement à l'antichrèse, elle ne confère donc au créancier ni l'*usus*, ni le *fructus*, qui demeurent au constituant, et elle ne lui procure même pas la *detention*» (en H. L. y J. MAZEAUT y F. CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, París, 1988, pág. 240).

(43) El principal argumento que dan los autores italianos para hacer innecesaria la aceptación de la hipoteca unilateral consiste en que el acreedor, ordinariamente, tiene interés en la hipoteca (RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238; Cossu, *Commentario*, pág. 194; RUSCELLO, *Código*, pág. 387). Pero esto no deja de ser un razonamiento empírico, estadístico; ¿y si en algún caso no lo tiene? La adquisición producida por la constitución se habrá producido contra su voluntad y podrá verse obligado a cancelar la inscripción.

inscripción del acto unilateral] como gravamen sobre la finca hipotecada y es inscribible en el Registro de la Propiedad con efectos sustantivos, hasta el punto de que la aceptación del beneficiado con la hipoteca, aun entendida como una *conditio iuris* de la adquisición del derecho real ya constituido, sus efectos, conforme al citado artículo 141, se retrotraen a la fecha de la constitución [...]» (44).

La Dirección de los Registros, por el contrario, no ha sostenido esa nítida diferenciación de efectos, sino que ha atribuido eficacia constitutiva a la aceptación; según la Resolución de 22 de marzo de 1988, «las hipotecas constituidas unilateralmente necesitan, como regla general, de la aceptación formal del acreedor y del correspondiente reflejo registral tras la calificación de la misma; con lo cual se completa el fenómeno constitutivo del derecho real». Indicios de la limitada significación que la Dirección General atribuye a la constitución de la hipoteca unilateral pueden observarse en Resoluciones anteriores: en la de 26 de octubre de 1982, que habla de los «peculiares efectos» de ese tipo de hipotecas; en las de 19 y 20 de noviembre de 1987, en las que considera que hipoteca unilateral no es «un derecho real que existe ya perfecto»; y también en las de 15 de diciembre de 1953 y 26 de octubre de 1982: el criterio de que la hipoteca bilateral defectuosa por falta de capacidad, consentimiento o representación del acreedor no vale como hipoteca unilateral —que se mantiene en ambas resoluciones sin apenas argumentarlo (como tampoco fundamentaron suficientemente el criterio contrario las Resoluciones de 15 de septiembre de 1866, 19 de diciembre de 1880 y 28 de agosto de 1883)— es, sin duda, consecuencia de la idea que la Dirección tiene de la hipoteca unilateral; como la hipoteca unilateral no es una figura plenamente constituida, cabría que sus «limitados efectos» se desorbitaran, reclamando, por ejemplo, la ejecución de la hipoteca. Quizá la verdadera razón que subyace tras esta acertada doctrina de la Dirección de los Registros reside en el contenido habitual de los préstamos hipotecarios —muy distinto del contenido habitual de las hipotecas unilaterales—, en que el acreedor asume obligaciones. También, probablemente, que inscrita una hipoteca bilateral en que concurrieran los vicios indicados no se producirían los mecanismos de la notificación y la aceptación, que constituyen el desarrollo normal de la hipoteca unilateral. El criterio contrario al sostenido por la Dirección General —la hipoteca bilateral inválida por causas imputables al acreedor vale como hipoteca unilateral— es sostenido unánimemente, y con sólidos argumentos, por la doctrina italiana: pero sólo, naturalmente, cuando el acreedor no asume obligación alguna en el título constitutivo, porque en ese caso sería necesario su consentimiento y, por tanto, la constitución bilateral

(44) CHAMORRO, *El derecho real de hipoteca*, pág. 155.

de la hipoteca (45). Pero no debe olvidarse que el contexto es distinto: frente al sistema español de adquisición por la aceptación rige en el Derecho italiano el sistema de adquisición automática.

Es por tanto la peculiar naturaleza de la hipoteca —la absoluta prevalencia de su aspecto de gravamen— la que justifica la posibilidad de su plena constitución unilateral. No parecen aceptables otras justificaciones en que se ha fundamentado la posibilidad de constitución unilateral de hipoteca:

a) «El enérgico *poder dispositivo* que al titular inscrito concede el Registro de la Propiedad» (46), «la necesidad de reconocer al dueño de una finca la *facultad de disponer* de ella, imponiendo sobre la misma el gravamen de una hipoteca» (47). El poder de disposición, si se entiende en sentido hipotecario, es un poder *formal* —*formelle Verfügungsbefugnis*, y *pouvoir formel de disposer* se le ha llamado, con precisión, en la doctrina extranjera— que sólo significa que el titular registral es el único legitimado para realizar actos registrables, y no puede por tanto justificar la ausencia de un acuerdo de voluntades en la constitución de hipotecas. Si el poder de disposición se entiende en sentido civil, sustantivo, tampoco puede explicar esa constitución unilateral; o más exactamente, no puede explicar, por sí solo, por qué cabe la constitución unilateral de hipoteca y no la constitución unilateral de cualquier otro derecho real.

b) «El carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos de esta hipoteca» (48). Pero este pretendido fundamento: a') llevaría consigo la adquisición automática de otras atribuciones, distintas de la hipoteca, que fueran, también, «plenamente favorables», frente al principio *invito creditoris...*, y sin que la posibilidad de «rechazar» las atribuciones justifique la violación de ese principio, porque no es lo mismo «nadie adquiere sin su voluntad», que «toda adquisición realizada contra la voluntad puede rechazarse», y b) justifica no sólo la adquisición del derecho a aceptar o no, sino también la adquisición inmediata del derecho real de hipoteca, sin necesi-

(45) Se manifiestan en favor de la convalidación: RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238; Cossu, *Commentario*, pág. 193. La convalidación no es posible cuando la constitución de la hipoteca ha de ser necesariamente bilateral: cuando se exija alguna contraprestación a la constitución de hipoteca —como una reducción del préstamo o los intereses, o un aplazamiento (GORLA, *Commentario*, pág. 484), o la renuncia a otra garantía constituida antes (RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238)—, o cuando se imponga alguna limitación a la hipoteca, de manera que se excluya algún derecho (renunciable) concedido por la Ley al acreedor hipotecario (*ibidem*), o cuando el hipotecante subordine la constitución a la aceptación (RUSCELLO, *Código*, pág. 387).

(46) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*, pág. 403.

(47) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, pág. 682.

(48) J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, núm. IV, 1994, pág. 117.

dad de aceptación, porque la hipoteca unilateral también es «plenamente favorable» para el acreedor. Precisamente en esta razón ha fundamentado la doctrina italiana el silencio del artículo 2.182 del *Código* sobre la aceptación.

V. MOMENTO DE CONSTITUCIÓN Y MOMENTO DE ACEPTACIÓN

La tesis de la reserva de rango, al considerar que la hipoteca no queda constituida hasta el momento de la aceptación y entender —por tanto— que es la constitución la que tiene efecto retroactivo —y no sólo la aceptación—, no reconoce que constitución y aceptación se producen en momentos distintos, con las consecuencias que ello implica en orden: a) a la capacidad del hipotecante y el acreedor hipotecario; y b) a la actuación de la fe pública registral.

a) La capacidad del hipotecante y el acreedor hipotecario han de apreciarse, respectivamente, en los momentos de constitución y aceptación. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de junio de 1992, ha puesto de manifiesto que la capacidad del hipotecante ha de apreciarse en el momento de la constitución. «Cuando mediante la ya referida escritura pública de fecha 19-4-1975 la entidad "N.L.S.A." constituyó la hipoteca unilateral a que nos venimos refiriendo —dice la Sentencia—, tenía plenas facultades dispositivas, sin que la declaración de la misma en estado de suspensión de pagos cuatro años más tarde y, sobreseído el expediente de suspensión de pagos, la posterior declaración en estado de quiebra puedan afectar a la validez». La capacidad del hipotecante debe apreciarse por tanto en el momento de la constitución (49); la aceptación «que no es requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente» —como indica la Sentencia citada—, no ha de coincidir cronológicamente con una situación de capacidad del hipotecante: «la aceptación [...] es un acto exclusivamente dependiente de la decisión del acreedor, sin necesidad del concurso de ninguna otra voluntad.

(49) Que es el de la inscripción. En este punto radica la anomalía que implica una de las variedades de hipoteca unilateral: la testamentaria. En el momento de la inscripción-constitución el hipotecante no tiene capacidad —no tiene existencia—. Esto es así también si se considera que la hipoteca testamentaria no es unilateral, sino bilateral, como parece dar a entender el párrafo 2.º del artículo 248 RH. Esta es la razón por la que el Derecho italiano (art. del *Código*) prohíbe la hipoteca testamentaria, con el aplauso de la doctrina: GORLA, *Tutela dei diritti*, pág. 239; TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti*, pág. 182; Cossu, *Commentario*, pág. 200; RUSCELLO, *Código*, pág. 388, entre otros.

En términos semejantes hay que resolver los problemas de capacidad que puedan plantearse en relación con el acreedor. Si éste ha sido incapacitado, o ha incurrido en concurso, suspensión de pagos o quiebra (50) al tiempo de la aceptación, deberán tenerse en cuenta las respectivas normas limitativas (arts. 210 y 1.914 CC), aunque no lo estuviera al tiempo de la constitución de la hipoteca. La eficacia retroactiva presupone una aceptación eficaz. No creo que sea acertado el criterio que sostiene ROCA al afirmar que «la retroacción de los efectos de la nota marginal únicamente hará que la adquisición de la hipoteca y su consiguiente complemento subjetivo activo se reputen operada en la fecha misma que, con la inscripción de la hipoteca impuesta, ésta quedó constituida, lo cual no deja de tener su trascendencia en determinados aspectos, como, por ejemplo, entre otros, en caso de quiebra del acreedor aceptante» (50). La Ley no dice que la aceptación «se reputen operada» al tiempo de la inscripción de constitución, sino que «sus efectos» (los de la nota que refleja la aceptación) se retrotraerán a la fecha de la constitución. Para que algo sea eficaz debe antes ser válido.

b) La actuación de la fe pública debe producirse en el momento de la aceptación. La retroacción del efecto adquisitivo prevista en el artículo 141.1 LH presupone una aceptación eficaz (en este caso con eficacia adquisitiva *a non domino*); sólo entonces se retrotraerán sus efectos. Es una regla general clara e indiscutida que los requisitos del artículo 34 deben concurrir en el momento de la adquisición; únicamente cabría plantear aquí si tales requisitos han de darse en el momento de la constancia registral de la aceptación —como sería necesario de ser aquella constitutiva— o, como considero más acertado, en el momento en que se expresa, fuera del Registro, la aceptación. No cabe entender —por una inadecuada aplicación de la eficacia retroactiva del art. 141.1— que la buena fe actúa —por una ficción legal— desde el momento en que se inscribe la hipoteca, aunque se carezca de esa buena fe en el momento en que se acepta. No creo acertado el criterio de SANZ en este punto: «la protección por la misma [la fe pública] se causa también desde la fecha de la inscripción [se refiere a la de la hipoteca]. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede invocar siempre los efectos del artículo 34 con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida. El titular extrarregistral que se dirija contra la persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca verá enervada su acción cuando la aceptación recaiga». Pero si antes de la aceptación el acreedor *no ha adquirido* la hipoteca, ¿cómo va a invocar

(50) ROCA, *Derecho hipotecario*, pág. IV-2, pág. 697. También PEÑA parece considerar que la eficacia retroactiva afecta a la capacidad de adquirir la hipoteca; tras indicar que sus efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la hipoteca, indica en nota (n. 10): «Lo que importa para enjuiciar la capacidad de adquirir, por ejemplo, si deviene extranjero» (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 515).

frente al verdadero propietario una *adquisición a non domino*! Y si la acepta después de haber conocido la reclamación del verdadero propietario, ¿cómo puede invocar la buena fe en que ha de basarse toda adquisición a *non domino*']

VI. SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR NO ACEPTANTE

El acreedor que no ha aceptado la hipoteca unilateralmente constituida no es radicalmente ajeno al gravamen que se ha hecho surgir con la inscripción registral. La Ley le atribuye la facultad de oponerse a una cancelación realizada antes de la notificación (art. 237 RH). La jurisprudencia registral le reconoce un derecho a ser notificado en caso de ejecución de una hipoteca preferente (Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987). La transmisión del crédito para cuya garantía se constituyó unilateralmente la hipoteca implica la transmisión de la facultad de aceptar la hipoteca unilateral. Esa facultad de aceptar, caso de inacción del acreedor, puede ejercitarse por vía subrogatoria por sus propios acreedores. El acreedor tiene *poder de disposición* para obtener por sí mismo la cancelación de la hipoteca unilateralmente constituida (con independencia de que ésta se le haya notificado o no).

Este conjunto de facultades no equivalen, naturalmente, a la titularidad de la hipoteca. La constitución no implica la adquisición. La adquisición sólo se produce con la aceptación. Pero el acreedor tiene, pese a los principios *invito beneficium non datur* y *non potest liberalitas nolenti acquiri*, un determinado tipo de derechos que se adquiere, precisamente, sin haber manifestado la voluntad de adquirirlo: un derecho potestativo o de modificación jurídica. Su atribución supone la posibilidad de actuación en una esfera jurídica ajena —la del concedente—. Se ejercita a través de una simple declaración de voluntad de carácter recepticio. Previamente a la declaración del titular del derecho potestativo, y en espera de ella, el concedente de ese derecho se ha vinculado ya, y también de manera unilateral; y esa vinculación es la que le obliga a someterse a la irrupción del titular del derecho potestativo en su propia esfera jurídica (51). Los derechos potestativos no son transmisibles independientemente, sino que están unidos a la posición jurídica en la respectiva relación jurídica a la que se refieren. Pasan al sucesor con la transferencia de esa relación jurídica (52).

Todos estos rasgos concurren en la situación jurídica del acreedor que aún no ha aceptado la hipoteca unilateral constituida en garantía de su

(51) K. LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, Madrid, 1978, pág. 282.

(52) *Ibidem*, pág. 284.

crédito: aquél hace efectivo su derecho potestativo a través de una declaración de voluntad recepticia; el hipotecante se ha sometido, con la inscripción de la hipoteca, a las consecuencias de esa declaración —la irrupción del acreedor en su esfera jurídica—; el derecho potestativo del acreedor no es transmisible con independencia del crédito para cuya seguridad se ha constituido; pasa, sin embargo, al cesionario o al sucesor de ese crédito sin necesidad de una transmisión separada o explícita.

VII. FORMA Y PUBLICIDAD DE LA ACEPTACIÓN

La determinación de la forma y publicidad a la que esté sujeta la aceptación derivan de manera directa del criterio que se sostenga sobre la naturaleza de la hipoteca unilateral. Si se considera que ésta no nace con la inscripción del título unilateral, sino con la inscripción de la aceptación, es indudable que la aceptación está sujeta a los requisitos de forma y publicidad de la hipoteca porque es un elemento de su constitución, y la constitución de la hipoteca está sujeta a escritura pública (art. 145 LH) y a inscripción constitutiva (art. 1.875 CC) (53).

Si se considera, por el contrario, que con la inscripción del título unilateral nace la hipoteca, la solución no puede ser la misma. En cuanto a la forma, también resulta en este caso necesaria la escritura pública, pero no ya por exigencia del artículo 145 LH, sino por imperativo del artículo 3 de la misma Ley. Aunque se ha sostenido (54) la posibilidad de que la aceptación se consigne en documento privado, el argumento en que tal afirmación se apoya me parece insuficiente: no hay analogía entre el *cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria*, cuya acreditación permiten los artículos 23 LH y 238 RH que se haga a través de documento privado, y la *aceptación de hipoteca unilateral*, que no constituye una condición —no es «un hecho futuro o incierto...»—, sino una expresión de voluntad que ha de constar en escritura pública.

(53) En esta línea, y en armonía con su concepción de la hipoteca unilateral como reserva de rango, escribe PEÑA que «la constitución y adquisición de la verdadera hipoteca se produce con la constancia registral (nota marginal) de la aceptación (de acuerdo con la regla de que para la hipoteca la inscripción es constitutiva)» (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 515).

(54) En contestación a la consulta de la Dirección General de Incentivos Económicos Regionales, el ICNR ha puesto de manifiesto que «[...] no es necesario el otorgamiento de escritura pública para la aceptación de este tipo de hipotecas. Las razones en que se basa este criterio son las siguientes: a) La naturaleza de la hipoteca como acto dispositivo unilateral centra toda la sustancia dispositiva en una de las partes, b) Aunque se considerara sometida la hipoteca a condición suspensiva, tampoco sería necesaria la escritura pública de aceptación (arts. 23 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento). [...]» BICNR, núm. 265, marzo de 1990, pág. 485).

Como la exigencia del título público no deriva en este caso del artículo 145 LH, sino del artículo 3, y en él quedan comprendidas también las actas —aunque no las mencione—, creo que podría aceptarse también la hipoteca unilateral en la contestación al requerimiento. Si la decisión de aceptar se adopta dentro del plazo para contestar al requerimiento o notificación —es decir, los «dos días laborables siguientes a aquél en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal» previstos por el art. 204.11 RN—, puede contestarse dentro de la misma acta, y ésta sería el título apto para la inscripción por su carácter público (55).

Negar eficacia constitutiva de la hipoteca a la inscripción de la aceptación, trae como consecuencia negar la eficacia constitutiva a la nota marginal que refleje aquélla. La nota marginal del artículo 141.1 LH tiene, a mi juicio, valor declarativo. Es decir, determina la eficacia de la aceptación frente a terceros (eficacia por lo demás muy reducida porque la inscripción de hipoteca ya despliega por sí plenos efectos frente a terceros). Entre deudor y acreedor las relaciones se desarrollan al margen del Registro: si el deudor conoce la aceptación del acreedor no podrá ya cancelar, y si cancela el acreedor podrá obtener judicialmente la nulidad de la cancelación. Los principios que actúan respecto de la nota marginal de aceptación son los principios del procedimiento registral: la prioridad y el tracto; si llega al Registro la aceptación antes que la cancelación podrá practicarse la nota marginal; si figura registrada la aceptación, no cabe ya la cancelación.

La nota marginal de aceptación es, como acertadamente se ha señalado (56), una nota de modificación jurídica —precisamente publica, frente a terceros, que se ha ejercitado el derecho potestativo o de modificación jurídica que tiene el acreedor desde el momento de la inscripción de la hipoteca unilateral.

Es evidente que en nuestro Derecho no se admite la aceptación *tácita* de la hipoteca unilateral derivada de la iniciación del procedimiento de ejecución. Ahora bien, a mi juicio, podrían practicarse sucesivamente, y con igual fecha, la nota de aceptación y la nota de expedición de certificación

(55) Mayores problemas plantearía el acta como título para cancelar por la exigencia explícita de escritura. Pero creo que el acta que contenga la declaración del acreedor de no aceptar la hipoteca podrá ser también título adecuado para cancelar. Que el artículo 237.11 RH exija «escritura» otorgada por el «dueño de la finca» no debe considerarse un obstáculo que lo impida, porque el Reglamento sólo está contemplando el supuesto ordinario de que no se conteste al requerimiento y la voluntad de no aceptar se forme con posterioridad. Al igual que ese precepto no impide que la escritura de cancelación se otorgue por el acreedor —como reconoce la doctrina—, tampoco impide, a mi juicio, que el acreedor manifieste su voluntad de no aceptar en la propia acta de requerimiento o notificación. Y es indudable que la voluntad de no aceptar del acreedor es presupuesto material suficiente para la cancelación.

(56) LACRUZ y SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1984, pág. 237.

en virtud de presentación simultánea de la escritura de aceptación y el mandamiento de la regla 4.^a del artículo 131 LH porque, al no ser constitutiva la inscripción de la aceptación, ésta puede acreditarse al Juez con la escritura que la contenga —y no, necesariamente, con certificación registral— (57).

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusiones pueden sostenerse, a mi juicio, en relación con eficacia de la constitución unilateral de hipoteca:

a) Que genera una hipoteca ordinaria perfectamente constituida desde el momento de la inscripción del título unilateral. A partir de ese momento la hipoteca unilateral no sólo ocupa un puesto en el rango de los derechos que gravan el mismo inmueble —única eficacia que logra explicar la tesis hoy más extendida—, sino que despliega todo su contenido voluntario y legal. En ningún momento, aunque no llegue a aceptarse la hipoteca unilateral, ésta ha desplegado sólo el efecto de reservar un rango. También ha determinado la conducta del hipotecante con arreglo a las cláusulas de la hipoteca y a las normas que regulan ese derecho real.

Sólo justifica la posibilidad de que pueda constituirse unilateralmente la hipoteca la particular naturaleza de este derecho y no otras justificaciones que han dado: el poder de disposición del propietario y el carácter favorable que la constitución de hipoteca unilateral tiene para el acreedor.

b) Que con la constitución unilateral de la hipoteca, además del gravamen sobre el inmueble, surge a favor del destinatario un derecho potestativo o de modificación jurídica cuyo contenido esencial —no único— es la posibilidad de aceptar, no aceptar —pasivamente— o rechazar —activamente— (incluso cancelar) la hipoteca constituida.

c) Que la aceptación determina (únicamente) la adquisición del derecho de hipoteca. La idea de la eficacia retroactiva de la aceptación, que recoge el artículo 141, parte de la tesis tradicional de la *conditio iuris* a que se consideraba sujeta la hipoteca unilateral, tesis dominante en la doctrina al tiempo de redactarse este artículo, y venía exigida por ella: si para la «perfecta» o «plena» constitución se exigía la aceptación, es lógico que ésta se retrotrayera a la fecha de aquélla. Si se entiende —como a mi juicio es

(57) La idea, un tanto ambigua, de ROCA de que la registración de la aceptación es «cosa obligatoria» por el carácter constitutivo de la hipoteca y por tanto no puede iniciarse la ejecución sin previa constancia registral de la aceptación, me parece no sólo poco convincente, sino que, además, participa de la ambigüedad general con que ROCA enfoca el tema de la hipoteca unilateral.

más correcto— que la constitución unilateral origina una hipoteca ordinaria, la ficción de la eficacia retroactiva de la aceptación es innecesaria: porque la hipoteca *ya se ha constituido* antes de la aceptación y porque el adquirente *adquiere en (y desde) el momento en que acepta*.

d) Por tanto, la capacidad y la eficacia de la constitución y de la aceptación han de apreciarse en los distintos momentos en que cada una de ellas se realizaron. La debida distinción entre los momentos de constitución y adquisición tiene particular trascendencia en los supuestos de insolvencia de hipotecante o acreedor y en relación con el principio registral de fe pública.

Ahora bien, como la hipoteca se constituyó en la fecha de su inscripción, desde el momento de la aceptación, el aceptante puede reclamar la vigencia del contenido de la hipoteca (lo que no presupone necesariamente su titularidad) durante todo el tiempo de la existencia del gravamen: eso es lo que el artículo 141 LH ha querido decir al atribuir —innecesariamente— eficacia retroactiva a la aceptación; se han expuesto en el texto que precede, entre otros ejemplos, el de un posible ejercicio de la acción de devastación por deterioros realizados antes de haber sido aceptada la hipoteca, o el de la construcción de edificaciones entre el momento de la inscripción y el momento de la aceptación de una hipoteca unilateral que contuviera una cláusula de extensión de la garantía a edificaciones futuras: cuando tales deterioros o edificaciones se realizaron, el acreedor no era titular de la hipoteca, pero ésta había sido ya constituida y gravaba por tanto el inmueble en los términos de la Ley y del contenido unilateralmente fijado.

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad.

Vocal permanente de la Comisión General
de Codificación