

Cancelación de la hipoteca cambiaria

(Aproximación a sus causas y títulos formales específicos)

SUMARIO: I. *Justificación del tema.*—II. *Punto de partida.*—III. *Caducidad de la acción hipotecaria cambiaria. ¿Es posible pactarla?*—IV. *Perjuicio de la letra.*—V. *Pérdida de la letra.*—VI. *Pago de la letra:* a) Pago total.—b) Pago parcial.—VII. *Hipoteca única en garantía del pago de varias letras:* a) Con responsabilidad distribuida.—b) Sin distribución de responsabilidad.—VIII. *Hipoteca cambiaria unilateral.*—IX. *Renuncia a la hipoteca y regreso de la letra.*—X. *Renovación cambiaria:* a) Posiciones doctrinales.—b) Dirección General.—XI. *Hipoteca cambiaria ganancial.*—XII. *¿Se extingue la hipoteca cambiaria por confusión de derechos?:* a) Hipoteca constituida por el librado-aceptante.—b) Hipoteca constituida por otros obligados cambiarios.—XIII. *Títulos formales para la cancelación:* cobro, pago, consignación, letras que no han sido puestas en circulación, letra girada a la propia orden, ejecución judicial y extrajudicial de la hipoteca, prescripción de la acción hipotecaria, pacto de constancia registral del protesto, perjuicio y pérdida de la letra, cancelación parcial, pago parcial, renovación cambiaria y confusión de derechos.

I. JUSTIFICACION DEL TEMA

En un trabajo reciente (1), hemos intentado estudiar algunos aspectos parciales de la llamada hipoteca cambiaria, entendiendo por tal la hipoteca constituida en garantía del pago, por vía cambiaria —es decir, mientras el mandato abstracto de pago conserva su específica naturaleza—, de una o varias letras ya emitidas o que se libran en el acto de

(1) «La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 546, septiembre-octubre de 1981.

su constitución. Del concepto estricto de hipoteca cambiaria debe excluirse, por tanto, la que garantiza la relación subyacente o causal (2).

Planteábamos allí, como introducción al tema, la inequívoca realidad de la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio, figura jurídica constituyente, al menos a partir de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 y 26 de octubre de 1973. En ellas se reconoce su existencia legal como modalidad de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, si bien su regulación es incompleta e insuficiente, «deficiencia legal que puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de notarios y registradores que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal», según expresa el cuarto Considerando de la segunda de las Resoluciones citadas.

En esta línea y en un intento de acercamiento a los problemas reales que la figura plantea, el trabajo, con intención práctica, contiene una relación crítica de aquellas cláusulas que, siendo habituales en las escrituras de hipoteca en garantía de letra de cambio, han sido ya objeto de controversia y sobre las cuales la Dirección General ha intentado establecer una doctrina que supere las dificultades de adaptación del derecho real a las particularidades jurídicas y mercantiles de la cambiaria. Citaremos, como ejemplo, junto al espinoso problema de la identificación de las letras, las cláusulas de vencimiento anticipado de la hipoteca en caso de impago de alguna de las mismas, de pago anticipado por el deudor, de constitución de una sola hipoteca en garantía del pago de varias letras sin distribución de responsabilidad, de utilización del procedimiento judicial sumario, etc. Estas y otras cuestiones han sido ya encaradas por la Dirección General en las dos Resoluciones apuntadas, en las posteriores de 31 de octubre de 1978 y de 18 de octubre de 1979 o en la más reciente de 23 de octubre de 1981.

Es decir, la hipoteca cambiaria no es, como se ha dicho, una creación ficticia de investigadores o de juristas de laboratorio. Al contrario, responde, en nuestra opinión, a dos factores de palpitante actualidad: la mecánica del sistema crediticio de las sociedades financieras y la crisis de la letra de cambio (3). Frente a esa crisis, la garantía real que supo-

(2) *Vid.* MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA: «La hipoteca cambiaria», en la misma *Revista*, núm. 533, julio-agosto de 1979, pág. 875.

(3) Esta crisis es tan patente que los datos que aportábamos tan sólo hace unos meses, ya han quedado desfasados. «No hay respeto a la letra de cambio», decía *ABC Económico* el 3 de marzo de 1981, al señalar que sólo en Madrid se dejaron de pagar en 1980 letras de cambio por un valor cercano a los cincuenta mil millones de pesetas. Y el 19 de julio de 1982 reiteraba: «Jaqué mate a la letra de cam-

ne la hipoteca es un refuerzo nada desdeñable desde el punto de vista de la seguridad cambiaria y, desde otro ángulo, un reto que se nos hace a notarios y registradores de la Propiedad para dar solución práctica a los enormes problemas que la figura plantea, teniendo en cuenta las normas hoy vigentes tanto en Derecho cambiario como hipotecario. Este choque de normas es, a veces, tan violento que explica la actitud reticente de algunos autores ante esta modalidad de hipoteca. Esta es la postura, por ejemplo, de un hipotecarista de tanto prestigio como BUENAVENTURA CAMY (4), aunque la formulación de futuro que él ofrece es, sin duda alguna, la más atractiva que se ha hecho hasta el momento: la creación de cambiales con la característica de título real y cuyo contenido de hipoteca estuviese predeterminado legalmente.

Creemos que las líneas precedentes justifican el interés que el tema tiene para notarios y registradores. Es ese interés el que nos lleva —por supuesto, con toda modestia— a tratar sobre otro aspecto parcial de la hipoteca cambiaria: su cancelación. Este problema, que tiene la trascendencia derivada de la propia naturaleza del acto cancelatorio como negocio jurídico de riguroso dominio y que, referido a la hipoteca en garantía de un título-valor como la letra, esencialmente destinado a la circulación, es de una enorme importancia práctica, no ha sido, en cambio, suscitado aún ante la Dirección General.

En cualquier caso, el problema existe y pensamos que la laguna legal se va llenando gracias al buen sentido jurídico de notarios —en la redacción de las cláusulas correspondientes en las escrituras de hipoteca— y de registradores —en la búsqueda de fórmulas de analogía con otros títulos susceptibles de ser asegurados con hipoteca—.

II. PUNTO DE PARTIDA

La Ley Hipotecaria, en su artículo 76, consigna como causas de extinción de las inscripciones en cuanto a tercero, su cancelación o la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona. No obstante, en cuanto a la segunda, sólo constata, en realidad, un cambio de titularidad, pero no extingue totalmente la inscripción anterior y mucho menos extingue en cuanto a tercero el derecho registrado. Respecto a la cancelación, hay que decir que no es propiamente tampoco causa de extinción de las inscripciones o anota-

bio. La desaparición física de la letra no está lejos, sustituida por el apunte contable electrónico».

(4) En el comentario que hace en la *Revista de Derecho Privado*, enero de 1979, pág. 104, a la Resolución de 31 de octubre de 1978.

ciones preventivas ya que, salvo el caso de caducidad, es sólo un medio para eliminar el asiento, dando por supuesto que se ha extinguido el inmueble objeto de las mismas o el derecho inscrito o anotado o que se ha declarado la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho (los tres supuestos recogidos en los arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria y que son las verdaderas causas generales de cancelación).

Pues bien, dejando a un lado los casos de extinción, total o parcial, del inmueble hipotecado y de nulidad del título que, como causas extra-letra, sujetarían la cancelación a las reglas generales, vamos a limitarnos al supuesto de extinción, total o parcial, del derecho real de hipoteca que garantiza el pago de la cambial, con una previa referencia a la caducidad, legal o pactada, del propio asiento.

III. CADUCIDAD DE LA ACCION HIPOTECARIA CAMBIARIA. ¿ES POSIBLE PACTARLA?

O dicho más claramente: ¿es posible que en la escritura de constitución de la hipoteca cambiaria se fije un período de vida a la misma, transcurrido el cual su inscripción habría incurrido en caducidad y podría ser cancelada?

Hay autores que, lisa y llanamente, consideran aplicable a la hipoteca cambiaria el artículo 950 del Código de Comercio, entendiendo que la acción hipotecaria prescribe a los tres años del vencimiento de la letra. En este sentido, JOAQUÍN LANZAS GALVACHE (5) que aduce fuertes razones: 1.^a El artículo 1.938 del Código Civil deja a salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto a determinados casos de prescripción. 2.^a El artículo 943 del Código de Comercio dispone que sólo las acciones que no tengan un plazo determinado en el Código de Comercio se registrarán por el Derecho común. 3.^a La Ley de Hipoteca Naval establece un plazo de prescripción de diez años y la de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento un plazo de tres años para ambas acciones, la hipotecaria y la pignoratícia. 4.^a El concepto mismo de hipoteca cambiaria que lo que garantiza es directamente el pago de la letra y no el negocio causal documentado, y 5.^a Los artículos 496 y 499 del Código de Comercio que permiten, a su juicio, que la fianza de que habla dicho Código pueda adoptar todas las modalidades legales, quedando cancelada una vez prescrita la aceptación, es decir, la acción por el citado plazo de tres años.

(5) «La hipoteca cambiaria», dos conferencias en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Andalucía Occidental, abril-mayo de 1977. Ejemplar regalo del autor.

Rozando esta línea se encuentran las posiciones de ROCA SASTRE, SAPENA y CANO FERNÁNDEZ (6). El primero, aunque reconoce el silencio de la doctrina española al respecto, cree posible la constitución de hipotecas con duración predeterminada en el caso de fiador real o hipotecante por deuda ajena. Cita en su apoyo no sólo la posibilidad de que pueda pactarse la duración de la fianza personal, sino también el artículo 1.842, 5.º, del Código Civil que establece un límite de diez años, cuando la duración de la obligación principal asegurada no tiene término fijo para su vencimiento, así como el Código Civil italiano que, en su artículo 2.878, 6.º, admite esta causa de extinción.

Los segundos entienden que todos los problemas sobre cancelación de estas hipotecas se resolverían fijando un período de vida a las mismas, transcurrido el cual caducaría la inscripción y podría ser cancelada a instancia de cualquier interesado. Con ello se resolvería la dificultad para obtener la cancelación si la hipoteca fue constituida por el librador u otra persona, ya que carecerá de la cambial que obrará en poder del librado como justificante de pago, así como la de conocer al último tenedor que percibió el importe de la letra, para que firme la solicitud de cancelación u otorgue, en su caso, la escritura correspondiente.

Pero, como los mismos autores reconocen, tanto la fijación de un plazo convencional de caducidad, como la aceptación del plazo de tres años establecido por el artículo 950 del Código de Comercio, tropiezan con la redacción del artículo 128 de la Ley Hipotecaria, que establece tajantemente el plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria.

La Dirección General, en su Resolución de 11 de diciembre de 1974, rechazó la inscripción del pacto en el que «la caducidad del Derecho que en su día se pretende sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Se trataba de una venta con condición resolutoria a la que se fijaba un plazo de treinta y cinco meses, a contar desde la fecha de la escritura, si antes no se ejercitaba el derecho a la resolución, consintiendo expresamente el vendedor para la cancelación automática de la condición por aplicación (convencional) del artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

En cambio, la propia Dirección, en la Resolución de 28 de noviem-

(6) El primero en la 6.ª edición de su *Derecho hipotecario*, IV-2.º, pág. 1111. SAPENA TOMÁS en su trabajo «Hipoteca cambiaria», *Revista de Derecho Mercantil*, 62/1956. Y EMILIANO CANO en «La hipoteca cambiaria», II Congreso Internacional de Derecho Registral. Ponencias y Comunicaciones, Colegio de Registradores, tomo I, pág. 573.

bre de 1978, en un caso sustancialmente idéntico (la única diferencia es que aquí el plazo era de cuarenta y cinco meses y que el Centro Directivo justifica su nueva doctrina por la necesidad de evitar —penúltimo Considerando— «que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro, está extinguida», aunque esto sea algo marginal al problema de fondo) mantiene un criterio radicalmente distinto. En el primer Considerando, permite la inscripción de la cláusula en la que se previene, en la escritura de compraventa, «la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral».

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ (7), en armonía fundamental con la primera de las Resoluciones citadas y al estudiar el pacto comisorio, acepta: la validez del convenio por el que se fija un término convencional al pacto de *Lex Commissoria*, cuya naturaleza de condición pone en tela de juicio; la licitud del consentimiento formal anticipado del vendedor para la cancelación; la aplicación de los artículos 23, de la Ley Hipotecaria, y 56 y 177, del Reglamento Hipotecario, previa solicitud cancelatoria, como vía formal, cuya determinación no corresponde ni a los interesados ni al Registrador; y, como consecuencia, el rechazo del pacto de utilización del artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

A nuestro juicio, esta nueva orientación de la Dirección General es de muy dudosa aplicación a la cancelación de la hipoteca cambiaria, por varias razones:

- 1.^a Representa una solución excepcional, muy ajustada a las exigencias de una concreta finalidad: «evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro, está extinguida; y en esto se diferencia del supuesto que motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974, que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento» (son términos literales del penúltimo Considerando). Es, por tanto, la propia Dirección la que parece seguir rechazando la idea de cancelación automática para el caso de caducidad (pactada) del asiento.
- 2.^a La solución que la Dirección General ofrece, aunque con el limitado objetivo señalado, referida a una condición resolutoria,

(7) «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1981, págs. 16., 24 y 36.

es de muy dudosa aplicación no ya a la hipoteca cambiaria, sino, en general, a la cancelación de cualquier tipo de hipoteca. Como dice CHICO ORTIZ (7 bis), la generalidad de la doctrina opina que la nota marginal del artículo 58 del Reglamento Hipotecario, como medio para hacer constar el pago del precio aplazado cuando se haya dado al impago el carácter de condición resolutoria, sirve también de instrumento cancelatorio; en cambio, si el precio aplazado se asegura con garantía hipotecaria, habrá que estar a las normas generales sobre cancelación de las hipotecas.

- 3.^a La Dirección subordina la posibilidad de la cancelación a la extinción del derecho inscrito, pero, además, exige otro requisito: «haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral». Pues bien, este requisito es de imposible cumplimiento en la hipoteca cambiaria, al constituirse la misma, teniendo en cuenta la naturaleza de la letra como título esencialmente destinado a la circulación, en favor del «tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial», lo cual hace que una de las características de estas hipotecas sea «la indeterminación del acreedor hipotecario» (segundo Considerando de la Resolución de 26 de octubre de 1973). Insistiremos más adelante sobre este aspecto de la hipoteca cambiaria, en la que la garantía está más directamente conectada con la letra que con la posición accidental de acreedor del eventual portador de la misma.

De Derecho constituido, por tanto, creemos que no es posible cancelar la inscripción de hipoteca cambiaria por caducidad de la acción hipotecaria si no ha transcurrido el plazo de veinte años, fijado por el artículo 128 de la Ley Hipotecaria, contados desde que pueda ser ejercitada. Para ello es necesario, según la Resolución de 31 de octubre de 1978, que se haya producido el «impago de la letra, justificado con el correspondiente protesto».

En esta línea, TIRSO CARRETERO GARCÍA (8) se pregunta si cabe someter la hipoteca a término final desconectándola del pago del crédito hipotecario y si no representa ello una flagrante violación del principio

(7 bis) «Precio aplazado, letras de cambio y condición resolutoria», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 114, junio de 1976, pág. 316.

(8) Comentario a la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 508, mayo-junio de 1975, pág. 656.

de accesoriedad de la hipoteca. La verdad es que no sale de la duda, recordando cómo ROCA SASTRE sólo aduce argumentación en favor de la hipoteca a término final —distinto de la hipoteca en garantía de un crédito a término final—, en el supuesto de la hipoteca por deuda ajena, pero no en términos generales, limitándose a citar a GAYOSO y el Código italiano. Pero este último parte de una temporalidad institucional de la hipoteca, ajena a nuestro Derecho, que es más acorde en este punto con la doctrina alemana y francesa.

Por último —y aunque tenga evidente relación con el problema ahora tratado—, no creemos que éste sea el momento de entrar en la polémica que trata de dar una explicación a la diferencia existente entre el plazo de veinte años del artículo 128 de la Ley Hipotecaria y el de quince años del artículo 1.964 del Código Civil para el ejercicio de la acción personal. Reviven dicha polémica RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, profesor de la Universidad de Valencia, y el notario y registrador de la Propiedad SANTIAGO RUBIO LINIERS (8 bis). El primero estima coherente la armonización de ambas acciones sobre la base de que no hay en la hipoteca una accesoriedad que pueda reconducirse a parasitismo, ni tampoco en la obligación. Se produce una a modo de simbiosis en el derecho real de hipoteca que hace que el ejercicio de la acción hipotecaria para exigir el cumplimiento de una obligación cuya acción se ha extinguido, sea algo más que el ejercicio de un derecho de postulación procesal: el de un derecho real subsistente con toda su energía. El segundo se inclina también por la compatibilidad de ambos plazos, en base a la distinta finalidad y naturaleza de las dos acciones.

Y en cuanto a la caducidad prevista en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Hipotecaria —hipotecas constituidas antes del 1 de enero de 1945 y que vayan cumpliendo treinta años de antigüedad a partir de la fecha del vencimiento del crédito— es, desde luego, aplicable a la hipoteca cambiaria, aunque, por la relativa novedad de la figura, se dará muy excepcionalmente.

IV. PERJUICIO DE LA LETRA

Si la letra no es presentada a la aceptación o al pago dentro del término señalado o no es protestada oportunamente, queda perjudicada (art. 469 del Código de Comercio), perdiendo el portador el derecho a

(8 bis) El primero en su trabajo sobre «La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la Ley de 8 de febrero de 1861», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1979, pág. 729.

El segundo en «La prescripción extintiva del crédito hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, septiembre-octubre de 1978, páginas 955 y sigs.

reintegrarse de los endosantes (art. 483 it.), si bien puede exigir el reembolso de la letra del librador cuando éste no pruebe que, al vencimiento, tenía hecha provisión de fondos, aunque el protesto se hubiera sacado fuera de plazo, mientras la letra no haya prescrito; y si hiciere dicha prueba pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él (art. 460 it.).

Hemos transcrito estos textos por considerar oportuno tenerlos a la vista en orden a la argumentación que vamos a intentar esgrimir.

Si la hipoteca lo que garantiza es el pago, por vía cambiaria, de la letra, el perjuicio de la letra acarrea el de la hipoteca que se extingue. La Resolución de 31 de octubre de 1978 exige, como ya hemos dicho, «impago, justificado con el correspondiente protesto» para que sea posible el ejercicio de la acción hipotecaria, la ejecución de la hipoteca.

No obstante, LANZAS GALVACHE (9) estima que no se extingue la hipoteca, a pesar del perjuicio de la letra, en tres casos:

1. Cuando la hipoteca ha sido constituida por el librador mientras no pruebe haber hecho provisión de fondos (en base al art. 460 del Código de Comercio).
2. Cuando la ha constituido el librado, en tanto no pruebe su falta (it.).
3. Respecto del librador o endosante que, perjudicada la letra, se hubiere saldado de su valor en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia (en base al art. 525 del Código de Comercio).

En estos casos, entiende que no debe cancelarse la hipoteca, aunque se acredite la falta de protesto, mientras no se prueben las referidas circunstancias.

Nosotros disentimos de LANZAS GALVACHE en este punto, por entender que el Código de Comercio, en dichos textos, se mueve más en el terreno de la relación causal subyacente que en el de la propia letra como mandato abstracto de pago, de tal modo que las acciones que nacen de dichos supuestos no son cambiarias, sino de enriquecimiento injusto. Como dice JOAQUÍN GARRIGUES (10), si bien el librador res-

(9) Conferencias citadas.

(10) *Instituciones de Derecho mercantil*, 5.ª edición, Madrid, 1953, páginas 295 y sigs.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981 se dice lo siguiente: «La acción de enriquecimiento —derivada de la letra, aunque no propiamente acción cambiaria— (es) mecanismo corrector de los efectos propios de la decadencia o perjuicio del título cuando, por no haber sacado el protesto por falta de pago, pierde el tenedor la acción cambiaria ejecutiva y la de regreso

ponderará civilmente de las resultas de la letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo (art. 459 del Código de Comercio), cambiariamente sólo responde si el portador cumple puntualmente los actos conservadores de su derecho cambiario. La acción que conserva el portador de la letra perjudicada no es una acción cambiaria ejecutiva, pues sin protesto no hay acción y, por tanto —insiste GARRIGUES—, esa acción no se funda en la letra, sino en la relación de provisión de fondos y es una acción de enriquecimiento injusto.

El perjuicio de la letra por falta de protesto podríamos decir que agota la vía cambiaria propiamente dicha. Lo que los citados artículos del Código de Comercio regulan no es el pago de la letra por vía cambiaria, sino el reembolso de su importe —e incluso de otros gastos (ver arts. 458 y 460)— en favor de aquel que se ha perjudicado económicamente, ya que hizo oportuna provisión de fondos (negocio causal), o de aquel cuyo perjuicio deriva de la compensación que el librador o alguno de los endosantes han hecho en sus cuentas con el deudor o con valores o efectos de su pertenencia (art. 525), operaciones totalmente extrañas al negocio cambiario en sí mismo.

No es obstáculo para lo que decimos que el artículo 521 del propio Código de Comercio hable indistintamente de la acción para exigir el pago o reembolso, porque lo importante es que para el ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva basta la vista de la letra y el protesto, además del reconocimiento judicial de firmas, en su caso. En cambio, para obtener el reembolso en los casos antes citados es necesaria la prueba, positiva o negativa, según proceda, de la provisión de fondos.

Quizá convenga no olvidar que, sin perjuicio de la declaración cambiaria fundamental del librador, creadora del negocio cambiario, desde la posición del librado-deudor, sólo la aceptación lo constituye en obligado cambiario: «el que acepta paga»; «solamente puede excusar el pago quien no aceptó»; «la única obligación *cambiaria* del librado nace en el momento de la aceptación» (11).

Si aceptamos, en resumen, que la hipoteca cambiaria se extingue por el perjuicio de la letra, al omitirse el protesto, el problema está en la búsqueda de un procedimiento del que resulte formalmente acreditada aquella falta.

Dice GONZÁLEZ LAGUNA (12) que, aunque no hay base legal para ello, sin duda que puede pactarse en la escritura de hipoteca la necesidad de la constancia registral del protesto. Una cláusula así no hay

(artículos 460, 483, 509, 515 y 516 del Código de Comercio y Sentencia de 5 de octubre de 1971 [cuarto considerando]).

(11) GARRIGUES, *obra citada*, págs. 291 y 317.

(12) *Trabajo citado*, pág. 895.

duda que resolvería el problema de cancelación de la hipoteca por perjuicio de la letra. Fijado el vencimiento de la letra en la inscripción de hipoteca, el hipotecante, el tercer poseedor, el titular de derechos reales sobre la misma finca gravada u otros interesados, podrían solicitar la cancelación, acompañando a la instancia una certificación negativa de aquella expresión registral que la escritura podría prever se hiciera en un plazo breve a contar desde el vencimiento. Un contenido aproximativo de la cláusula podría ser: «Para la ejecución de la hipoteca será requisito necesario la constancia registral del protesto, dentro de los... (diez, quince, veinte días...) siguientes a la fecha del vencimiento de la letra, mediante la presentación en el Registro de la Propiedad de copia del acta respectiva. Transcurrido dicho plazo, la hipoteca podrá cancelarse a instancias del dueño de la finca u otro interesado».

Una cláusula de esta naturaleza creemos que puede válidamente pactarse al amparo del principio de autonomía de la voluntad, ya que no afecta al acto constitutivo de la hipoteca, sino a las condiciones de ejecución que, junto con las demás estipuladas, el tenedor puede y debe conocer, al contener la letra los datos de constitución de la hipoteca, lo que le permite saber que está asegurada con garantía hipotecaria e investigar en el Registro el exacto alcance del derecho real del que, como tomador de la cambial, ha devenido titular (art. 1.255 del Código Civil y Resoluciones de 26 de octubre de 1973 y 18 de octubre de 1979). En este sentido, puede recordarse la Resolución de 4 de diciembre de 1980, en la que lo que se ha rechazado ha sido la posibilidad de inscripción de una hipoteca sujeta a condición suspensiva (*la hipoteca*, no la obligación asegurada, que sería el caso del art. 142 de la Ley Hipotecaria). En el supuesto que nosotros contemplamos, la hipoteca sería perfecta como derecho real ya constituido y la constancia registral del protesto se establecería como una simple condición de su ejercicio o ejecución. Esta constancia serviría, además —y éste es el espíritu de la Resolución de 26 de octubre de 1973— para establecer la adecuada conexión letra-Registro en un momento crucial de la vida de la cambial, como es el protesto, necesario para el ejercicio de las acciones tanto cambiaria como hipotecaria (arts. 516 y ss. del Código de Comercio y Resolución de 31 de octubre de 1978).

Sin embargo, hay que decir que una cláusula como la que comentamos no suele pactarse en las escrituras de hipoteca cambiaria. Esto hace que si la letra se ha perjudicado, la cancelación requiera el consentimiento del tenedor, si fuere conocido. Incluso estimamos que si se negase a otorgar la cancelación una vez requerido, puede ser compelido

a ello, porque, además de que el perjuicio de la letra impide la ejecución de la hipoteca, la cancelación de ésta no es obstáculo para el ejercicio de las acciones de enriquecimiento injusto, únicas que, como veíamos, puede ejercitar el tenedor de letra perjudicada.

Si no se ha pactado la constancia registral del protesto ni es conocido el tenedor de la letra perjudicada, la cancelación de la hipoteca o sólo podrá fundarse en otras causas o habrá de reclamarse de aquellos obligados cambiarios de quienes el tenedor, en su caso, reclame el reembolso de la letra o contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto: librador, endosantes, aceptante, interventores (arts. 459, 460, 483, 515 y 525 del Código de Comercio) (12 *bis*).

V. PERDIDA DE LA LETRA

El artículo 498 del Código de Comercio regula los derechos del tenedor que pierde una letra, aceptada o no.

El librado constituyente de la hipoteca puede recurrir a la consignación (art. 492 del Código de Comercio) haya sido o no requerido, pues se haya producido o no el enriquecimiento a que se refiere el artículo 498 citado, el librado aceptante tiene derecho a pagar al vencimiento de la letra y, subsiguientemente, a obtener la liberación de la finca gravada.

Si no ha sido requerido, será suficiente para cancelar una solicitud a la que se acompañen los documentos acreditativos de la consignación hecha «con los requisitos prevenidos en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil» (art. 156 de la Ley Hipotecaria).

Si ha sido requerido para el pago —y no olvidemos que, según los artículos 448 y 500, el último tenedor de la letra perdida podrá reclamar un ejemplar que la sustituya a su cedente y así sucesivamente de uno a otro endosante hasta llegar al librador— y el librado ha accedido a ello, a la solicitud para cancelar deberá acompañar la documentación que acredite «el depósito del importe de la letra en el establecimiento público destinado a ese objeto o en persona de mutua confianza o designada por el juez en caso de discordia» (art. 498 del Código de Comer-

(12 *bis*) Es evidente, como aclara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981, que «la posibilidad de reclamar contra un endosante indebidamente enriquecido, esgrimiendo el artículo 525, sólo surgirá en el caso singular de que el librador le hubiera cedido la provisión, recuperada por ese cesionario mediante una acción causal, o en la hipótesis de que a virtud de negocios celebrados por el endosante con el librador, el librado y el tomador, sean novadas las relaciones subyacentes asumiendo aquél su titularidad» (cuarto considerando).

cio). En estos casos, creemos que el depósito debe acreditarse por medio de acta notarial, u ordenarse en mandamiento judicial.

Si el librado no ha accedido al pago de la letra perdida, el que la hubiera perdido «podrá hacer constar la resistencia al depósito por medio de protesto igual al precedente por falta de pago». La hipoteca en este caso creemos que subsiste y, por tanto, de momento no puede cancelarse. (*Vid.* art. 498 del Código de Comercio.)

GONZÁLEZ LAGUNA (13) se plantea el problema de pérdida de la letra después de haber sido pagada y llega a la conclusión de que no cabe otro recurso, para obtener la cancelación de la hipoteca, que acudir a un juicio declarativo. El documento cancelatorio, en este caso, sería lógicamente el mandamiento ordenando la cancelación o el testimonio judicial de la resolución recaída, si fuere favorable.

VI. PAGO DE LA LETRA

El pago culmina el proceso normal de circulación de la letra de cambio. Los artículos 490 y 495 del Código de Comercio hablan de «persona legítima» y «portador legítimo», como personas legitimadas para el pago: el tomador, si la letra no fue endosada; el librador, en la letra a la propia orden, y el último endosatario, si la letra fue endosada. Como dice GARRIGUES (14), el pago extingue todas las obligaciones derivadas de la letra: obligaciones del librador, endosantes y avalistas de uno y otros. Si paga un endosante en vía de regreso, sólo se extinguen las obligaciones de los endosantes posteriores. Si paga el librador, se extinguen las obligaciones de todos los endosantes, conservando el librador acción sólo contra el aceptante (conf. arts. 512 y 519 del Código de Comercio).

De todas formas, el supuesto ordinario es el pago de la letra por el aceptante. Con ello, el negocio cambiario se consuma, el crédito derivado de la letra queda realizado y los derechos accesorios se extinguen, procediendo su cancelación si, como la hipoteca, han tenido acceso al Registro.

Nosotros, con vistas a la cancelación de la hipoteca constituida precisamente en garantía del pago de la letra, vamos a distinguir dos casos: pago total y pago parcial de la letra.

a) *Pago total.*—Al dar lugar el pago total a la extinción de la obligación asegurada, la hipoteca se extingue también. En este caso, es aplicable el primer párrafo del artículo 156 de la Ley Hipotecaria y, por

(13) *Trabajo citado*, pág. 899.

(14) *Obra citada*, págs. 327 y 328.

tanto, la hipoteca cambiaria podría cancelarse mediante escritura otorgada por el último tenedor en la que debe constar haberse inutilizado en el acto del otorgamiento la letra o letras, o solicitud firmada por el último tenedor y el aceptante-pagador a la cual se acompañen inutilizadas las letras.

Esta forma de operar responde a la tesis, generalmente sostenida por la Dirección General (15), que establece una enérgica distinción entre el crédito —campo de las obligaciones— y la hipoteca —campo de los derechos reales—, cuya cancelación exige el consentimiento del acreedor y que, por su parte, consagran los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, en materia de hipoteca cambiaria, por la especial naturaleza de la letra, cuya posesión por el aceptante-librado después del vencimiento es prueba cambiaria del pago, la tesis citada choca con los derechos del pagador y con la misma realidad cambiaria, pues si la letra está en su poder, es porque el último acreedor hipotecario o tenedor ha sido reembolsado. Por ello, entendemos que debe bastar para la cancelación la solicitud del librado-pagador a la que acompañen las letras, o, como entienden SAPENA y GONZÁLEZ LAGUNA (16), más comprensivamente, la presentación por el constituyente de la hipoteca «de la cambial, junto con los duplicados previstos, en su caso, ya que la tenencia de la misma justifica su pago, junto con la correspondiente solicitud de cancelación». Y más claro será —insisten— que en la letra conste el recibí del último tenedor o que esté endosada al hipotecante. Sobre si este endoso puede implicar una extinción por confusión o una modalidad de hipoteca del propietario, arriesgaremos nuestra opinión más adelante.

Por su parte, JOSÉ SANAHUJA TOMÁS (17) entiende que, una vez pagadas todas las letras, requisitadas con el recibí del acreedor-tenedor y exhibidas ante el notario para identificarlas con las emitidas y con las circunstancias de las escrituras y de las renovadas, en conexión con aquéllas e inutilizadas por el fedatario, el acta notarial levantada al efecto sería título suficiente para la cancelación.

b) *Pago parcial*.—El pago total de la letra provoca la cancelación total de la hipoteca, pero podemos preguntarnos si es posible cancelar parcialmente la hipoteca cambiaria en caso de que lo pagado sea solamente una parte de la cantidad que el librador manda pagar.

(15) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, 5.ª edición, págs. 910 y sigs.

(16) *Trabajo citado*, pág. 897.

(17) «La hipoteca cambiaria es actualidad en función del acceso a la propiedad», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1971, pág. 748.

En este punto hay una total discordancia entre las normas cambiarias y las hipotecarias. El Código de Comercio admite que, previo acuerdo entre el portador y el librado, puede pagarse una parte de la letra y dejar la otra en descubierto; en este caso, se podrá protestar la letra por la cantidad que hubiere dejado de pagarse, reteniéndola el portador en su poder, anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido (art. 494).

Además de ser cambiariamente posible el pago parcial, «los pagos hechos a cuenta del importe de una letra por la persona a cuyo cargo estuviere girada disminuirán en otro tanto la responsabilidad de librador y de los endosantes» (art. 501). El pago parcial de la letra da lugar, por tanto, y en la misma medida, a la disminución de la responsabilidad de los distintos obligados cambiarios.

Hipotecariamente, en cambio, «aunque se reduzca la obligación garantizada» (art. 122 de la Ley Hipotecaria), la hipoteca subsiste íntegra, de tal modo que «no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho» (art. 125 Ley Hipotecaria). Es el principio de indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud, como dice ROCA (18), la extinción parcial de la obligación garantizada no origina, por sí misma, o sea, no consintiéndolo el acreedor, la extinción parcial de la hipoteca (y no entramos de momento —lo haremos más adelante— en los actos del tenedor actual que, como el consentimiento para la cancelación parcial o la renuncia a la hipoteca, pueden afectar a los demás obligados cambiarios).

Ahora bien, el artículo 144 de la Ley Hipotecaria permite que surta efectos registrales el convenio entre las partes que pueda modificar una obligación hipotecaria anterior, como evidentemente puede ser el convenio de pago parcial de una letra asegurada con hipoteca, que hemos visto permite el artículo 494 del Código de Comercio. El propio artículo 144 de la Ley Hipotecaria establece los medios para la constancia registral del negocio modificativo o extintivo, según su importancia: una inscripción nueva, una cancelación total o parcial o una nota marginal.

Esto último, a nuestro juicio, es lo que procede en caso de pago de «parte de la deuda» cambiaria, a la vista de lo que previene el artículo 240 del Reglamento Hipotecario y por analogía con lo que la propia Ley Hipotecaria, en su artículo 156, y el Reglamento Hipotecario, en los artículos 211 y 212, preveen para la cancelación parcial de las hipotecas en garantía de otros títulos endosables o al portador, cosa sólo

(18) *Obra y tomo citados*, pág. 920, 5.ª edición.

posible en caso de pago, inutilización o canje de uno o varios títulos, pero no de parte de ellos.

Ahora bien, ¿podría pactarse en la escritura de hipoteca la cancelación parcial para el caso de pago parcial de la letra? Nosotros —desde luego, con el respeto debido a opiniones más fundadas, teniendo en cuenta que nos movemos en un terreno totalmente nuevo, de normas constituyentes— nos pronunciamos por la negativa. Y lo hacemos en base al principio de indivisibilidad de la hipoteca conectado con el de solidaridad cambiaria. Es cierto que todo acreedor hipotecario puede consentir la cancelación parcial de su hipoteca en caso de extinción parcial de la obligación garantizada. Antes hemos citado en este sentido la opinión de ROCA SATRE, opinión que, por otra parte, cabe en los términos amplios de los artículos 125 y 144 de la Ley Hipotecaria. Es cierto igualmente que todo crédito hipotecario puede enajenarse o cederse, con las formalidades, limitaciones y particularidades que establecen los artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria. Pero no es menos cierto que el sentido de liberación del negocio hipotecario que la cesión del crédito implica en la hipoteca ordinaria —«el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente»— cede en la hipoteca cambiaria ante el principio de solidaridad frente al crédito cartulario de toda persona que pone su firma en la letra, lo cual hace que hasta que el mandato abstracto de pago es satisfecho a su vencimiento, no puede hablarse ni de un solo obligado cambiario, sino de obligados, en plural, ni tampoco de acreedor en sentido estricto, sino de portador o tenedor, expresiones que, por su propia naturaleza, revelan una idea de transitoriedad o eventualidad. El cedente o endosante en la letra no queda liberado, pues aún responde de la letra en vía de regreso y los actos del tenedor accidental no pueden, no deben perjudicarlo. Dejamos el tema apuntado y, como decíamos, insistiremos sobre él a propósito de la renuncia a la hipoteca como posible causa cancelatoria en materia de hipoteca cambiaria.

Para extender la nota al margen de la inscripción de la hipoteca cambiaria que acredite el pago de parte de la deuda cambiaria o importe de la letra, conforme al citado artículo 240 del Reglamento Hipotecario, creemos que es suficiente la presentación de la escritura de hipoteca, junto con el recibo de que habla el artículo 494 del Código de Comercio y el acta de protesto por la cantidad que hubiere dejado de pagarse que, por otra parte, acredita que la letra no se ha perjudicado; de lo contrario, no sería posible la ejecución de la hipoteca.

VII. HIPOTECA UNICA EN GARANTIA DEL PAGO DE VARIAS LETRAS

Las dudas que había suscitado en la doctrina esta posibilidad (19) quedaron definitivamente resueltas con las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979, en las que la Dirección General afirmó tajantemente que «no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca, en el expediente en que son varias, la responsabilidad hipotecaria».

Nosotros no entramos ahora (20) en la argumentación del problema de fondo. De acuerdo con la línea que venimos siguiendo, sólo nos interesan las repercusiones que la aceptación de dicha doctrina tiene con vistas a la cancelación de la hipoteca cambiaria. Partimos, por tanto, de un hecho: que la hipoteca se ha constituido en garantía del pago de varias letras y que puede o no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria, como ha dicho la Dirección General, «por cada letra y en cuanto a cada finca». Veamos los dos supuestos por separado.

a) *Con responsabilidad distribuida.*—En este caso, se aplicarán las reglas generales y, en especial, el artículo 124 de la Ley Hipotecaria. Pagadas una o varias letras, a cuya responsabilidad esté afecta una finca determinada, se podrá exigir la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca, en todo o en parte, pues, representando cada letra una obligación autónoma, no vemos ninguna dificultad para que pueda liberarse la finca íntegramente de la responsabilidad que de aquella deriva, quedando subsistente la responsabilidad hipotecaria en cuanto a las demás letras no vencidas y a cuyo pago esté afecta la misma finca. Insistiremos en seguida sobre el particular, a propósito del caso en que la hipoteca en garantía de varias letras se haya constituido sin previa distribución de responsabilidad. La Dirección General, por su parte, parece dar a entender la solución propuesta, al hablar de distribución de responsabilidad «por cada letra y en cuanto a cada finca».

El título cancelatorio específico podrá ser el acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del librado-deudor, debidamente inutiliza-

(19) EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO había defendido el principio de «tantas hipotecas como letras», en base a que el artículo 444 del Código de Comercio exige especificar «la cantidad que el librador manda pagar», es decir, el importe por el cual se libra, lo cual supone, a su juicio, necesariamente, distribución de la responsabilidad hipotecaria. «Comentarios a las Resoluciones 25 y 26 de octubre de 1973», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501, 1974, pág. 339.

En este mismo sentido se había pronunciado LANZAS GALVACHE: *Conferencias citadas*.

(20) Lo hicimos en el *citado trabajo*, págs. 1211 y sigs.

das, la letra o letras, por analogía con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria para la cancelación parcial de la hipoteca en garantía de títulos al portador, que tiene aquí perfecta aplicación.

Por último, no podemos silenciar que hay un precepto hipotecario, previsto para el caso de hipoteca ordinaria con distribución de responsabilidad, que entendemos no es susceptible de aplicación a la hipoteca cambiaria. Nos referimos al artículo 221 del Reglamento Hipotecario.

Este texto permite al tercer poseedor de alguna de las fincas sobre las que se hubiese hecho la distribución, pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de aquélla y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la misma. El tercer poseedor de finca hipotecada en garantía del pago de letras de cambio, creemos que carece de esta facultad, debido a la particular naturaleza del negocio cambiario, porque, como acertadamente explica LANZAS GALVACHE (21), no puede haber más deudor cambiario que el que la letra revela como tal y esto sólo puede conseguirse mediante el propio mecanismo cambiario: emisión de la letra, endoso, aceptación, intervención, etc. Y es lógico que así sea, habida cuenta del carácter sacramental de toda declaración cambiaria, lo que justifica la radical diferencia con el Código Civil (ver artículo 1.158).

Lo dicho no es obstáculo, sin embargo, para que el tercer poseedor pueda acreditar, en su momento, la extinción de la hipoteca, por pago de la letra, caducidad u otras causas, y exigir su cancelación.

b) *Sin distribución de responsabilidad.*—Si la hipoteca se constituyó en garantía del pago de varias letras de cambio y, siendo varias las fincas gravadas, no se ha hecho la distribución de responsabilidad hipotecaria «por cada letra y en cuanto a cada finca», se plantea el problema o posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca por pago de alguna o algunas letras.

El supuesto debe diferenciarse netamente del caso de pago parcial de la letra, que antes hemos intentado deslindar, susceptible de provocar registralmente una nota marginal que lo constate, pero no una cancelación parcial. El pago parcial de una de las letras, una vez levantado el protesto «por la cantidad que hubiere dejado de pagarse», puede dar lugar a la ejecución de la hipoteca y, agotado el procedimiento por consumación o agotamiento, a una cancelación parcial o total, según proceda. En cambio, el pago total de solo alguna o algunas de las letras garantizadas con la misma hipoteca, entendemos que sí puede dar lugar,

(21) *Conferencias citadas.*

por sí mismo, a la cancelación parcial de la hipoteca cambiaria. Y nos apoyamos para ello en la doctrina de la propia Dirección General.

En efecto, la Resolución de 31 de octubre de 1978 considera aplicable a estas hipotecas el párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria, de modo que «cada tenedor podrá proceder a ejecutar aislada o parcialmente la hipoteca en base al impago, justificado con el correspondiente protesto, de la letra o letras que sirvan de justificante a la ejecución y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 del Reglamento» (penúltimo Considerando).

Si es posible, por tanto, la ejecución aislada de la hipoteca en cuanto a cada letra separadamente y obtener, conforme al artículo 211 del Reglamento Hipotecario, su cancelación parcial, no vemos ningún obstáculo para que la misma sea procedente en el supuesto de pago voluntario. Lo contrario sería hacer de mejor condición al que paga por vía ejecutiva que al que lo hace cumpliendo puntualmente su obligación (22).

En cualquier caso, la cláusula en la escritura de hipoteca sobre cancelación parcial por pago, voluntario o forzoso, de alguna o algunas de las letras, eliminaría toda duda sobre la procedencia de dicha forma de cancelación.

En cuanto a los documentos cancelatorios, no ofrecen particularidad y nos remitimos a la relación final.

VIII. HIPOTECA CAMBIARIA UNILATERAL

Aquí nos enfrentamos al problema de aplicación a la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio del supuesto previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria: hipoteca constituida unilateralmente por el hipotecante. Esta aplicación suscita dos problemas fundamentales que están relacionados entre sí: la necesidad o no de aceptación de la hipoteca unilateral, cuando está referida a la garantía de pago de la letra; y la posibilidad o no de cancelación, también unilateralmente «a petición del dueño de la finca», por falta de la aceptación, en base al párrafo segundo del citado artículo.

El tema lo ha tratado monográficamente RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ (23), en su problemática general, y nosotros no pretendemos, tam-

(22) GONZÁLEZ LAGUNA cita el artículo 227 del Reglamento Hipotecario como base para la cancelación parcial y subsistencia de la hipoteca en cuanto a las letras no pagadas (cit. pág. 897). En el mismo sentido, CANO FERNÁNDEZ, que cita en su apoyo la Resolución de 26 de octubre de 1973.

(23) «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, marzo-abril 1979, págs. 347 y sigs.

poco en este caso, entrar en los aspectos de fondo del mismo, a no ser que rocen la problemática cancelatoria.

La tesis más generalizada en la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, considera que no es necesaria la aceptación de la hipoteca unilateral constituida en garantía del pago de letras de cambio, produciendo todos sus efectos desde el momento de la inscripción del acto constitutivo y, por tanto, pudiendo el acreedor ejecutarla si llega el caso.

En apoyo de dicha tesis, que nosotros aceptamos, no está de más recordar que también es unilateral y no necesita de aceptación la hipoteca en garantía de títulos u obligaciones al portador (ver arts. 154 de la Ley Hipotecaria, 114 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas y 130 del Reglamento del Registro Mercantil), en los que basta el acuerdo de emisión para que sea posible la constitución de la hipoteca. El criterio de analogía, que debe ser el punto de partida, según la Dirección General (ver la Resolución de 26 de octubre de 1973), para llenar las lagunas que ciertamente existen en la materia, tiene aquí perfecta aplicación. No puede olvidarse que la letra de cambio es un título esencialmente destinado a la circulación, como las obligaciones al portador. Exigir la aceptación de cada tenedor requeriría saber, en cualquier momento, quién es y dónde se encuentra, a fin de poder dirigirle el requerimiento. La hipoteca se constituye en interés de todos los posibles tenedores de los títulos, de los actuales y de los futuros que, al ser desconocidos, no pueden ser requeridos para la aceptación. Y aún más: si la hipoteca se ha constituido en garantía del pago de varias letras con distintos tomadores, tenedores o portadores, los requerimientos para la aceptación tendrían que multiplicarse y el resultado podría ser la aceptación de unos y el rechazo de otros.

El fenómeno se aproxima al de la hipoteca en garantía de títulos al portador, emitidos en masa, que se constituye normalmente en garantía de la total emisión y en los que la garantía hipotecaria es una cualidad que adorna a los títulos y que no puede globalmente dejarse depender de la voluntad de algunos de sus eventuales tenedores. Según FUCHS (24), en materia de títulos al portador, la hipoteca se inscribe a favor de la deuda, no de los acreedores, con lo cual, según JERÓNIMO GONZÁLEZ (25), se andaría cerca de crear un derecho subjetivamente real: el portador legítimo del papel sería titular de la hipoteca como el dueño del predio dominante lo es de la servidumbre. Es la misma tesis que, desde el aspecto pasivo de la relación jurídica, ha explicado FÉLIX RODRÍGUEZ LÓ-

(24) y (25) Ambos citados por ROCA SASTRE, *obra citada*, pág. 535.

PEZ (26) al configurar la renta vitalicia como obligación *ob rem* respecto del adquirente de la finca gravada con la hipoteca rentaria.

Quizá de la hipoteca cambiaria podría decirse lo mismo: que lo que garantiza es el buen fin de la letra, la deuda cambiaria a cuyo favor se inscribe, siendo de segundo orden la posición accidental de acreedor que tiene el eventual portador de la letra. Y desde el punto de vista de la hipoteca unilateral en garantía de letra de cambio, además de proporcionar un fundamento serio para la plena validez y eficacia de la misma sin necesidad de aceptación, explicaría la falta de legitimidad del hipotecante o del tercer poseedor para solicitar la cancelación, buscando apoyo en el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

Por estas razones, nosotros no aceptamos la mayoría de las conclusiones a que llega RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ (27) que, partiendo de la tesis de que la aceptación no es necesaria para que «la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente produzca todos los efectos propios de ese derecho real de garantía desde el momento de la inscripción del acto constitutivo», configura el requerimiento o la aceptación, según los casos, como condiciones de ejercicio de los derechos que corresponden o las obligaciones que competen tanto al hipotecante como al acreedor-tenedor: posibilidad de constatar registralmente la aceptación sin necesidad de previo requerimiento; posibilidad de cancelación a instancia unilateral del propio hipotecante; necesidad de probar que el requerimiento se ha formulado a la persona idónea o tenedor actual; conveniencia, en cualquier caso, de aceptar y hacer constar la aceptación en el Registro «para tener absoluta seguridad de la eficacia real de la garantía»; posibilidad de que la aceptación y su anotación sean posteriores al vencimiento, extremo que, de admitir la necesidad de la aceptación para la constitución de la hipoteca —que no acepta dicho autor—, reclamaría la necesidad del protesto, pues si la letra se ha perjudicado, la cancelación discurriría por otros cauces; etc. Sí aceptamos, desde luego, las conclusiones que predicán de la hipoteca cambiaria unilateral los efectos de una hipoteca normal en beneficio del acreedor.

En resumen, a nuestro juicio, la falta de aceptación de la hipoteca cambiaria unilateral no es causa suficiente para su cancelación, que se

(26) «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 541, 1980, págs. 1335 y sigs. Ratifica dicho punto de vista en su libro *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Jaén, 1981, págs. 163 y sigs., si bien plantea el problema de la validez del pacto que excluya la asunción de deuda.

(27) *Trabajo citado*, págs. 388 y sigs.

sujetará a las normas generales de las demás hipotecas de esta naturaleza.

Otra cosa sería, por último, si, constituida unilateralmente la hipoteca por el librador o emitente de las cambiales, las letras no se hubieran puesto en circulación. En este caso, bastaría declaración del librador de que los títulos no han sido puestos en circulación, acompañada de las letras, lo cual sustituiría a la certificación de contabilidad y publicación de anuncios que exige el artículo 156 de la Ley Hipotecaria (28).

IX. RENUNCIA A LA HIPOTECA Y REGRESO DE LA LETRA

El portador de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma tiene derecho a exigir del aceptante, del librador o de cualquiera de los endosantes, el reembolso de la letra (art. 516 del Código de Comercio), o puede exigir del librador o endosantes que afiancen o depositen o le reembolsen el valor de la letra (arts. 481 y 492 del Código de Comercio), o puede reembolsarse de su importe y gastos girando contra el librador o uno de sus endosantes una nueva letra o letra de resaca (art. 527 del Código de Comercio).

En todos estos casos renace la responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios y, por esta razón, se habla de regreso de la letra a aquellos que la habían firmado antes. Cosa lógica, por demás, pues las obligaciones cambiarias, si el librado no acepta o paga, mueren en el librador que es quien pone en circulación el título.

Intentando centrar el problema en el aspecto cancelatorio —respecto de la hipoteca que garantiza el pago de la letra que regresa—, nos interesan particularmente los actos del portador que puedan afectar a la garantía real de que disfruta la cambial. El acto más grave que puede cometer el tenedor de la cambial es dejarla perjudicar: con ello, la hipoteca se extingue; las acciones cambiarias propiamente dichas, también; lo único que restan son acciones de enriquecimiento que puede ejercitar el portador de la letra perjudicada contra quien aparezca en descubierto del reembolso o contra quien conserve en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega, pero estas acciones ya no se fundan en la letra, como mandato abstracto de pago, sino en la relación de provisión de fondos, que es un concepto causal (29). Y no vamos a insistir sobre los efectos que el perjuicio de la letra pueda tener en cuanto a

(28) En este sentido se pronuncian CANO FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ LAGUNA (citados pág. 899).

(29) Ver GARRIGUES, *obra citada*, pág. 295 y arts. 459, 460, 483 y 515 del Código de Comercio.

la cancelación de la hipoteca, que ya ha sido tratado más arriba (ver epígrafe IV).

El tenedor de la letra, como acreedor hipotecario y en la medida en que lo autorice la escritura y el Derecho cambiario, podrá realizar una serie de actos que modifiquen las condiciones, digamos, «normales» de la letra en vía de regreso: aceptar el pago solo parcial de la letra; protestarla antes del vencimiento, si la persona a cuyo cargo se giró la letra se constituyere en quiebra (art. 510 del Código de Comercio); acudir al protesto de mejor seguridad, si el librado hubiese dejado protestar otras aceptaciones anteriores (art. 481); proceder a la renovación de la letra, etc. Nosotros vamos a intentar detenernos en el ejercicio por el portador-acreedor hipotecario de un derecho que habitualmente corresponde a todo acreedor hipotecario, cual es la renuncia al derecho real de hipoteca, que da lugar a su extinción y consiguiente cancelación del asiento respectivo.

La pregunta, en efecto, puede ser ésta: ¿la renuncia a la hipoteca hecha por un tenedor posterior implica extinción del derecho real y cancelación del mismo, con el natural perjuicio para los tenedores anteriores que al regreso, en su caso, de la letra la encuentran desprovista de la garantía?

En el orden jurídico general, siguiendo a ROCA SASTRE (30), podemos decir que, en principio, la renuncia a los derechos es válida, salvo cuando contraría el interés o el orden público o perjudique a terceros (art. 6-2 del Código Civil). Por lesionar intereses de terceros, la renuncia a la hipoteca hecha por el acreedor hipotecario en perjuicio de sus acreedores, podrá ser considerada ineficaz. Por ejemplo: en el caso de una subhipoteca, si el deudor subhipotecante renuncia a la hipoteca gravada, la subhipoteca deberá subsistir hasta que se cumpla la obligación asegurada por ella o hasta que la hipoteca se extinga por un hecho ajeno a la voluntad del deudor subhipotecante (confr. art. 175, 4.º, del Reglamento Hipotecario).

En el orden mercantil, el principio de solidaridad cambiaria —«todo el que pone su firma en una letra de cambio se obliga a pagarla»— tiene un límite formal expreso: respecto al endosante que, al tiempo de transmitir la letra, haya puesto la cláusula de «sin mi responsabilidad» (artículo 467, 2.º, del Código de Comercio). Pero, además, y aunque el Código de Comercio no haga en este sentido declaración expresa, es evidente que dicho principio tiene los límites derivados de la función que, en cada momento, desempeñan los distintos obligados cambiarios. En este sentido, observamos que la responsabilidad de los obligados en

(30) *Obra citada*, tomo IV, pág. 892.

vía de regreso está siempre condicionada al cumplimiento por el portador de las obligaciones que le competen, a fin de evitar el perjuicio de la cambial. En una serie de artículos, el Código de Comercio trata de proteger al librador y endosantes frente a los actos del tenedor. Veamos algunos:

- Artículo 458: el librador no responde de los gastos que se ocasionen por no haber sido aceptada o pagada la letra cuando se da alguno de los tres supuestos que indica.
- Artículo 460: si el tenedor de la letra no la ha presentado o ha omitido protestarla en tiempo y forma, cesa la responsabilidad del librador...
- artículo 467: si las diligencias de presentación y protesto no se han practicado en tiempo y forma, cesa la responsabilidad de los endosantes...
- Artículo 482: si el poseedor de la letra deja pasar los plazos fijados para la presentación o el protesto, pierde el derecho a exigir del librador o endosantes el afianzamiento, el depósito de su importe o el reembolso de la letra.
- Artículo 509: si el portador omite el protesto, pierde las acciones que le competen contra el librador y endosantes, sin que pueda suplir esa omisión con ningún acto ni documento.
- Artículo 517: los endosantes y el librador quedan exentos de responsabilidad si el portador decide dirigir antes su acción contra el aceptante y no les hiciere la oportuna notificación del protesto por medio de notario...

En estos textos —y la lista no está agotada— el Código de Comercio revela la intención del legislador de que el librador o endosantes a quienes regrese la letra, la reciban en las mejores condiciones cambiarias, de tal modo que aparece penado cualquier acto del tenedor que suponga perjudicar esas condiciones. Es decir, el Código de Comercio parte de una idea de solidaridad bien entendida, que subordina la reclamación del portador al cumplimiento por el mismo de las obligaciones cambiarias que la ley asigna a su propia condición.

Si trasladamos la idea de solidaridad cambiaria así entendida a la relación de los obligados cambiarios en la letra asegurada con hipoteca, la renuncia a la hipoteca hecha por el tenedor actual de la letra nos enfrenta a una doble vertiente, claramente contradictoria. De una parte, calificado como acreedor hipotecario el portador, hay que reconocerle la posibilidad de abandono, dejación o renuncia de dicha cualidad, manteniendo intacta su posición jurídica de acreedor cambiario. De otra

parte, el principio de solidaridad cambiaria impide que el tenedor de la letra realice ningún acto que pueda perjudicar los derechos de los obligados en vía de regreso. Si aceptamos la posibilidad de renuncia por el portador, con efectos cancelatorios de la garantía, el perjuicio para los demás obligados cambiarios es patente.

Nosotros pensamos que, en Derecho constituido, son compatibles los derechos del portador-acreedor hipotecario con el mantenimiento intacto del principio de solidaridad cambiaria. De Derecho constituyente, la solución puede venir dada a través de una nueva configuración de la letra con contenido de hipoteca.

En el primer sentido, la renuncia a la hipoteca por el portador —que, en definitiva, es un propietario accidental— en la medida en que pueda entrañar un ataque o perjuicio para los demás responsables solidarios a las resultas de la letra, aparece rechazada por el propio artículo 6-2 del Código Civil. Así ocurriría, si dicha renuncia implica la posibilidad de cancelación por extinción del derecho real. Pero esta solución absoluta es inaceptable. Según la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 26 de octubre de 1973), la hipoteca tiene como acreedores a los tenedores presentes o futuros de las cambiales. Es decir, la hipoteca no se constituye en garantía o a favor de ningún acreedor en particular; si así fuera, más que de hipoteca cambiaria, creemos que debiera hablarse de *aval hipotecario* (confróntese artículo 487 del Código de Comercio). Como hemos apuntado más arriba, ningún tenedor accidental puede monopolizar para sí las ventajas de la garantía real que lo que asegura es el buen fin de la letra, la deuda cambiaria, siendo de segundo orden la posición accidental de acreedor que tiene el portador (y citábamos a FUCHS —la hipoteca se inscribe a favor de la deuda— y a JERÓNIMO GONZÁLEZ —se andaría cerca de crear un derecho subjetivamente real—).

En base a ello, a nuestro juicio, de Derecho constituido, es posible que el tenedor actual de la letra renuncie a la hipoteca, pero se trataría de una renuncia personal que no afectaría a los demás obligados cambiarios: lo impedirían la propia naturaleza de la hipoteca cambiaria —constituida a favor de los tenedores presentes y *futuros*— y el principio de solidaridad cambiaria. Dicha renuncia no podría surtir efectos nada más que respecto del renunciante, se haría constar en escritura pública y tendría acceso al Registro, pero no por medio de un asiento de cancelación, sino a través de una inscripción ordinaria. El renunciante no podría ejercitar la acción hipotecaria y el derecho real de hipoteca se mantendría íntegro respecto de los demás obligados cambiarios, a cuyo favor también se constituyó. Y aquí hay que incluir tanto a los

obligados cambiarios a quienes vuelva la letra en vía de regreso, como a los futuros tenedores de la letra, con la única excepción del renunciante.

A esta solución puede oponerse un reparo, al menos: que no es concebible, en teoría general, una hipoteca sin acreedor hipotecario, porque ello rozaría la idea de hipoteca del propietario, rechazada por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en materia de hipoteca cambiaria, según veíamos y por analogía con la hipoteca en garantía de títulos al portador, es posible la constitución unilateral con plena validez, y aún antes de que los títulos se hayan puesto en circulación. Y a mayor abundamiento, del mismo modo que, desde la posición del librado-deudor, sólo la aceptación de la letra lo constituye en obligado cambiario, sólo el pago por el aceptante extingue la relación cambiaria que garantiza la hipoteca y que, constituida en favor de todos los posibles tenedores, no puede quedar supeditada al acto aislado de uno de ellos.

En resumen: la renuncia a la hipoteca que garantiza el pago de la letra, hecha por el tenedor actual, en escritura pública y constatada registralmente por medio de un asiento de inscripción, surte efectos respecto del renunciante, pero no respecto de los tenedores futuros, tanto si reciben la letra «ex novo» como si se trata de tenedores en vía de regreso, a cuyo favor sigue estando inscrita la hipoteca.

Por último, en Derecho constituyente, no tenemos más remedio que hacer una breve alusión a la posición doctrinal de BUENAVENTURA CAMY, ya apuntada (31), autor al que se suele presentar como contrario a la admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho. Nosotros pensamos que su actitud de reticencia ante la figura no es una posición de rechazo absoluto, sino el reconocimiento de las dificultades que la normativa vigente ofrece a su regulación. En este sentido, la solución que él propone de creación de cambiales cuyo contenido de hipoteca estuviese configurado legalmente como de derecho necesario, cambiales con garantía hipotecaria con la característica de título real, representa, en nuestra opinión (32), la posición doctrinal más avanzada y atrayente que se ha elaborado sobre hipoteca cambiaria. Aunque habría de quedar al margen de la regulación de derecho necesario un campo mínimo para la posible actuación del principio de autonomía de la voluntad, concretamente en la elaboración de las cláusulas de la escritura de hipoteca, la naturaleza misma de hipoteca de la cambial no sería

(31) En su comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978, en la *Revista de Derecho Privado*, señalado en la nota 4.

(32) Así lo expresamos ya en el citado trabajo, págs. 1195, 1210 y 1212.

cuestionable y, por tanto, habría que rechazar la posibilidad de renuncia a la misma por el tenedor y la subsiguiente cancelación.

X. RENOVACION CAMBIARIA

a) POSICIONES DOCTRINALES

La doctrina (ROCA, SAPENA, SANAHUJA, CANO FERNÁNDEZ, MUÑOZ PLANAS, LANZAS GALVACHE) (33) admite, en general, la extensión de la hipoteca a la renovación de la letra que asegura, siempre que así se haya pactado en la escritura, con distintas variantes en cuanto a la forma en que ha de hacerse para que la hipoteca que garantiza la letra originaria alcance a la letra renovada: simple extensión de notas de conexión en las letras; acta notarial o solicitud privada con firmas legitimadas, si en la escritura se han determinado las condiciones de la renovación, especialmente, plazo y cuantía; o escritura pública, si sólo se pactó, sin más concreción, la posibilidad de extensión de la hipoteca a las renovaciones de las letras, o si no se pactó nada.

En cuanto a las operaciones registrales que hayan de practicarse, algunos autores estiman suficiente una nota al margen de la inscripción de hipoteca, indicando la renovación efectuada. Y lo entienden así en base, generalmente, a los artículos 23 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario, relativos al modo de hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de condiciones, o de haberse contraído las obligaciones futuras.

A nuestro juicio, la renovación, cuando deriva de un pacto previo en la escritura de hipoteca, es el simple ejercicio de una facultad, que modifica el contrato primitivo, pero no es una condición del mismo. Por tanto, encaja en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria que reclama que la modificación lo sea de una obligación hipotecaria anterior, sin exigir que el hecho o convenio sean necesariamente posteriores. Y si entendemos —como veremos lo hace un sector de la doctrina— que la renovación cambiaría provoca novación extintiva de la primitiva obligación y el nacimiento de una nueva, lo procedente sería cancelar la inscripción de hipoteca (extinguida la obligación principal asegurada, se habría extinguido también la accesoría de hipoteca) y practicar una nueva. Pero esto tampoco sería el cumplimiento de ninguna condición y el supuesto entraría de lleno en el artículo 240 del Reglamento Hipotecario.

(33) *Vid.* GONZÁLEZ LAGUNA, *trabajo citado*, págs. 887 y sigs., y LANZAS GALVACHE, *conferencias citadas*.

Si, por el contrario, no se ha pactado la posibilidad de renovación en la escritura de hipoteca, o no se han concretado las circunstancias esenciales de la misma, será necesaria nueva escritura, como decíamos, y el asiento a practicar será de inscripción, también por aplicación del artículo 144 de la Ley Hipotecaria que, en este caso, sí hay unanimidad en la doctrina sobre su procedencia. Ahora bien, es indispensable que concurra el hipotecante al otorgamiento de la nueva escritura para que la hipoteca se extienda a la seguridad de la letra renovada. Si no es así, creemos que la hipoteca se extingue en los casos en que la renovación suponga destrucción del título primitivo o devolución al deudor y que el portador, lógicamente, sólo conservaría la acción cambiaria. En esta eventualidad, creemos que procedería la cancelación, total o parcial, de la hipoteca, según las letras a que afectara la renovación.

En cuanto a los efectos de la renovación de la letra en el orden jurídico-cambiario y su repercusión en cuanto a la posible cancelación de la hipoteca —terreno en el que, en definitiva, procuramos siempre situarnos—, se aprecian dos posiciones doctrinales. Para la mayoría de los autores, la renovación es una simple prórroga de la obligación primitiva: su constancia registral debe realizarse a través de una nota marginal (renovación pactada) o de una nueva inscripción (renovación no pactada). Esta última no afectaría a terceros, sino desde su fecha, como acertadamente indican LANZAS GALVACHE y GONZÁLEZ LAGUNA (34).

MUÑOZ PLANAS (35) admite que la voluntad renovadora pueda serlo de simple prórroga de la obligación primitiva o de pago o novación de la misma: si la letra primitiva es retenida por el acreedor, sólo hay acumulación de obligaciones; si hay sustitución de títulos, puede suponerse voluntad novatoria. Que esta voluntad novatoria pueda implicar cancelación de la hipoteca cambiaria que garantizaba la letra o letras primitivas, depende, a nuestro juicio, de lo que el propio autor llama una *quaestio voluntatis*. Habrá que estar a la previsión hecha en la escritura de hipoteca, en sus cláusulas inscritas, debiendo otorgarse, desde luego, el nuevo título por los elementos personales principales de la letra renovada.

b) DIRECCIÓN GENERAL

La posibilidad de extensión de la hipoteca a la letra renovada aparece reconocida en el segundo Considerando de la Resolución de 26 de octubre de 1973. En él se habla de la indeterminación del acreedor

(34) *Trabajos citados*.

(35) En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971.

y de su concreción en el tenedor legítimo a través de los sucesivos endosos o «a través de las incidencias derivadas de la *renovación* de la *cambial*».

En la cláusula séptima de la escritura que ha dado lugar a la Resolución de 23 de octubre de 1981 se pacta expresamente la posibilidad de renovación: «Caso de renovarse alguna de las letras, se prorrogará el vencimiento de la obligación hipotecaria, en lo que afecta a la parte representada por la letra objeto de renovación, sin que esto afecte al vencimiento normal de las restantes». E igualmente se había previsto que en la nueva cambial se extendería por un notario nota expresiva de que renueva la anterior, con indicación de la numeración de ésta y reproducción de la nota de constitución o inscripción de la hipoteca, consignada en la letra renovada o anterior.

El registrador calificó dicha cláusula en el sentido de que, para que la hipoteca se extienda a las letras que, por renovación, sustituyan a las garantizadas, es necesaria nueva escritura en la que consten las circunstancias e identificación de las nuevas cambiales. Esta exigencia fue aceptada tanto por el notario recurrente en su informe, como por la Dirección General. Pero veamos con algún detalle los respectivos puntos de vista.

La Dirección General (en el penúltimo Considerando de la última Resolución citada) localiza, quizá excesivamente, la necesidad de la constancia registral de la renovación en el pacto de vencimiento anticipado, recogido también en el documento calificado: «... para el supuesto de que se renovase alguna de las letras emitidas, de indudable interés y trascendencia por suponer una excepción al vencimiento anticipado... y de ahí que dada su finalidad de completar dicho pacto deba tener acceso a los libros registrales...». Aunque los obligados límites del recurso justifiquen la necesidad de la constancia registral por la indudable conexión interna de ambos pactos, parece fuera de toda duda que, independientemente del convenio sobre vencimiento anticipado, la renovación de las letras aseguradas con hipoteca debe tener acceso siempre a los libros registrales.

En cuanto al documento idóneo para dicha constancia, el registrador, como hemos apuntado, exigía en la nota «*nueva escritura*». El notario en su informe reconoce que «indudablemente habrá de acreditarse al registrador por el medio idóneo —*escritura o acta*— la sustitución de letras realizada». Por último, la Dirección General declara «la indudable necesidad de otorgamiento de nuevo *documento público* para extender la hipoteca a las nuevas letras que sustituyen a las anteriormente garantizadas». Aunque el pronunciamiento de la Dirección Gene-

ral es muy genérico —«documento público»—, como hace en seguida la aclaración de que ésta es una «circunstancia que el propio notario recurrente estima ser necesaria», creemos que hay base para interpretarlo en el sentido de que el documento idóneo o título formal para la constancia registral de la renovación habrá de ser público, notarial y escritura o acta.

En cualquier caso, la escritura —y no el acta— será necesaria cuando la renovación no se haya previsto con todas sus circunstancias. Si las únicas circunstancias nuevas son las de plantilla de la letra, el acta será suficiente. Escritura y nuevo asiento de inscripción, en el primer caso; acta y nota marginal en el segundo.

La cancelación, total o parcial, de la hipoteca, sólo será posible cuando, no habiéndose previsto la renovación, el hipotecante se niega al nuevo otorgamiento. Porque, si se ha previsto la renovación —detalladamente o no— y el hipotecante se niega al nuevo otorgamiento, podría ser compelido a ello, en ejecución del primitivo contrato de hipoteca.

Por último, la Dirección General parece rechazar la idea de que la renovación pueda implicar novación extintiva de la primitiva obligación, pues se refiere específicamente a la forma de hacer constar en la letra renovada «la *prórroga* del vencimiento de la obligación hipotecaria». Por tanto, tampoco procederá la cancelación de la primitiva inscripción de hipoteca y su sustitución por otra nueva. La inscripción a que dé lugar la renovación será simplemente modificativa de la que aseguraba el pago de la letra renovada.

XI. HIPOTECA CAMBIARIA GANANCIAL

El nuevo artículo 1.375 del Código Civil —Ley 11/1981, de 13 de mayo— establece un sistema de gestión y disposición conjunta de los bienes gananciales. Se trata de una regla general, pues el artículo 1.384 decreta la validez de los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados «por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». Y, a mayor abundamiento, el artículo siguiente, 1.385, establece que «los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos».

Sin entrar en otras consideraciones suscitadas por la reciente reforma del Código Civil, los artículos citados permiten a cualquiera de los cónyuges, bajo el régimen ganancial, disponer —a título de préstamo, o para compra de bienes, por ejemplo— del dinero que figure a su nom-

bre o en cuyo poder se encuentre. Y ello sin perjuicio de la presunción de ganancialidad, mantenida íntegra por el también nuevo artículo 1.381 (36).

Del mismo modo, el cónyuge disponente podrá convenir con el prestatario, en su caso, la devolución del dinero prestado mediante el procedimiento de las llamadas *letras en garantía* o *letras financieras*, libradas por aquél y aceptadas por el segundo, con vencimientos en los respectivos plazos de amortización del préstamo (37).

Por último, no parece ofrecer duda que el prestatario-librado-deudor puede constituir hipoteca en garantía del pago de las respectivas cambiales, unilateral o bilateralmente convenida con el cónyuge dador del dinero. En virtud de la presunción de ganancialidad, el crédito cartulario será presuntivamente ganancial y la hipoteca en su garantía, como derecho accesorio, participará de esa misma naturaleza.

A la vista del nuevo artículo 1.385 del Código Civil, si alguna de las letras no es pagada a su vencimiento —y una vez sacado el oportuno protesto—, la hipoteca puede ser ejercitada, ejecutada, por el cónyuge librador. Su capacidad procesal está confirmada por el propio artículo 1.385, 2.º párrafo, que autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción y excepción. En este caso, no creemos que pueda cuestionarse el problema de cancelación de la hipoteca cambiaria, pues es el juez quien, verificado el remate o la adjudicación, dicta auto ordenándola, despaachando al efecto el oportuno mandamiento (regla 17 del art. 131 de la Ley Hipotecaria).

Cuando, vencida la letra, el librado la paga ¿puede el cónyuge disponente otorgar por sí solo la cancelación de la hipoteca o necesita el consentimiento del otro cónyuge, teniendo en cuenta su carácter de acto de riguroso dominio, de acto de disposición sobre bienes inmuebles

(36) EMILIO GARRIDO CERDÁ (*Reforma de la sociedad de gananciales*, ponencia, hoja núm. 15) entiende que, en base al artículo 1.384, un cónyuge puede conceder préstamos de dinero ganancial, aunque considera distinto el caso de la apertura de crédito si después pierde el cónyuge la posesión o disponibilidad del dinero.

En esta línea, PEDRO AVILA ALVAREZ (*Inscripción de adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges en el régimen de la sociedad de gananciales*, notas a la reforma) considera inscribible la compra por un cónyuge solo disponiendo del dinero que obre en su poder. El mismo autor, en su trabajo sobre «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», págs. 1396 y sigs. del número 547 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, estima ratificado este punto de vista en los nuevos artículos 1.374-3.º, 1.356 y 1.370.

(37) GARRIDO CERDÁ (*ponencia y hoja citadas*) acepta que cada uno de los cónyuges pueda librar letras de cambio, aunque cree que, en el terreno civil, la vía de regreso no afecta directamente a los gananciales.

gananciales que, según el artículo 1.377 nuevo, exige el consentimiento de ambos cónyuges?

Hay, desde luego, y ya de entrada, un argumento de equidad o de agravio comparativo, que debe operar en beneficio del librado-deudor que paga voluntariamente y reclama la liberación de su finca gravada: no hacerlo de peor condición que el que paga a virtud de procedimiento de ejecución (el problema lo hemos tratado, desde esta perspectiva, en el epígrafe VII, b), para el caso de cancelación parcial de hipoteca única en garantía del pago de varias letras). No obstante, tratándose de hipoteca ganancial, el problema tiene otras connotaciones históricas y actuales que puede ser oportuno puntualizar.

Al discutirse la reforma del Reglamento Hipotecario —luego concretada en el Decreto de 17 de marzo de 1959—, se planteó el problema suscitado por el entonces nuevo artículo 1.413 del Código Civil que exigía por primera vez el consentimiento de la mujer o la supletoria autorización judicial para los «actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales». Tratándose de hipotecas pertenecientes presuntivamente a la sociedad de gananciales, ¿podrían cancelarse con solo el consentimiento del marido o sería necesario el consentimiento de la mujer?

Abonaba esta segunda solución el hecho de que la cancelación es, en definitiva, un acto de disposición de un derecho real inmobiliario, distinto del cobro del crédito. Una antigua y abundante Jurisprudencia, por ejemplo, negaba al mandatario, autorizado para cobrar, facultades para cancelar. Por el contrario, la cancelación sólo por el marido se justificaba por el derecho del deudor que paga a liberar su finca y la obligación del acreedor a otorgarla. E incluso, una tercera posición pensaba que el consentimiento de la mujer sólo podía exigirse si la hipoteca se cancelaba antes de su vencimiento (38).

Se trató de buscar una fórmula de equilibrio, que fue el último párrafo del artículo 178 del Reglamento Hipotecario: «Bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

La norma se presentaba entonces como transitoria, pues, para las hipotecas que se constituyeran después de la reforma, no sería aplicable; por la sencilla razón de que esas hipotecas se inscribirían, conforme al también nuevo artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a nom-

(38) Este planteamiento puede verse en los *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, Madrid, 1959, págs. 129 y sigs. Y en el *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Madrid, 1976, páginas 109 y sigs., tomo II. Ambas publicaciones del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

bre de ambos cónyuges, indistintamente y sin atribución de cuotas, y su cancelación, por tanto, se habría de otorgar también con el consentimiento de marido y mujer.

Hoy dicho precepto ha de estimarse obsoleto, a la vista de la reciente reforma del Código Civil, que ha pasado de un sistema de administración exclusiva por el marido, y de disposición por el marido con el consentimiento de la mujer (arts. 1.412 y 1.413 antiguos), a otro de gestión y disposición conjunta de ambos cónyuges, como regla general (art. 1.375 nuevo). La posibilidad sucesiva de que cualquiera de los cónyuges disponga del dinero presuntivamente ganancial que figure a su nombre o en cuyo poder se encuentre (arts. 1.381 y 1.384); decida la forma en que ha de ser devuelto a la sociedad ganancial (verbigracia, mediante la emisión de letras de cambio en garantía); acepte la seguridad de un derecho real inmobiliario (la hipoteca cambiaria, en este caso); que aparezca constituido a su nombre (art. 1.385); el ejercicio exclusivo de dicho derecho de crédito, «cualquiera que sea su naturaleza», por el mismo cónyuge (art. 1.385, primer párrafo); y la posibilidad de ejercitar su defensa procesal «por vía de acción o de excepción» (art. 1.385, segundo párrafo), son facultades que no pueden detenerse en el momento en que el crédito se ha realizado, por una serie de razones:

- 1.^a Porque todos estos actos y facultades del cónyuge son una excepción a la regla general de disposición y gestión conjunta, y sería inmoral otorgar al cónyuge facultades excepcionales sólo en la medida en que benefician a la sociedad ganancial —el cobro del crédito— y, en cambio, volver a la regla general para otorgar la cancelación formal de la garantía.
- 2.^a Porque el deudor que paga al cónyuge que gestiona legalmente en nombre de la sociedad tiene derecho a que sea el mismo cónyuge el que le otorgue la carta de pago y cancelación de la hipoteca.
- 3.^a Porque si no fuera así, en el caso de pago voluntario, se haría de mejor condición al que paga en vía ejecutiva en la que va a ser el juez, sin más, el que decreta la cancelación.
- 4.^a Porque, en cualquier caso, el otro cónyuge no podría oponerse a la cancelación, ya que supone que el cónyuge disponente del dinero le ha informado periódicamente sobre la situación y rendimientos de su actividad económica (art. 1.383), sin que aquél, en su momento, haya impugnado la eficacia del acto, por estimar que causaba daño a la sociedad (art. 1.390).
- 5.^a Porque —y aunque ésta sea una razón marginal, más general—

pagada la letra se extingue el negocio cambiario y, por consiguiente, la hipoteca como derecho accesorio del mismo; lo cual permite, como veíamos más arriba, que la cancelación pueda reclamarse no sólo por el hipotecante o tercer poseedor, sino también por cualquier interesado, como pueda ser el titular de otro derecho real sobre la misma (39).

En resumen, debe quedar indubitado el derecho del deudor-librado-hipotecante a obtener la cancelación por pago de la hipoteca que grava su finca, así como la obligación del cónyuge dador del dinero a otorgarla por sí solo. Sin embargo, esta fijación de posiciones no resuelve por sí sola, y a pesar de su claridad, el problema básico y anterior de precisar qué ha de entenderse por derechos de crédito que «*aparezcan constituidos*» a nombre de un cónyuge. Esta imprecisa terminología estamos seguros que va a causar no pocos dolores de cabeza en la calificación registral, al menos hasta que sean reformados los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. Se trata de un problema en el que, como dice PEDRO AVILA ALVAREZ (40), hay que hilar fino para determinar qué es lo que figura a nombre de un solo cónyuge. Nosotros no vamos a intentar resolverlo, por dos razones: porque sería una pretensión abocada necesariamente al fracaso, a falta de fuentes serias, legales y jurisprudenciales, de interpretación; y ello sin perjuicio de las respetabilísimas opiniones personales que estudiosos muy calificados ya han emitido sobre el particular. Y en segundo lugar, porque creemos que no es necesario hacerlo en el caso específico que hemos propuesto de cancelación de hipoteca ganancial derivada de disposición de dinero hecha por un solo cónyuge a virtud del nuevo artículo 1.384. Y lo creemos porque éste es el dato básico: la disposición del dinero por uno solo de los cónyuges y la presunción de ganancialidad. El deudor que paga la letra tiene derecho a la cancelación de la hipoteca, aunque a

(39) GARRIDO CERDÁ (*ponencia citada*, hoja 13) acepta la cancelación por el cónyuge titular, en virtud del carácter accesorio de la hipoteca; pero le niega esa facultad para cancelar por sí solo cuando no se da aquella razón de accesoriedad, como es el caso del consentimiento formal cancelatorio, subsistiendo el crédito.

Conforme a este punto de vista, no parece que el cónyuge tomador o endosatario de una letra asegurada con hipoteca pueda renunciar a la garantía por sí solo, pues aunque esa renuncia no provoca la cancelación de la hipoteca cambiaria (ver epígrafe IX), sí impide el ejercicio por el renunciante de la acción hipotecaria, aunque conserve la acción cambiaria.

(40) *Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1981 del Código Civil*, pág. 4. Incluye en este grupo: los privativos y parafernales, los inscritos a nombre de un cónyuge antes del vigente Reglamento, los inscritos conforme al artículo 95-2.ª y los inscritos conforme al artículo 95-1.ª adquiridos por uno o por los dos cónyuges. Pero pone en duda los dos últimos casos.

virtud de la calificación registral —y no por su intervención en el negocio jurídico— aparezca inscrita a nombre del dador del dinero y del otro cónyuge, pero como ganancial.

Por estas razones, pensamos que, en el caso de que haya de mantenerse en la reforma del Reglamento el último párrafo del artículo 178, será inevitable, además de la supresión de la referencia exclusiva al marido —que habrá de extenderse genéricamente al cónyuge—, deferir la exigencia del consentimiento para la cancelación exclusivamente al cónyuge que haya dispuesto del dinero, independientemente de que la hipoteca ganancial aparezca inscrita a favor de uno o de ambos cónyuges.

Esta solución sería perfectamente aplicable a la hipoteca cambiaria ganancial. El título cancelatorio específico será la escritura o ejecutoria, según proceda, a que se refiere el artículo 179 siguiente del propio Reglamento Hipotecario.

XII. ¿SE EXTINGUE LA HIPOTECA CAMBIARIA POR CONFUSION DE DERECHOS?

En rigor, debiéramos hablar de dos clases de confusión que podrían dar lugar a la extinción y subsiguiente cancelación de la hipoteca cambiaria: una primera, de naturaleza estrictamente cambiaria, cual es la reunión en una sola persona de la doble cualidad de endosatario-acreedor y de librado-aceptante-deudor; y una segunda, de naturaleza hipotecaria, en caso de endoso de la letra al hipotecante.

No obstante, vamos a concretar el problema en dos supuestos: hipoteca constituida por el librado-deudor, que es el caso más frecuente, e hipoteca constituida por otros obligados cambiarios.

a) HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL LIBRADO-ACEPTANTE

Si el sujeto pasivo de la relación jurídico-cambiaria es el deudor o librado-aceptante (art. 480 del Código de Comercio) y la cualidad de acreedor cambiario se adquiere a través del endoso (art. 461), cuando la letra se endosa al aceptante, éste reunirá la doble condición de deudor y acreedor cambiario.

Las obligaciones en general se extinguen por esta causa (art. 1.192 del Código Civil). En materia de letra de cambio, el único obligado directo es el aceptante. Los demás firmantes de la cambial son responsables solidarios, pero subsidiarios: responden del pago, por vía cambiaria, en el

caso de no hacerlo el aceptante, si la letra no se ha perjudicado (artículos 516 y 527 del Código de Comercio), o pueden convertirse en sujetos pasivos de las acciones de enriquecimiento que dirija contra ellos el tenedor de la letra perjudicada (arts. 456, 458, 460, 525 del Código de Comercio).

Ahora bien, el mandato abstracto de pago en que consiste la letra no es exigible hasta el vencimiento. La aceptación supone una promesa de pago que sólo podrá hacer efectiva el tenedor si realiza puntualmente los actos conservativos de su derecho. El librado tiene derecho a seguir siendo deudor, pero sólo potencial, hasta el vencimiento, ya que la consolidación de esa cualidad, tanto en el terreno cambiario como en el civil, dependerá, en definitiva, de la realización por el tenedor de aquellos actos conservativos de su derecho cambiario, de las personas contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto y de la prueba de la provisión de fondos. Es decir, la posición del librado como deudor cambiario es, o puede ser, accidental; del mismo modo que lo es la posición de acreedor del tenedor que, a virtud del mecanismo cambiario del retorno, puede pasar de acreedor a deudor.

Estas consideraciones generales las hacemos porque nos llevan a la conclusión de que, *antes del vencimiento*, es perfectamente posible y legítimo el endoso de la letra al aceptante, sin que esto suponga confusión de derechos cambiarios, cuyos titulares, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, no están aún consolidados. El aceptante-endosatario podría, a su vez, endosar la letra de nuevo.

En cambio, *después del vencimiento* de la letra, si el librado es, además, endosatario, los elementos subjetivos de la relación jurídica cambiaria, tanto desde el lado activo como pasivo, se han consolidado, y, al confluir en una sola persona, provocan la confusión de derechos. Extinguida la obligación cambiaria por confusión, se extingue también la hipoteca constituida en su garantía y procedería su cancelación formal. El librado podría utilizar los medios ordinarios de cancelación en cuanto que la posesión de la letra después del vencimiento implica el pago de la misma como título de rescate —acta fundamentalmente—. Pero también podría utilizar los medios de cancelación que son inherentes a la condición de acreedor, por ejemplo, la escritura consinténdola en base a su posición de tenedor-acreedor, de la que resulte o a la que se acompañe la letra endosada a su favor.

El endoso sería posible, como dice GARRIGUES (cit. pág. 313-2), incluso después del vencimiento, aunque antes de que transcurra el plazo para el levantamiento del protesto. Pero si la letra se ha perjudicado, no sólo no es posible el endoso, sino que el perjuicio determina por sí mis-

mo la extinción de la hipoteca (ver más arriba el epígrafe IV), cuyo concepto estricto exige la existencia de la obligación cambiaria. Sólo cabe la cesión ordinaria de la letra, pero, como aclaró la Resolución de 25 de octubre de 1973, la titularidad cambiaria sólo se adquiere cambiariamente; la simple cesión permitirá el ejercicio de las acciones civiles ordinarias, pero no de las especiales cambiarias cuyo soporte es la letra misma. El perjuicio de la letra convierte a los acreedores y deudores cambiarios en acreedores y deudores ordinarios, y éste es el terreno de la relación causal subyacente, que puede asegurarse con hipoteca, pero que excede del concepto estricto de hipoteca cambiaria. Quizás, sólo podrían salvarse aquellos supuestos especiales, citados por GONZÁLEZ LAGUNA (cit. pág. 892), en los que la sustitución de los sujetos cambiarios por otros es consecuencia directa de la desaparición o extinción de los anteriores, ya sea física (caso de la muerte), ya sea jurídica (v. gr., en la fusión de sociedades).

Por último, si aceptamos la tesis expuesta de que el endoso, antes del vencimiento, al librado hipotecante no implica confusión de derechos cambiarios, cabe preguntarse si no estamos, hasta que aquel vencimiento se produce, en un caso de hipoteca en cosa propia. Nosotros, conforme a lo que hemos venido manteniendo (ver epígrafes VIII y IX), estimamos que la hipoteca, constituida en favor de los tenedores presentes y futuros de la cambial, garantiza más bien el buen fin de la misma que la posición accidental de acreedor que tiene el poseedor temporal. Y, al no estar definida la cualidad de acreedor hasta el vencimiento, no puede hablarse con rigor de derecho real en cosa propia o hipoteca de propietario.

b) HIPOTECA CONSTITUIDA POR OTROS OBLIGADOS CAMBIARIOS

Bajo esta rúbrica incluimos no sólo al librador y endosantes, sino también a los posibles fiadores reales porque, como acertadamente expone LANZAS GALVACHE (conferencias citadas), no puede darse entrada en el círculo cambiario a quien no figura en él a través de la propia letra. Esta es una peculiaridad que deriva de la naturaleza de la letra, de modo que la hipoteca tiene que aceptarla tal y como es. La consecuencia es que el hipotecante no deudor se convierte en avalista. Y esto es así tanto si se acepta la posibilidad del aval por documento separado, como si no, porque, a través de los datos escriturarios y registrales, consignados en la letra, siempre quedará revelada su existencia. Lo que no impide, según dicho autor, que se dé sólo en favor de persona determinada, dados los términos de los artículos 486 y 487 del Código de Comercio.

A nuestro juicio, habría que hacer una distinción cuya raíz se encuentra en la esencia del concepto mismo de hipoteca cambiaria. Si la hipoteca se constituye en garantía del pago de la letra por persona determinada, estaríamos ante lo que puede llamarse un aval hipotecario, pero no una hipoteca cambiaria que, al garantizar el buen fin de la cambial a todo tenedor y frente a cualquier obligado cambiario, no puede limitarse en el orden personal. Si la hipoteca se constituye por un obligado cambiario distinto del librado-aceptante, no creemos que, en el orden estrictamente cambiario, pueda hablarse de extinción por confusión. En el círculo de los obligados cambiarios hay que distinguir la cualidad de deudor de la de responsable, que lo es todo el que pone su firma en la letra a virtud del principio de solidaridad. En cambio, el único deudor directo es el librado-aceptante que contrajo la deuda cambiaria. Al aceptante le conviene la idea de *debitum*, de deudor cambiario; a los demás obligados cambiarios les conviene la idea de responsabilidad. En este segundo aspecto, debe incluirse al fiador. No olvidemos cómo, históricamente, hay una fase, explicada por SCHUPFER (41), en la que la responsabilidad nace de la garantía añadida al débito mediante un especial acto jurídico: el *nexum*, la fiducia, la garantía de los terceros.

En resumen, todo obligado cambiario distinto del librado-aceptante no es un deudor cambiario directo o principal, sino sólo un responsable subsidiario a virtud del principio de solidaridad cambiaria (cfr. artículo 1.193 del Código Civil). Esto hace que no pueda hablarse de extinción por confusión, con su posible efecto hipotecario de cancelación de la hipoteca, en caso de endoso de la letra a alguno de aquellos obligados.

Por último, rechazamos igualmente la idea de hipoteca del propietario, en caso de endoso al hipotecante, por las mismas razones antes expuestas en el apartado a) de este epígrafe.

XIII. TITULOS FORMALES PARA LA CANCELACION

Un intento de hacer práctico cuanto hasta aquí hemos venido manteniendo, creemos que debe llevarnos, con todos los peligros que encierra, a la casuística de la cancelación. Sin pretender agotar los supuestos posibles, quizás pueda servir para lograr aquel fin la relación que sigue:

1. Escritura pública otorgada por el tenedor o endosatario que haya *cobrado* la letra, en la cual consienta la cancelación y de la que resulte

(41) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, tomo III, 7.ª edición, págs. 14 y sigs.

haberse inutilizado aquélla en el acto del otorgamiento (art. 156, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria) (42).

2. Solicitud firmada por el tenedor o endosatario que haya cobrado la letra o letras, y por el deudor-librado, aceptante, avalista o interventor para el *pago*, o sólo por estos últimos, a la cual se acompañen inutilizadas aquéllas (art. 156, párr. 1.º, de Ley Hipotecaria, y ver epígrafe VI, letra *a*).

3. Mandamiento judicial en el que conste que se ha declarado bien hecha la *consignación* y se ordene la cancelación de la hipoteca. Previamente se habrá depositado el importe de la letra a disposición de la Autoridad Judicial en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» de la Caja General de Depósitos, o en la «Cuenta Provisional de Consignaciones» para los depósitos que hayan de devolverse antes de treinta días, acreditándose ante aquella Autoridad el ofrecimiento de pago hecho al tenedor de la letra, creemos que por medio de acta notarial (art. 156, párr. 1.º, *in fine*, de la Ley Hipotecaria; arts. 1.176 y ss. del Código Civil; art. 180 del Reglamento Hipotecario, y Decreto de 14 de octubre de 1971 sobre Depósitos Judiciales, en especial sus arts. 2.º y 3.º).

4. Acta notarial acreditativa de estar recogidas y en poder del deudor la letra o *letras debidamente pagadas* e inutilizadas (párr. 2.º, art. 156 de la Ley Hipotecaria y ver epígrafe VI, letra *a*) *in fine*.

(Este medio de cancelación se recoge, con frecuencia, en las escrituras de hipoteca cambiaria, indicándose que la cancelación podrá hacerse sin necesidad del consentimiento de los tenedores de las letras. De todas formas, a veces, se habla de escritura de cancelación y esto nos parece erróneo. En el caso 1, el tenedor *consiente* la cancelación y el molde adecuado para la expresión de su voluntad es la escritura. En el caso que nos ocupa ahora, el deudor, hipotecante o tercer poseedor, simplemente acreditan un hecho: que las letras pagadas están en su poder, y el medio para ello es el acta. Aquí no hay necesidad de ningún consentimiento del acreedor-tenedor. La posesión de la letra acredita el pago y por tanto, la extinción del derecho. El supuesto es el del número o párrafo segundo del art. 82 de la Ley Hipotecaria. Por ello, es conveniente que al acta se acompañe la escritura de hipoteca, a la vista del art. 174 del Reglamento Hipotecario.)

5. Declaración del librador o emitente de las cambiales de que

(42) La inutilización de la letra, además de evitar que una vez pagada vuelva a ser puesta en circulación, impide, por la destrucción del objeto o título al cual estaba incorporado el crédito, el nacimiento de lo que podría ser una hipoteca de propietario.

las *letras no han sido puestas en circulación* (art. 156, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria), acompañada de las letras, que sustituiría a la certificación de contabilidad y publicación de anuncios que exige el propio artículo 156 de la Ley Hipotecaria.

(Como indicamos más arriba, CANO FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ LAGUNA admiten este medio de cancelación tratándose de hipoteca cambiaria unilateral, que nosotros hemos estimado perfecta sin necesidad de aceptación —ver epígrafe VIII—. La misma solución creemos que es aplicable al caso planeado por la Resolución de 23 de octubre de 1981, es decir, cuando la *letra es girada a la propia orden*, reuniendo el emitente la doble condición de librador y primer tenedor, aunque no se trate de hipoteca unilateral.)

En cualquier caso, aquella declaración implica una voluntad cancelatoria que creemos debe recogerse en escritura pública y que, en la actual concepción de la letra asegurada con hipoteca, afectaría al derecho real, pero, al no tratarse de un caso de cancelación por extinción de la obligación cambiaria, que subsiste, no impediría la puesta en circulación de la cambial o la aparición de segundos o terceros tenedores quienes recibirían aquélla sin garantía hipotecaria. Otra cosa sería si se inutilizan las letras. (Ver art. 237 del Reglamento Hipotecario.)

6. Escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario solo, si fuese el mismo acreedor-tenedor, o por aquel y el dueño de la finca. o el mandatario designado en la escritura de hipoteca, en la que el notario ante el que se haya seguido el *procedimiento ejecutivo extrajudicial* dé fe de la recogida e inutilización de las letras (arts. 234 y 235 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 211 del mismo).

7. Mandamiento judicial ordenando la cancelación, en el que se recoja la decisión o providencia ejecutoria dictada en el *procedimiento respectivo, ordinario o especial*, y en el que se inserte, o al que se acompañe, testimonio del secretario en el que se haga constar la recogida e inutilización de las letras (art. 211 del Reglamento Hipotecario, en relación con la regla 17 del art. 131 de la Ley Hipotecaria y el art. 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(Como dice ROCA SASTRE, si bien debería bastar el testimonio judicial de la resolución y diligencias oportunas, salvo en el procedimiento extrajudicial, siempre se exige que la Autoridad Judicial ordene la cancelación en el oportuno mandamiento) (43).

(43) ROCA, cit., tomo IV, pág. 915. Y así parece deducirse, entre otros, de los artículos 83 de la Ley Hipotecaria, y 174, último párrafo, 224 y 233 del Reglamento Hipotecario.

8. Solicitud o instancia privada, a la que se acompañe copia del acta de protesto, de la que resulte haber transcurrido el plazo de veinte años de *prescripción de la acción hipotecaria* establecido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (ver epígrafe III).

9. Solicitud o instancia privada, a la que se acompañe certificación negativa del Registro de la Propiedad, cuando, existiendo *pacto de constancia registral del protesto* para la ejecución de la hipoteca, no conste así una vez transcurrido el plazo para dicha constancia (ver epígrafe IV).

10. Testimonio de la resolución judicial recaída —o mandamiento, en su caso—, en el procedimiento seguido contra el tenedor de la letra que, habiéndola *dejado perjudicar*, se negare a otorgar la cancelación de la hipoteca consintiéndola voluntariamente (ver epígrafe IV y número 3 de este mismo).

11. Escritura pública otorgada, según los casos, por el librador, endosante, aceptante o interventor de quienes el tenedor de la *letra perjudicada* reclame el reembolso o contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto (ver epígrafe IV *in fine*).

12. Solicitud o instancia privada del librado que, requerido para el pago por el tenedor de la *letra perdida*, *hubiere* depositado su importe en el establecimiento destinado a este objeto, o en persona de mutua confianza, o designada por el juez en caso de discordia. En el primer caso, creemos que a la solicitud debe unirse copia del acta notarial que acredite el depósito, que es extrajudicial. También en el segundo caso. En el tercero, al tratarse de un depósito judicial, creemos que debe presentarse el mandamiento en el que conste que se ha declarado bien hecha la consignación y se ordene la cancelación (arts. 1.180 del Código Civil y 180 del Reglamento Hipotecario), debiendo el juez observar las prescripciones del Decreto de 14 de octubre de 1971 sobre Depósitos y Consignaciones Judiciales, antes citado.

Si el pago se hace sobre el ejemplar que ha sustituido a la *letra perdida* (arts. 448 y 500 del Código Complementario) se aplicarán las reglas generales y será necesaria escritura, acta o solicitud (números 1, 2 y 4 de este epígrafe) a las que se acompañe inutilizado el referido ejemplar.

Por último, si la letra la pierde el librado o aceptante *después del pago*, será necesario para cancelar el mandamiento en que se ordene o el testimonio de la resolución dictada en el procedimiento incoado a

tal fin (ver epígrafe V *in fine*). Y si aceptamos que el librado que pagó tiene derecho a reclamar el ejemplar a que se refiere el artículo 500 del Código de Comercio, una vez obtenido, estaríamos de nuevo en el caso del párrafo anterior.

13. *Cancelación parcial* en el caso de hipoteca única en garantía del pago de varias letras. La hemos estimado posible siempre, tanto en caso de pago voluntario como en el caso de ejecución de la hipoteca (ver epígrafe VII, letra b), y los títulos serán los generales.

En el caso de *pago parcial de una letra*, hemos rechazado la posibilidad de cancelación parcial (ver epígrafe VI, letra b) y aceptado que pueda constatare registralmente por medio de nota marginal, presentando la escritura de hipoteca, el recibo de que habla el artículo 494 del Código de Comercio y el acta de protesto por la cantidad que hubiere dejado de pagarse. No obstante, una vez ejecutada la hipoteca en cuanto al resto no pagado, cabe la cancelación parcial y el juez la ordenará en el oportuno mandamiento, quedando subsistente la hipoteca, en su caso, en cuanto a las letras aún no pagadas.

14. *Renovación cambiaria*.—En el caso de que no se haya pactado en la escritura la renovación de las letras y el hipotecante no acepte la extensión de la hipoteca a la garantía de las nuevas, la cancelación, total o parcial, procederá, como en los casos ordinarios, mediante escritura, acta o solicitud privada, a las que se unan la letra o letras renovadas, debidamente inutilizadas.

Si se ha pactado la renovación con voluntad novatoria de la primitiva obligación y se lleva a efecto mediante la destrucción del título primitivo o devolución al deudor, será necesaria escritura para la inscripción de la nueva hipoteca en garantía de las letras de renovación. La inscripción de hipoteca que aseguraba las letras renovadas podrá cancelarse —total o parcialmente, según las letras a que afecte la renovación— bien con la misma escritura, de la que resulten aquellos antecedentes; bien mediante acta de la que resulte la inutilización de las letras renovadas; o bien mediante solicitud, a la que se acompañen las mismas, debidamente inutilizadas.

Si no hay sustitución de títulos y la letra renovada es retenida por el acreedor, no procederá cancelación alguna, ya que la renovación implica solamente o acumulación de obligaciones o prórroga de la primitiva obligación hipotecaria (ver epígrafe X).

15. *Confusión de derechos*.—Si la hipoteca se ha constituido por el librado-aceptante, además de los medios normales, éste puede obtener

la cancelación, después del vencimiento de la letra, mediante escritura de la que resulte su doble condición de librado y endosatario, o a la que se acompañe la letra con la cláusula de endoso (ver epígrafe XII), consintiendo dicha cancelación.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad