

La hipoteca cambiaria de constitución unilateral

SUMARIO: I. *Preliminar*.—II. *La hipoteca constituida por acto unilateral*: 1. La figura.—2. Antecedentes necesarios.—3. La reforma hipotecaria de 1944-46.—4. Visión actual del problema.—5. Efectos de la hipoteca constituida unilateralmente.—6. Tratamiento tributario.—7. Remisión.—III. *La llamada hipoteca cambiaria, en especial en su modalidad de constitución unilateral*: 1. La hipoteca cambiaria.—2. Su régimen en nuestro Derecho positivo.—3. Constitución de la hipoteca cambiaria.—4. Doctrina de la Dirección General de los Registros.—5. Naturaleza jurídica.—6. Transmisión del crédito hipotecario.—7. La aceptación de la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente.—8. El requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.—9. Conclusiones sobre los dos apartados precedentes.—10. Ejecución y cancelación de la hipoteca cambiaria.—IV. *Conclusiones generales*.

I. PRELIMINAR

1. Con este trabajo pretendemos abordar los principales problemas que plantea una figura muy particular, desde luego no frecuente pero acaso no privada de interés práctico: la hipoteca cambiaria constituida en forma unilateral.

No faltan exposiciones doctrinales sobre la hipoteca unilateral. Tampoco las que se refieren a la hipoteca cambiaria, genéricamente considerada. Pero entendemos que la combinación entre una y otra modalidad da lugar a situaciones especiales, dignas de atención. La hipoteca constituida por la sola voluntad del dueño de la cosa hipotecada y además en garantía de un crédito incorporado a letra de cambio determina la necesidad de interpretar las escasas reglas jurídicas aplicables y de colmar los vacíos que inevitablemente dejan.

Con el fin de dar mayor realismo y sentido práctico a la exposición, la articulamos imaginando que por el tomador de una letra de cambio garantizada con hipoteca unilateral se nos han formulado preguntas acer-

ca del momento de constitución de la garantía, sobre la efectividad de ésta—por la sola posesión de la cambial—, en torno a las posibles ventajas fiscales, sobre la viabilidad del endoso y precauciones a adoptar en caso de efectuarlo y, en fin, sobre la ejecución de la garantía.

De ahí el apartado de «conclusiones» que cierra este estudio

2. Son numerosas las clasificaciones elaboradas sobre el concepto de hipoteca, pero ahora nos interesan las basadas en el criterio que se refiere a su fase constitutiva o de nacimiento, y en el relativo a la conexión entre hipoteca y crédito garantizado.

En base al primero de estos criterios la hipoteca puede ser *voluntaria* o *legal*. La voluntaria, a su vez, puede ser producto de constitución *unilateral* o *bilateral*. Estos términos vienen explícitamente formulados en los artículos 137 y 138 de la Ley Hipotecaria, y, en lo que a nuestro tema atañe, conviene observar que el último de los dos preceptos citados, aun constituyendo una regla meramente clasificatoria y sin contenido normativo, esboza una interesante anticipación de lo que viene a ser principio técnico fundamental en materia de hipoteca de constitución unilateral, esto es, la idea de que con la sola disposición del dueño de la cosa hipotecada el gravamen se halla establecido ya. En efecto, el mentado artículo 138 dice que las hipotecas voluntarias son las «convenidas entre las partes o *impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan*».

Por lo que se refiere al segundo de los criterios de clasificación, se distingue doctrinalmente entre las *hipotecas normales u ordinarias* y las llamadas *excepcionales o de seguridad*, que son las constituidas en garantía de obligaciones que adolecen de alguna incertidumbre, bien en cuanto a su existencia, bien en cuanto a la determinación de su titular o de su cuantía.

Fruto de la combinación de estas dos clasificaciones es la figura a que ahora queremos acercarnos. Y a fin de mejor llegar a ella expondremos en primer lugar los rasgos fundamentales de la hipoteca constituida unilateralmente, para luego pasar al análisis de este tipo de hipoteca en su modalidad cambiaria.

II. LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR ACTO UNILATERAL

1. *La figura*

La forma tradicional y típica de constitución de la hipoteca es el acuerdo entre las partes, materializado en el correspondiente negocio bilateral.

Pero desde antiguo se conoce también, por iniciativa de la doctrina y legislación alemanas, otra modalidad diferente, en la que la hipoteca es fruto de la exclusiva decisión y disposición del propietario de la cosa gravada.

2. *Antecedentes necesarios*

Por lo que respecta a nuestro Derecho—ya que cualquier otra consideración teórica sería aquí inoportuna—es menester recoger las vacilaciones que con anterioridad a la reforma de 1944-46 se suscitaban en torno a la admisibilidad de una genuina constitución unilateral de hipoteca, es decir, de la tesis de que el simple acto del dueño implica ya la existencia del gravamen. Estas dudas se producían a pesar de que los términos del antiguo artículo 138 de la Ley eran prácticamente los mismos que los de la vigente.

El problema, explica SANZ FERNÁNDEZ (1), tenía su origen en una excesiva sujeción al Código Civil, que, como es sabido, sienta como requisitos fundamentales para la constitución del derecho real de hipoteca el contrato y la inscripción en el Registro. En la llamada hipoteca unilateral—de acuerdo con este pensamiento—la falta de concurrencia de consentimientos (arts. 1.261 y 1.262 del Código) excluía la existencia de un contrato de hipoteca perfecto y conducía a calificar el supuesto como una mera oferta de contrato, que había de perfeccionarse únicamente cuando fuera aceptada, surtiendo sus efectos, por tanto, sólo desde la aceptación.

A este modo de razonar respondió la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1915, muy conocida en esta materia, pues constituye el único pronunciamiento jurisdiccional al respecto con anterioridad a la reforma de 1944-46. También ha contribuido a su celebridad el hecho de haber sido unánimemente criticada por cuantos autores se han ocupado del tema.

En síntesis, el asunto planteado era el siguiente:

El dueño de dos fincas había constituido sobre ellas «hipoteca de seguridad» (no está claro si era para la seguridad de una obligación futura o en garantía de cuenta corriente de crédito) en favor del Banco de España. La inscripción se había practicado en virtud de escritura otorgada unilateralmente por el dueño, sin que constase haber sido aceptada.

Así las cosas, una Comunidad religiosa, acreedora personal con escritura pública de reconocimiento de deuda, obtuvo anotación preventiva de embargo sobre las fincas en cuestión.

(1) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 403.

Después de anotado el embargo, el dueño de las fincas había endosado al Banco varias letras, cuyo impago determinó que aquél procediera contra las fincas hipotecadas.

La Comunidad religiosa interpuso tercería de mejor derecho.

La tercería fue desestimada en la instancia, y por ello la Comunidad acreedora interpuso el correspondiente recurso de casación, al amparo de dos motivos. Por un lado, la nulidad de la hipoteca, que a todo esto había sido aceptada por el Banco (durante el pleito promovido por la recurrente). En segundo lugar, se alegó la preferencia del crédito escriturado sobre el posterior del Banco, invocándose como infringidos los artículos 33 y 44 de la Hipotecaria (arts. 33 y 44 actuales, igualmente).

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, manifestando en primer lugar que no había sido propósito de la Ley Hipotecaria—entonces vigente—modificar principio tan fundamental como el de que toda convención, para ser válida, eficaz y subsistente, ha de reunir, dada la razón y espíritu en que se informan los artículos 1.261 y 1.262 del Código Civil, *la solemnidad de la aceptación común de quienes estipulen*. Añadía también la sentencia que el contrato de préstamo cuya validez se impugna no puede producir, sin el consentimiento de la persona que ha de prestarlo, efecto legal alguno. Decía asimismo que el préstamo mutuo oneroso no puede apreciarse dentro del concepto de las «convenciones unilaterales» (*sic*). Por fin, concluía que «si es cierto que la prioridad de una inscripción en el Registro consagra en principio la validez del título inscrito, en tanto es admisible esta doctrina en cuanto ese mismo título no carezca en su origen de eficacia jurídica». En el fallo venía a decirse, por tanto, que la hipoteca inscrita por acto unilateral carece en absoluto de eficacia jurídica antes de su aceptación, y ni siquiera obtiene «rango» o prioridad por el hecho de su ingreso en el Registro.

El principal reproche que puede merecer, y mereció de hecho esta sentencia (2), era el de que sufre una notoria confusión entre el contrato de préstamo—cuya bilateralidad acertadamente defiende—y la hipoteca constituida en garantía de la obligación que de aquél nace. Y, en lo que se refiere a la hipoteca en sí, se incurre en cierta tautología, pues lo que resulta incontestable para el *contrato de hipoteca*—la necesidad de concurrencia de dos consentimientos—puede no serlo (y efectivamente no lo es, como luego lo mostró la posterior evolución legislativa) en el caso de la hipoteca de constitución unilateral. Y, en rigor, de lo que se trataba era de perfilar las peculiaridades de esta última modalidad de hipoteca, que, aunque de forma excesivamente lacónica, se hallaba ya consagrada en el artículo 138 de la Ley Hipotecaria vigente a la sazón.

(2) SANZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.* nota anterior.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (3) fue muy contundente en el enjuiciamiento de esta sentencia. Considerando el problema planteado por ella desde un punto de vista exclusivamente registral, comenzaba manifestando que la inscripción del acto unilateral constituye una simple aplicación del llamado *consentimiento formal*. Su pensamiento es éste. La existencia del derecho de hipoteca, como toda adquisición *inter vivos*, exige necesariamente un acto bilateral. Si el título que se inscribe es un acto unilateral —y éste es nuestro caso— se produce una inscripción imperfecta, cuyo desenlace y eficacia dependerá de que el acuerdo de transferencia—fuera del Registro—tenga o no lugar. Si lo ha habido, la inscripción concuerda con la realidad jurídica. En caso contrario, si el llamado a hacerlo no ha prestado su aceptación, estaremos en presencia de una verdadera inexactitud. Según el mismo autor, mientras la aceptación no haya completado la adquisición del derecho, el dueño podrá obtener la cancelación de la inscripción, pero entre tanto el asiento producirá, además de los efectos derivados de los artículos 41 y 34 de la Ley Hipotecaria—de la entonces vigente (4)—, los que resultan del principio de prioridad, pues aunque el derecho sólo nace con la concurrencia de voluntades, encuentra en el asiento de presentación un punto fijo sobre el que más tarde se puede apoyar la inscripción y el derecho ya definitivamente establecido por el consentimiento del adquirente.

Más radical todavía es la crítica de CHAMORRO (5), que después de calificar a la sentencia de «tan ayuna de técnica como peligrosa para el crédito inmobiliario, al que la constitución unilateral de hipoteca puede prestar, y presta, gran servicio» (6), desmonta el criterio sustentado por el Alto Tribunal al afirmar que la inscripción unilateralmente constituida es perfectamente posible, como manifestación del llamado principio de consentimiento formal, aun negando sustantividad al acto unilateral inscrito. Esta conclusión es obligada, dice el mismo autor, si se admite la creación unilateral de la hipoteca, cosa que considera admisible en nuestro Derecho, a pesar de que la apoyatura positiva que brindaba el artículo 138 de la Ley vigente cuando él escribía era infinitamente menor

(3) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 218 y ss.

(4) Correspondientes a los artículos 38 y 34 de la Ley actual.

(5) «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, págs. 7-48 y 123-166; concretamente, 25-27, 46-47 y 165.

(6) Página 26. Con anterioridad, después de haber esbozado los problemas registrales y sustantivos de esta modalidad hipotecaria, había afirmado: «La trascendencia práctica de la solución que se dé a este interesante problema doctrinal es considerable. La constitución unilateral, como condición previa o para facilitar la concesión de créditos por parte de entidades bancarias especialmente, ha llegado a convertirse en una modalidad corriente de creación de la garantía hipotecaria, a la que ha de afectar de modo directo el criterio que se adopte» (pág. 8).

que la que proporciona el correlativo precepto actual en relación con el artículo 141.

De entre las interesantes consideraciones que hace este autor destacamos, como muy atinada en cuanto al fondo del asunto—que a nuestro juicio consiste en hacer compatibles los principios registrales con la adecuada protección de los intereses y expectativas de terceros—, aquella que dice: «Probablemente, ni nuestro Tribunal Supremo habría resuelto lo mismo de haberse tratado en el caso de autos de una tercería interpuesta por un titular de una segunda hipoteca; y probablemente tampoco hubiera llegado siquiera a intentarse la tercería, que al fin prosperó, de haberse tratado en la primera inscripción, no de una hipoteca «de seguridad», sino de una hipoteca ordinaria, en garantía de una deuda ya existente al tiempo de la constitución unilateral del gravamen» (7).

Ponemos de relieve estas palabras por la especial relación que tienen con la hipoteca cambiaria, y precisamente para puntualizar un detalle muy importante, que va implícito en las palabras de CHAMORRO, pero que podría inducir a confusión. Nos referimos a la utilización de la expresión «hipoteca de seguridad», concepto doctrinal en el que tienen cabida algunas de las modalidades hipotecarias sobre las que el autor se muestra más dubitativo (las constituidas en garantía de créditos todavía no existentes), pero en el que también se encuadran otros supuestos en que *el crédito existe ya* cuando la voluntad unilateral de hipotecar se manifiesta. Uno de estos últimos supuestos puede ser el constituido por la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que es la figura que nos ocupa.

MORELL Y TERRY (8) discrepa también del criterio del Supremo, diciendo entre otras cosas que «aun no dando valor a la aceptación tácita del Banco al reclamar, los terceros sabían que al llegar esa aceptación, más o menos tarde, los efectos se retrotraían a la fecha de la inscripción, y la hipoteca, que ya se conocía y envolvía una amenaza de preferencia de derechos, había de adquirir plena eficacia legal y producir perjuicio a todo tercero con derecho no preferente».

En realidad, la opinión de todos estos autores no era sino reflejo del criterio que venía sustentando al respecto la Dirección General de los Registros, criterio que—como dice CHAMORRO (9)—se ha de situar en el punto más extremo de la interpretación trascendente del artículo 139 (antiguo): el derecho real de hipoteca nace desde el mismo momento de la

(7) Página 46.

(8) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo IV, páginas 179 y ss.

(9) *Op. cit.*, pág. 24.

inscripción del acto unilateral constitutivo y sin necesidad de la aceptación del favorecido.

El pensamiento del Centro directivo se había iniciado en la Resolución de 25 de junio de 1877, que declaró inscribible una escritura de hipoteca unilateralmente otorgada, manifestando que el artículo 112 del Reglamento (entonces vigente) «no estableció una excepción de los principios generales de la Ley, como equivocadamente supone el Registrador, sino que se limitó a aplicar el consignado en el artículo 138 a ciertos casos particulares». Hay que señalar que el artículo 112 que se mencionaba decía que «cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal».

De ninguna manera se podría decir que la posibilidad de inscribir la hipoteca constituida unilateralmente quedó configurada por aquel entonces como un supuesto más de aplicación del llamado «consentimiento formal». Pero, como agudamente puntualiza CHAMORRO (10), la apelación a tal principio era totalmente innecesaria, existiendo como existía el artículo 138 de la Ley, que llegaba más lejos que donde iba la Dirección General, pues en definitiva permitía considerar que el derecho de hipoteca *quedaba creado* por el acto unilateral del dueño, que es mucho más que decir, simplemente, *que el título podía inscribirse*.

Esta doctrina registral se reprodujo en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1880, 27 de agosto de 1885, 27 de octubre de 1892, 31 de agosto y 28 de noviembre de 1893, 6 de septiembre de 1912 y 31 de julio de 1928. Esta última, en frase expresiva, decía que «es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro han sido recogidas en el artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

Volvemos a observar, en estas palabras, la confusión que denunciaba CHAMORRO, pues una cosa es que el título sea inscribible y otra es que por su simple inscripción exista la hipoteca.

Pero en todo caso, y como dice el mismo autor (11), «la cuestión más vidriosa de las que plantea la hipoteca unilateral, que es la de su estabilidad, entre las partes y ante terceros, surge precisamente después de su inscripción o nacimiento a la vida registral, único objetivo del pro-

(10) *Op. cit.*, pág. 22.

(11) *Op. cit.*, págs. 24-25.

cedimiento—no contencioso—a que ponen término las Resoluciones del Centro directivo». Para añadir más abajo: «Lo interesante era saber si el dueño de la finca y los terceros—y en qué casos—pueden o no exigir esa cancelación del asiento de hipoteca unilateral (que, según la interpretación del artículo 138 de la Ley por la Dirección, daba lugar al nacimiento del derecho real desde el momento de la inscripción); es decir, si, independientemente de su eficacia constitutiva, la situación creada es de firmeza idéntica a la de una hipoteca convencional, o puede ser eliminada—y por quién—con mayor facilidad» (12).

La doctrina intentó resolver el problema mediante el recurso a la llamada teoría de la «hipoteca condicional». En GALINDO Y ESCOSURA, BARRACHINA, ARAGONÉS, MORELL Y TERRY y CAMPUZANO (13) se observa el denominador común de considerar que el Código Civil no altera la doctrina fundamental (deducida de la Ley Hipotecaria) de que la hipoteca voluntaria nace del contrato o del acto unilateral de disposición del dueño que, como manifestación de su libertad, puede gravar su finca en uso de un derecho indisputable. Sin embargo, y por el juego del principio doctrinal adoptado en la calificación de la figura, la tendencia preponderante era la de sujetar la *producción de efectos* de la hipoteca—sin perjuicio de su *validez* originaria—a que la condición (la aceptación) se produjese o no se produjese. Así GALINDO Y ESCOSURA (14)

Sólo GAYOSO se mostró conforme con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (15).

Pero la teoría de la «hipoteca condicional» mereció luego justificados ataques.

CHAMORRO, por ejemplo, sostiene que «decir que una “aceptación” necesaria sólo “condiciona” un negocio de disposición *inter vivos* no es posible». La «condición»—simple determinación accesorio de la voluntad—no forma parte del «supuesto de hecho» del negocio, y, en cambio, la «aceptación»—lo mismo que la oferta—es «parte integrante» del negocio jurídico contrato; es necesaria para su existencia. Aun aplicando el nombre de condición a la aceptación de herencia, pese a su inferior categoría frente al negocio dispositivo *mortis causa*, sería, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, una «monstruosidad jurídica» (16).

Cossío, por su parte, afirma: «No creemos que dado el tenor de los mismos (se refiere a los dos párrafos del actual art. 141) quepa mantener

(12) *Loc. cit.*

(13) Nos remitimos al resumen que de la opinión de estos autores hace CHAMORRO, *op. cit.*, págs. 27-32.

(14) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1891, tomo III, página 321.

(15) *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo I, págs. 162 y ss.

(16) CHAMORRO, *op. cit.*, pág. 30.

la tesis tan extendida un tiempo de la hipoteca condicionada suspensivamente a la aceptación del beneficiario, ni siquiera en la modalidad imprecisa que ve en dicha aceptación una *conditio iuris*, porque una de dos, o se exige el acuerdo, en cuyo caso hasta que medie la aceptación no quedará la hipoteca válidamente constituida, ya que dicha aceptación no significaría una condición, sino un requisito esencial del acto constitutivo, o es preciso, y ello parece lo conforme con la letra de la Ley, admitir que la hipoteca nace por la sola virtud del acto unilateral» (17).

Por estos motivos, los autores más modernos—por ahora nos referimos a quienes escriben antes de la reforma de 1944—acuden a otras explicaciones de la figura que estamos contemplando. Por ejemplo, PÉREZ Y ALGUER (18) y GIMÉNEZ ARNÁU (19) se inclinan por una fórmula semejante a la «reserva de rango» germánica, que se transforma en auténtica hipoteca en cuanto acepte aquel a cuyo favor se reservó. Sólo ROCA SASTRE, en edición de la época (20), considera que la hipoteca queda perfeccionada con la aceptación del acreedor, pero entendiéndose con ello que la hipoteca debe reputarse perfectamente constituida desde el acto dispositivo del propietario; y configura la aceptación como una *conditio iuris*, lo mismo que en las donaciones y disposiciones *mortis causa*, simple «requisito complementador de un acto dispositivo ya operado». Esta es la tesis contra la que, como hemos visto, se manifestó Cossío.

Pero la posición más avanzada, y acaso también la más argumentada, fue la de CHAMORRO, cuyo trabajo, creemos, debió pesar mucho a la hora de la reforma de 1944-46.

Este autor se muestra decididamente partidario de la tesis de que la *constitución* de la hipoteca es fruto, en este caso, de un negocio unilateral de disposición. Por tanto, de que la hipoteca existe por virtud del acto unilateral del dueño, sin necesidad de su aceptación por el favorecido.

Analiza CHAMORRO los obstáculos que se oponen a la admisión de su teoría. Por un lado, el principio *nemo nolenti acquiri potest* (nadie puede adquirir si no quiere), que descarta con acierto acudiendo al mandato legal, apto por naturaleza para romper con la referida regla en casos singulares. «La creación de un derecho de adquisición sin la intervención del favorecido—dice—es tan poco anómala, que cuando la ley los crea suele hacerlo directamente.» Para añadir más abajo: «La constitución de

(17) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1956, págs. 323-324.

(18) *Notas a M. WOLFF, Derecho de cosas*, trad. esp., Barcelona, 1936, páginas 213 y 238.

(19) *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1941, tomo II, págs. 76 y ss.

(20) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1941, tomo III, páginas 186 y ss.

una hipoteca voluntaria por acto unilateral no es más ni menos anómala que la de cualquier hipoteca legal, y ambas guardan exactamente el mismo respeto a la regla que impide adquirir sin la voluntad del favorecido... Y si para nuestro legislador hipotecario fue un dogma que, salvo en su origen forzoso, no hubiera ninguna diferencia entre ambas especies de hipotecas, ¿no es indudable que bajo el segundo inciso del artículo 138 (antiguo) de la Ley quiso recoger la *modalidad unilateral*, admitida con la mayor naturalidad para las legales?» (21).

Pero CHAMORRO considera que el mayor obstáculo para admitir una constitución «voluntaria» por acto unilateral procede de otro campo: es la necesidad de la «causa», como requisito esencial del negocio jurídico por el que se atribuye un derecho a otra persona. Mas, con argumentos que creemos convincentes, llega a la conclusión de que esta exigencia tiene una excepción, explicable y justificada según sus razonamientos en los derechos de garantía, entre los que se cuenta la hipoteca. En concreto, dice: «La causa del negocio de constitución de hipoteca, como la de todo negocio causal, está dentro del mismo, es un “elemento del negocio”, y no es otra cosa que el fin inmediato perseguido por el constituyente o constituyentes del negocio que se atribuye: “asegurar el cobro del crédito”; que el titular pueda “cobrarse”. Posteriormente, después de analizar las relaciones entre el derecho real de garantía y la obligación garantizada, y una vez examinado el momento en que el acreedor hipotecario ve «pagado» su crédito, llega a las siguientes conclusiones:

«Desde el punto de vista negocial no es, por tanto, indispensable la intervención del acreedor en el acto de constitución de la hipoteca: porque no pudiendo tener más “causa” que un posible pago futuro, por propia definición legal, no hace falta “convenio” alguno para la fijación del fin, y porque a pesar de ser un negocio “con finalidad de pago”, no es tampoco un “pago actual”, ni se opera todavía la extinción del crédito asegurado.»

«Y si desde el punto de vista dispositivo tampoco existe el menor obstáculo, por conceder la hipoteca, como hemos dicho, un simple derecho real “de adquisición”, ¿por qué ver una anomalía en la admisión por la ley de la modalidad unilateral de su creación?» (22).

Termina CHAMORRO su trabajo con ponderaciones de las ventajas que a su entender supondría la admisión de la constitución unilateral de la hipoteca—otorgando «efectos sustantivos» al acto, según su tesis—, como instrumento muy apto para fomentar el crédito inmobiliario sin lesión de

(21) *Op. cit.*, págs. 155-156.

(22) *Op. cit.*, págs. 157-164.

los intereses legítimos y de las expectativas razonables de terceros. Y dice, ya al final, recapitulando su idea sobre la situación del acreedor en la hipoteca constituida unilateralmente:

«Cuando se trata de una hipoteca ordinaria, constituida en garantía de un crédito realmente existente, no habrá medio de postergar el derecho del acreedor titular de la hipoteca, y ha de reconocerse que no existen razones de verdadera justicia para que deba ocurrir de otra forma.»

«Es con motivo de la hipoteca “de seguridad” en garantía de un crédito futuro, constituida por acto unilateral, cuando el problema se agudiza, siendo casi exclusivamente el caso que en la práctica se discute» (23).

Merece destacarse, una vez más, que las palabras de este autor son tanto más concluyentes si se considera que las emitió antes de la última Ley Hipotecaria. También hay que poner de relieve—por la posible relación que pudiera establecerse con el caso de la hipoteca cambiaria—que la única reserva que muestra el autor es para con la hipoteca de seguridad en *garantía de un crédito futuro*; es decir, no cualquier tipo de hipoteca de seguridad, sino esa precisamente. Y, con todo, hay que observar que incluso tratándose de un crédito futuro sostiene CHAMORRO que la hipoteca existe, de forma que los acreedores no hipotecarios del dueño no tendrán acción directa contra el titular de la hipoteca anteriormente constituida por acto unilateral, aunque sí pueda asistirles, mediante la acción subrogatoria, la facultad de exigir la cancelación, dando por renunciada, en nombre del dueño, la obtención futura del crédito asegurado (24). Es decir, la única quiebra se produciría, según CHAMORRO, si el crédito garantizado no llega a nacer o los acreedores del dueño no lo dejan nacer.

3. *La reforma hipotecaria de 1944-46*

Si hemos hecho esta exposición ha sido porque consideramos que el análisis de la situación anterior a la última reforma es decisivo para comprender el alcance que ésta quiso revestir en este punto y el significado que hoy tiene (reconocido por la doctrina) la llamada hipoteca de constitución unilateral.

Los textos fundamentales son los artículos 138 y 141 de la Ley Hipotecaria.

El primero dice: «*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se*

(23) *Op. cit.*, págs. 164-165.

(24) *Op. cit.*, pág. 166.

establezcan, y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes».

Y el artículo 141 establece:

«En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro, por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma.»

«Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.»

Concuerda con este precepto el artículo 237 del Reglamento Hipotecario, según el cual «en el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Y añade: «Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria».

4. *Visión actual del problema*

Las vacilaciones mostradas durante la etapa anterior han desaparecido prácticamente después de la reforma, por lo que hoy casi se puede hablar de una doctrina unánime en la materia.

Sirva de refrendo la tajante opinión de ROCA SASTRE en su última edición (25):

«Este problema de la posibilidad de este modo de producirse la hipoteca ha recibido en dicho artículo 141 de la Ley Hipotecaria explícita confirmación, si bien antes el artículo 38 (debe querer decir 138) de la propia Ley previó el supuesto de modo afirmativo, pero sin desarrollarlo» (26).

En otro lugar: «Con el robustecimiento conceptual de la hipoteca de constitución unilateral obtuvo la misma pleno reconocimiento, en la reforma hipotecaria 1944-46, entre nosotros» (27).

(25) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV, 1.º (Barcelona, 1968).

(26) Página 591.

(27) Página 592.

Y en un tercero: «El artículo 141 no adopta la mecánica del consentimiento formal, ni la de la reserva de rango, como tampoco la figura de la constitución condicionada de hipoteca, sino que explícitamente ve en la imposición de hipoteca por disposición del dueño *un acto unilateral, constitutivo por sí mismo del derecho real de hipoteca*, si bien para que éste sea adquirido por el acreedor precisa su aceptación, retrotrayéndose los efectos de esta aceptación al tiempo de la inscripción del acto unilateral del dueño. Esta es la *solución preceptiva* del problema en nuestro Derecho» (28).

Afirmaciones tan contundentes tienen su apoyo en el casi unánime parecer de los autores en torno a este tema.

Ya SANZ FERNÁNDEZ, en su temprano comentario a la reforma (29), y refiriéndose al artículo 139 de la Ley de 1946, que corresponde al 141 actual, dijo: «En este sentido la Ley Hipotecaria complementa el Código Civil: a la regulación de la constitución de la hipoteca por contrato que en éste se establece se añade la constitución por acto unilateral del dueño de los bienes». Más adelante: «El negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor; pero para que la hipoteca ingrese efectivamente en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación». Y por fin: «El acto constitutivo de la hipoteca es, pues, un acto unilateral que se registrará por los principios propios del Derecho civil...» (30).

Cossío, que como hemos visto impugna la tesis de la hipoteca condicionada, dominante antes de la reforma, se muestra no menos seguro. Dice: «... En efecto, lo que aquí interesa resolver es si la hipoteca nace desde el primer momento, como consecuencia de la constitución unilateral, y en qué medida puede el constituyente cancelarla por su sola voluntad, previamente al acto de aceptación de la persona a cuyo favor fue constituida. Ambos problemas encuentran una *solución positiva* en los párrafos transcritos del artículo 141». Y más abajo, después de haber analizado los argumentos de CHAMORRO en defensa de su tesis—la que, como vemos, ha prosperado tras la reforma—, dice Cossío: «... En realidad estimamos, aparte de los inteligentes argumentos utilizados para evitar tales escollos por el autor citado, que una cosa es que la hipoteca—gravamen sobre una finca—se constituya unilateralmente con plena validez y otra que se adquiera por su destinatario sin mediación de su propia voluntad. Lo que ocurre aquí es que se separa el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo. *Sin necesidad de aceptación queda la hipoteca válidamente constituida, pero sólo mediante la aceptación es*

(28) Página 604.

(29) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 401 y ss.

(30) Páginas 402, 403 y 404, respectivamente.

adquirido el derecho por el acreedor hipotecario. A lo sumo podemos afirmar que esta hipoteca se halla resolutoriamamente condicionada a la aceptación dentro del plazo legal por la persona a cuyo favor se constituye» (31).

Del mismo criterio es DE CASSO (32), que afirma que la reforma ha aclarado las dudas, incluso de la jurisprudencia, en cuanto al alcance retroactivo de la aceptación hecha por el favorecido, y que se adhiere al parecer de Cossío.

También considera resuelta la cuestión CASTÁN (33): «En la actualidad, la Ley Hipotecaria vigente ha desenvuelto, en el artículo 141, el precepto del artículo 138, de tal modo que ya no ofrecen duda la posibilidad, la configuración y los efectos de la hipoteca establecida por disposición unilateral del dueño de los bienes gravados».

En el mismo sentido, ESPÍN (34) distingue entre la constitución de la hipoteca—por el solo consentimiento del constituyente—y la adquisición del derecho real mediante la aceptación del acreedor. La retroacción de efectos—ex art. 141, párrafo 2.º—hará que la hipoteca haya de considerarse como si hubiese existido *ab initio*.

Que nosotros sepamos, el único autor posterior a la reforma de 1944-46 que discrepa del parecer común es ALBADALEJO (35), que disiente en lo que se refiere a la explicación doctrinal del supuesto—pues él se inclina por la tesis de la reserva de rango por rechazar radicalmente la figura de los derechos sin sujeto—, si bien debe advertirse que a efectos prácticos la divergencia es inoperante, pues admitiendo la interpretación de ALBADALEJO, en conexión con el sentido indiscutible del mandato legal, se debe concluir que la posición del beneficiario, antes de la aceptación, es tan favorable como si se sigue la tesis dominante, que es la del «negocio dispositivo unilateral que provoca la *constitución* de la hipoteca». En efecto, ALBADALEJO (36) reprocha a los defensores de esta teoría porque quizá no han apreciado exactamente—dice—que «una cosa es que la inscripción sea constitutiva para la hipoteca, lo cual es exacto, pero sólo quiere decir que sin inscripción no habrá todavía hipoteca, y otra cosa es que la inscripción tenga tanta fuerza que haya necesariamente de hacer nacer y de manifestar la existencia de un derecho de hipoteca, lo cual es

(31) *Instituciones...*, cit., págs. 323-324.

(32) *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Madrid, 1951, páginas 660-661.

(33) *Derecho civil español común y foral*, 10.ª ed., II, 2 (Madrid, 1965), páginas 851-852.

(34) *Manual de Derecho civil español*, 4.ª ed., vol. II (Madrid, 1974), páginas 457-458.

(35) «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho civil*, 1950, págs. 55-85.

(36) *Op. cit.*, pág. 84.

ya inexacto, porque ni siempre la inscripción basta para que nazca la hipoteca, ni la existencia de inscripción impide que la hipoteca se haya extinguido ya. Ciertamente—añade—la inscripción es un importante factor del que se precisa para que la hipoteca nazca, pero no el único. Lo cual muestra como verdadero que en tanto falten esos otros factores, aunque haya ya inscripción, no habrá, sin embargo, todavía hipoteca constituida». Pero, en definitiva, los efectos prácticos—sin tratar en absoluto de minimizar la importancia de un planteamiento dogmático del problema—no se alejan mucho de los de la teoría dominante, pues ALBADALEJO viene a concluir que «la anotación de esa aceptación (la del acreedor) tendrá efectos retroactivos, por lo cual se considerará nacida la hipoteca desde la inscripción» (37). El único efecto práctico digno de atención—de seguir la tesis de ALBADALEJO—sería (aunque no creemos que el caso se dé) en relación con la hipoteca cambiaria precisamente. Trataremos del problema más adelante.

ROCA SASTRE (38), sin embargo, impugna el planteamiento de ALBADALEJO mediante la simple invocación del artículo 141 de la Ley, en relación con el 138. Y dice: «Con esto basta para refutarla (la tesis combatida) en el orden positivo, que es en el que nos encontramos. En contra de la postura adoptada por el legislador, no puede alegarse como irregularidad el que se halle en contradicción con la tesis de la imposibilidad de los derechos sin sujeto, puesto que esta imposibilidad es discutible, ya que cabe admitir situaciones jurídicas especiales de interinidad cuya configuración conduce a resultados análogos...» (39).

De ahí que el mismo Roca se atreva a concluir—y creemos que puede hacerlo, pues es pensamiento dominante—que «no cabe duda, pues, que en nuestro sistema, antes y después de la Ley Hipotecaria vigente, el acto unilateral de imposición de hipoteca por disposición del dueño de la cosa gravada, tiene el valor de un *acto de disposición, quedando creada la hipoteca desde el mismo momento de su inscripción*. Con ello nuestro sistema no sigue el criterio germánico del consentimiento formal, sino el latino de un acto sustantivo o material de constitución de hipoteca, pendiente en cuanto a su adquisición y, por ende, en su plena efectividad, de la aceptación del acreedor» (40).

(37) *Op. cit.*, pág. 85.

(38) *Derecho Hipotecario*, cit., pág. 607.

(39) Lo que sucede es que ALBADALEJO rechaza la existencia de esas situaciones jurídicas interinas (*La hipoteca unilateral*, cit., pág. 68), circunstancia que hace que las posturas sean irreconciliables, pues existe una discrepancia de origen o de fondo.

(40) *Derecho Hipotecario*, cit., pág. 607.

5. Efectos de la hipoteca constituida unilateralmente

Una vez perfilada la verdadera naturaleza de la hipoteca de constitución unilateral, de acuerdo con la orientación del Derecho vigente, los efectos que de ella derivan pueden ser deducidos con facilidad. Ahora nos interesan los producidos antes de mediar la aceptación del legitimado para hacerlo.

Siguiendo el resumen que expone SANZ FERNÁNDEZ (41)—mera aplicación de los principios que antes hemos expuesto—podemos distinguir los siguientes aspectos:

a) Aspecto accesorio o de garantía de la hipoteca. Si al constituirse la hipoteca existe ya la obligación, la garantía es plena y absoluta. En caso contrario no existirá hipoteca hasta que la obligación nazca, con lo que viene a equipararse a la constituida en garantía de obligaciones futuras. La existencia de la obligación, cuando nazca, se hará constar por nota marginal. No será precisa ésta, desde luego, cuando en el acto constitutivo de la hipoteca el deudor haga constar la existencia anterior de la obligación.

b) Aspecto activo de la hipoteca. Mientras no se produzca la aceptación, el acreedor no podrá hacer uso de la llamada acción de devastación, ni ceder el crédito hipotecario, ni ejercitar la acción hipotecaria.

c) Aspecto registral:

Prioridad.—La prelación de la hipoteca tendrá lugar desde la fecha de la inscripción. Se trata de una consecuencia de la retroacción «a la fecha de la constitución» (art. 141), si bien hay que hacer notar que en rigor esta consecuencia deriva de la energía constitutiva del acto jurídico unilateral más que de una verdadera fuerza retroactiva de la aceptación.

Legitimación.—La presunción del artículo 38 es perfectamente aplicable. En la nueva Ley la presunción ha de jugar en los términos que resultan del Registro, es decir, en el sentido de existir una hipoteca que puede aceptarse o no, pero que mientras no lo sea expresamente no puede reputarse incluida en el patrimonio del acreedor. De ahí la nueva fórmula en punto a la cancelación, de que luego hablaremos.

Fe pública registral.—Surte efectos desde la fecha de la inscripción. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, *éste puede invocar el artículo 34 con sólo aceptar la hipoteca*

(41) Comentarios..., cit., págs. 405-406.

constituida a su favor. El titular extrarregistral que se dirija contra la persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca verá enervada su acción cuando la aceptación recaiga.

ROCA SASTRE, en el mismo sentido, opina que entre la inscripción y la aceptación «la hipoteca *pesa como gravamen o carga* sobre la finca hipotecada»... que «queda bajo el amparo de los principios del sistema»... y que «goza, con su inscripción, del correspondiente rango hipotecario, o sea, de la ventaja que proporciona el principio de prioridad (42).

También en este punto se trata de doctrina dominante, por lo que omitimos la cita de otras autoridades.

6. *Tratamiento tributario*

1. En 1962 se ocupó de esta cuestión, con carácter monográfico, PUIG SALELLAS (43).

En breves términos, el problema consiste en determinar si la hipoteca unilateralmente constituida se halla sujeta a los mismos gravámenes impositivos que la hipoteca «normal» o si, por el contrario, su particularidad sustantiva determina, en conformidad con las leyes fiscales, otro tratamiento tributario.

No es pequeña la importancia práctica de este tema. En efecto, la eventual conclusión de que la hipoteca unilateral no está sujeta a los impuestos característicos de la hipoteca ordinaria *constituiría indudable aliciente en pro de aquélla*.

El punto de partida, a nivel de principios de exacción tributaria, es el de que la constitución de hipoteca es un acto típicamente susceptible de un «impuesto de tráfico» o «sobre el tráfico», por cuanto que el hecho imponible determina la transferencia y paralela adquisición de un derecho de carácter patrimonial.

En concreto, y por referirnos a la legalidad fiscal vigente cuando PUIG SALELLAS escribía, debemos mencionar dos textos.

Por un lado, la *Ley de los impuestos de Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes, caudal relicto y sobre los bienes de las personas jurídicas*, texto refundido de 21 de marzo de 1958, cuyo artículo 2.º rezaba:

«Están sujetos al Impuesto de Derechos Reales:
Con relación a bienes inmuebles:
.....

(42) *Derecho Hipotecario*, cit., págs. 608-609.

(43) «La hipoteca unilateral pendiente de aceptación y el Impuesto de Derechos Reales», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, págs. 781-795.

II. La constitución, reconocimiento, modificación, subrogación, transmisión y extinción, por cualquier título, de derechos reales sobre bienes inmuebles u otros derechos reales...

.....

Con relación a bienes muebles e inmuebles:

XV. La constitución, reconocimiento, modificación, postposición si mediere precio, prórroga expresa, subrogación, cesión e extinción de derecho de hipoteca, ya sea en garantía de préstamos, de la gestión de funcionarios públicos o contratistas con el Estado, del precio aplazado de las ventas o de cualquier otra obligación.»

Por otra parte, el *Reglamento para la aplicación de la Ley de los impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes*, de 15 de enero de 1959, reproducía literalmente en su artículo 5.º, epígrafe «con relación a bienes muebles e inmuebles», apartado XV, el texto de los correlativos epígrafe y apartado de la Ley.

Un autor clásico en la materia, BAS Y RIVAS (44), se había planteado en términos correctos el problema de la hipoteca unilateral.

Decía:

«Según los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, la hipoteca se puede *constituir* por disposición del dueño de los bienes y se podrá *cancelar* a petición del mismo dueño si no se aceptara y transcurrido determinado plazo; pero en ese caso de hipoteca unilateral, ¿quién es la persona obligada al pago del impuesto? ¿Ha de entenderse que la aceptación por parte del acreedor supone una condición suspensiva que, hasta que no se cumpla, permite aplazar la liquidación? Parece que así debiera ser. Lo indudable es que la hipoteca queda válidamente constituida desde el momento en que se inscribe, aunque *no sea eficaz* mientras que no se acepte, según afirma DE LA RICA» (45).

A continuación, BAS Y RIVAS formula un razonamiento que, además de ser contradictorio con el que después expondrá, creemos que no encuentra fundamento alguno. En efecto, añade:

«El artículo 59 del Reglamento, como persona obligada al pago, en el caso de la constitución, nos señala al acreedor, ya que, en definitiva, es la persona a cuyo favor se reconoce, transmite o declara. No hace falta que acepte para que, según la interpretación legal del precepto, se considere obligada a tributar.

Este criterio nos parece insostenible, pues puede conducir con facilidad a la paradoja de que una persona se vea obligada a satisfacer un impuesto por razón de un acto que, aunque potencialmente le beneficie, puede no haber querido.

(44) *Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes*, 2.ª ed., I (Madrid, 1960), págs. 336-337.

(45) Los subrayados son del autor.

El propio BAS Y RIVAS parece percatarse de que su apreciación no es de recibo, pues concluye:

«En la práctica será muy difícil el supuesto de la no aceptación; pero si algún caso se diera, parece muy fuerte esa obligación de tributar, y *parece también que lo equitativo sería no exigir el impuesto hasta que la hipoteca fuera aceptada*; pero lo dificulta la propia Ley hipotecaria, que no permite la inscripción sin pagar el impuesto y, sin embargo, autoriza la práctica de aquélla, dada la naturaleza jurídica del derecho, sin la previa aceptación.»

Con independencia del juicio de valor expresado en las palabras que nosotros hemos subrayado, debe observarse que la objeción final de BAS Y RIVAS, que parece conducir a la conclusión de que la hipoteca unilateral tributa, adolece de la petición de principio de que dicho acto merece la condición tributaria de «acto sujeto».

2. PUIG SALELLAS, en el trabajo antes citado, sostiene la tesis de que la hipoteca constituida unilateralmente no estaba sujeta al impuesto de Derechos Reales.

Sus conclusiones nos parecen tanto más sólidas a la luz de la legalidad tributaria posterior a su obra.

En efecto, la *Ley General Tributaria* de 28 de diciembre de 1963, al enumerar y definir en su artículo 26 las diversas clases de tributos (tasas, contribuciones especiales e impuestos), dice con relación a estos últimos (1. c.):

«Son impuestos los tributos exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica, que ponen de manifiesto la capacidad contributiva *del sujeto pasivo*, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la *circulación de los bienes* o la adquisición o gasto de la renta.»

Es menester poner de relieve dos extremos: 1) Que el devengo del impuesto está en relación con la participación de un «sujeto pasivo», cuya identidad especifican los textos fiscales reglamentarios; y 2) que los llamados impuestos de tráfico quedan descritos con la expresión «la circulación de los bienes», que implica—obvio es decirlo—transmisión y *adquisición*.

Por su parte, el *Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, de 6 de abril de 1967, califica como transmisiones patrimoniales *inter vivos* (art. 54, 2.º):

«La constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción por contrato, acto jurídico o administrativo de toda clase de derechos reales.»

En el caso de la hipoteca unilateral podría suponerse que su mera constitución determina la sujeción al impuesto de que tratamos, en interpretación literal del texto transcrito.

Pero creemos desechable esta conclusión por los siguientes motivos:

a) Porque en la pura constitución de la hipoteca unilateral no hay «tráfico» («circulación de bienes», en palabras de la Ley General Tributaria) mientras la hipoteca no sea aceptada por su destinatario o beneficiario. Descartadas interpretaciones más artificiosas, como la de la condición suspensiva, esto es, aun admitiendo con la doctrina hipotecaria más moderna que la hipoteca como gravamen «se constituye» por la sola voluntad del dueño del bien, nadie puede discutir que la adquisición del derecho real no se produce hasta que el beneficiario manifiesta explícitamente su aceptación.

La afirmación de que el hecho imponible implica transmisión se encuentra reconocida dentro de los «principios generales» de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, puesto que el artículo 9.º del correspondiente Texto Refundido remite el juego de la condición suspensiva, del término, del fideicomiso o de cualquier otra limitación a «toda *adquisición de bienes*», no a un acto puramente demostrativo de la voluntad de transmitirlos, como sería el de constitución unilateral de hipoteca.

No menos expresivo es el artículo 3.º (también incluido entre los «principios generales») al decir en su apartado 1:

«El Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados gravará las *transmisiones patrimoniales* “inter vivos”, el aumento real del valor...»

O cuando en el apartado 2 insiste:

«El Impuesto se exigirá:

a) Por las *transmisiones* “inter vivos” de toda clase de bienes... y de derechos, acciones y obligaciones...»

b) También constituye argumento, a nuestro juicio, el hecho de que el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, de acuerdo con el apartado c) del artículo 67 del Texto Refundido, sea la persona *a cuyo favor se realicen* los actos de constitución, reconocimiento, modificación, prórroga y extinción de derechos reales.

Nos parece evidente que la mera constitución unilateral de hipoteca no sólo no determina la adquisición de derecho por parte del eventual beneficiario, sino que tampoco permite decir que se ha practicado acto alguno «a su favor». Creemos fuera de toda duda que cuando el Texto

Refundido utiliza esta última expresión lo hace con el pensamiento puesto en un caso normal de efectiva adquisición de un derecho, reveladora de verdaderos «tráfico» o «circulación de bienes», que son la base de la «filosofía» del tributo.

Un comentarista de la vigente legislación tributaria (46) dedica unas pocas palabras al problema que venimos planteando y se remite al criterio de BAS Y RIVAS en cuanto sustentó la tesis de que lo equitativo sería que se suspendiera el pago del impuesto hasta su aceptación, pero reconociendo también la dificultad de que la Ley Hipotecaria no permite la inscripción sin el pago del impuesto.

En nuestra opinión, esta objeción no es tal, dado que puede sostenerse con fundamento que la constitución unilateral de hipoteca *no es acto sujeto al impuesto*, en cuyo caso bastaría la declaración en este sentido de la Oficina liquidadora para que la inscripción pudiera practicarse con toda regularidad.

Tampoco constituye argumento en favor de la tesis de sujeción al impuesto la retroacción prevista en el inciso final del párrafo primero del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, pues aunque en efecto dicha retroacción se da cuando la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca la acepta, este hecho de la aceptación es una mera hipótesis de carácter sustantivo en el momento en que la hipoteca se constituye e intenta inscribir, y puede ser que nunca se produzca.

3. Debemos referirnos, en fin, a otro problema que PUIG SALELLAS plantea. Es el relativo al tratamiento fiscal de la «cancelación» de la hipoteca, instada por el constituyente cuando el beneficiario ha rechazado la hipoteca establecida en su favor o guardado silencio durante el plazo de dos meses siguientes al requerimiento formulado al efecto (art. 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria). Un posible razonamiento sería: si la hipoteca *nació*, su eliminación registral es una verdadera cancelación sujeta al impuesto.

PUIG SALELLAS descarta la tesis de la sujeción al tributo con razones que creemos muy poderosas y que, en definitiva, arrancan de la propia argumentación utilizada para concluir que el acto de constitución de la hipoteca tampoco está sujeto (47).

Pero es posible que en un futuro inmediato la cuestión pierda todo significado, puesto que en el proyecto de ley del Impuesto sobre Trans-

(46) VELASCO ALONSO: *Los Impuestos Generales sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales*, II (Jaén, 1977), pág. 241.

(47) *Op. cit.*, págs. 786-787.

misiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (48) la extinción de los derechos reales no se incluye entre las transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto [art. 3.º, 1, A) y B)].

4. En relación con este tema, en el que en definitiva está en juego un posible objetivo de ahorro tributario, conviene señalar que—según tenemos noticia—las dudas acerca del régimen fiscal de la constitución unilateral de hipoteca se han suscitado sobre todo en casos de hipoteca sobre buque, en garantía de créditos concedidos por entidades bancarias.

Pues bien, este problema se halla hoy resuelto por virtud de dos recientes sentencias de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, *que declaran la no sujeción al impuesto de transmisiones patrimoniales de la hipoteca—incluida la bilateral—constituida sobre buques y en garantía de créditos bancarios*. Con lo que la posible particularidad de la hipoteca unilateral en materia tributaria deja de tener significado práctico *en este caso concreto*. No, desde luego, en todos los demás.

Las sentencias a que nos referimos son de 27 de mayo y 15 de diciembre de 1977. El supuesto de hecho es idéntico en ambas, por lo que las citas las hacemos sobre la segunda.

La Naviera X había constituido hipoteca sobre un buque, en garantía de un préstamo otorgado por varias entidades bancarias. Presentada la escritura en la Abogacía del Estado, se practicó liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, por el concepto de «préstamos» (número 12 de la Tarifa correspondiente), al tipo impositivo del 1,9 por 100. La Naviera promovió reclamación económico-administrativa contra dicha liquidación, que fue confirmada por el Tribunal Provincial de Vizcaya y en alzada por el Central. Formulado recurso contencioso-administrativo, la Sala de Vizcaya de esta jurisdicción lo desestimó, confirmando el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central. La Naviera interpuso el oportuno recurso de apelación ante el Tribunal Supremo.

La cuestión se planteaba en términos muy claros: consistía en decidir si el buque debe tener la consideración de bien inmueble a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, por la caracterización que como bien de aquella naturaleza establece el artículo 1.º de la Ley de hipoteca naval, o si, por el contrario, dicha ficción no surte efecto en la aplicación del citado impuesto, cuyo Texto Refundido, artículo 62.1, indica que estarán sujetos al mismo los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, como supuesto excepcional a la regla de no sujeción de los préstamos cuando constituyan actos habituales del tráfico de las empresas.

El Tribunal Supremo estimó la apelación interpuesta y, en consecuencia, anuló los actos administrativos impugnados, ordenando que se

(48) *Boletín Oficial de las Cortes*, día 20 de julio de 1978 (núm. 131), pág. 2844.

En este proyecto, por otra parte, se mantienen casi intactos los textos que en el actual Texto Refundido abonan la teoría de la no sujeción del acto de constitución.

En efecto, en el artículo 2.º, 1, A), se afirma que el Impuesto se exigirá «por las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos...».

Y el artículo 4.º reza: «Estará obligado al pago del Impuesto, a título de contribuyente, cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, el adquirente de los bienes o la persona en cuyo favor se constituya el derecho».

girase nueva liquidación por el Impuesto de Tráfico de Empresas. Reproducimos parte de sus considerandos:

«... la expresada Ley de hipoteca naval, al privar de su naturaleza mueble al buque, atribuyéndole la de la inmueble, lo hizo a fin de poder constituir una garantía real no posesoria sobre el buque, compatibilizando la garantía del acreedor con la finalidad comercial propia de la navegación marítima al quedar el buque en posesión del propietario, y para conseguirlo, como el Código Civil dispone que la hipoteca ha de recaer sobre bienes inmuebles (art. 1.874 y concordante de la Ley Hipotecaria), atribuyó este carácter al buque mercante, mediante una ficción legal que no tiene otro alcance en nuestro ordenamiento jurídico, como resulta del propio texto legal, según el que “pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes”, y señala que “para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio” (art. 1), y conforme a este precepto del Código mercantil para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciere modificación o restricción “seguirán los buques su condición de bienes muebles”, por lo que la atribución del carácter inmueble al buque mercante constituye una norma excepcional que no puede ser interpretada extensivamente ni aplicarse a supuestos distintos según doctrina común, hoy recibida por el Código Civil en su artículo 4, número 2, texto del 1974, al disponer que las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.»

«... que el carácter de bien mueble del buque, salvo el supuesto de su hipoteca, no resulta contradicho por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de abril de 1965, al exigir el consentimiento uxorio para hipotecarlo cuando el buque tenga carácter ganancial, pues en virtud de la exigencia del artículo 1.413 del Código Civil reformado en 1958 ese consentimiento se precisa para los actos dispositivos sobre inmuebles, por lo que precisamente a efectos de constitución de su hipoteca, al ser aplicable el singular precepto de la Ley de 1893, es exigible tal consentimiento, consideraciones que explícitamente se contienen en dicha resolución señalando el carácter de bien mueble a los restantes efectos del buque.»

«... que si del examen de la norma singular que atribuye carácter inmobiliario al buque pasamos a la normativa fiscal, y en concreto al impuesto de transmisiones patrimoniales que se aplica por la Administración, el artículo 10 de su Texto Refundido expresamente se remite al Código Civil o, en su defecto, al Derecho administrativo “para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación”, y conforme al Código Civil es clara la calificación del buque como bien mueble (arts. 333 y 334), razón por la que el artículo 62.1 del Texto Refundido del impuesto de litis no puede según esta disposición interpretativa ser comprender a los buques cuando se refiere a los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, pues conforme al citado artículo 10 los buques tendrán la caracterización que les atribuye el Código Civil, al que expresa y directamente se remite, a este efecto calificador, habiendo sido ya sustentado este criterio por la Sala al denegar a un buque la exención fiscal de este mismo impuesto contenida en su artículo 65, número 40, en favor de la constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero... (Sentencia de 6 de octubre de 1972)».

7. Remisión

Los demás extremos relativos a esta forma hipotecaria serán objeto de consideración—por evitar reiteraciones—al tratar de la hipoteca unilateral en garantía de letras de cambio.

III. LA LLAMADA HIPOTECA CAMBIARIA, EN ESPECIAL EN SU MODALIDAD DE CONSTITUCION UNILATERAL

1. *La hipoteca cambiaria*

El concepto de «hipoteca cambiaria» es de neta acuñación doctrinal. En primer lugar, porque su admisión por el legislador fue producto de las sugerencias de los autores, a instancias de las reales necesidades del tráfico. En segundo término, porque no existe como figura específica en nuestro Derecho, sino que se halla embebida—y aun diríamos que oscurecida—dentro de la modalidad especial de las hipotecas constituidas «para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador», reguladas por los artículos 154 a 156 de la Ley Hipotecaria.

La hipoteca cambiaria es la establecida «en garantía de la efectividad de letras de cambio», según breve pero suficiente definición de ROCA SASTRE (49). Dicho en otros términos, asegura una obligación incorporada a una o varias cambiales.

Constituye una forma de «hipoteca de seguridad», porque, como corresponde a la ley que gobierna la transmisión o circulación de la letra de cambio (por endoso), el titular del derecho se halla o puede hallarse indeterminado, pues no es otro que el tenedor «actual» del efecto garantizado.

2. *Su régimen en nuestro Derecho positivo*

Prescindiendo de un análisis de antecedentes, que no vendría a cuento, lo primero que cabe destacar es que la configuración y regulación legal de las «hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador», tal y como se encuentran en nuestra Ley Hipotecaria, parecen referirse a todo menos a la hipoteca cambiaria.

En efecto, el régimen de los artículos 154 a 156 está orientado a la hipoteca en garantía de títulos-valores, sí, pero de títulos de serie o masa,

(49) *Derecho Hipotecario*, ed. cit., tomo IV, 2, págs. 778 y ss.

y señaladamente de *obligaciones a la orden*, producto de una *emisión*. Nada de lo establecido sobre la constitución de la hipoteca, la cesión del derecho o la cancelación de aquélla, nos recuerda a la peculiar forma de girarse, circular y perder su eficacia una letra de cambio.

Sin embargo, la amplitud del término «títulos transmisibles por endoso», y el nada despreciable argumento que brinda el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (al decir que estos derechos podrán constituirse en garantía de letras de cambio, con *los requisitos que establecen los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria*), inducen a la conclusión de que la hipoteca cambiaria tiene carta de naturaleza en nuestro ordenamiento (50).

No está exenta de dificultades, desde luego, la figura que contemplamos. En un artículo de la Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, de 1941 (51), se plantean, con ocasión del comentario a una sentencia del Tribunal de Casación italiano, los problemas específicos que suscita esta forma de hipoteca: las letras aseguradas no se distinguen en la práctica de las otras; las renovadas no contienen los elementos de identificación indispensables según la reglamentación hipotecaria; el retorno o regreso plantea problemas que no se reflejan en el documento de giro; el deudor cambiario no es pura y exclusivamente el librado; la cancelación de la hipoteca exigirá la destrucción irreparable de la misma, etc. ROCA SASTRE, en la última edición de su *Derecho Hipotecario*, se ocupa de analizar cada una de estas dificultades (52).

Pero la indiscutible tolerancia que a este respecto manifiesta nuestro Derecho positivo vigente, unida sin duda al interés práctico que la figura puede revestir (53), hacen que la doctrina española se pronuncie en favor de la posibilidad de la hipoteca cambiaria (54).

Mas sentada esta admisibilidad, que la práctica se encarga de confirmar, queremos dejar constancia de que es precisamente el parcial enfoque que a la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso da nuestra Ley Hipotecaria lo que determina la existencia de notables lagunas normativas cuando se trata de aplicar su régimen al caso con-

(50) Vid. argumentos de ROCA, *op. cit.* en nota anterior, págs. 767 y 782-784. En el primer lugar afirma que en el artículo 154 de la Ley debe incluirse *primordialmente* la letra de cambio.

(51) Páginas 777-780.

(52) Páginas 765-782.

(53) Vid. ROCA SASTRE: «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria», en *Estudios con motivo del Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera (Estudios jurídicos varios), I, págs. 237-264, sobre todo apartado 5: «Ventajas prácticas de la hipoteca por letras de cambio» (págs. 249-251).

(54) Vid. GUIMERÁ PERAZA: «Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1954, págs. 139-152; SAPENA: «Hipoteca cambiaria», en *Revista de Derecho mercantil*, 1956, págs. 249 y ss., y ROCA SASTRE, *op. cit.* últimamente, IV, 2, pág. 783.

creto de la letra de cambio. Vacío cuya suplencia, como dice el propio ROCA SASTRE, «constituye el cometido propio de la jurisprudencia y de la doctrina» (55).

3. Constitución de la hipoteca cambiaria

Lo primero que cabe preguntarse es si la hipoteca cambiaria puede constituirse unilateralmente.

Bastará, para la contestación afirmativa de esta pregunta, la observación de que nada hay que de forma expresa o implícita lo impida. En efecto, la interpretación conjunta de los artículos 138 y 141 de la Ley Hipotecaria conduce a la conclusión de que *toda hipoteca voluntaria* puede ser consecuencia de un acto unilateral de constitución.

Pero hay que advertir, además, que el «tipo» en que la hipoteca cambiaria se inscribe—esto es, el de la constituida en garantía de títulos endosables o al portador—es especialmente apto para dicha forma de constitución, hasta tal punto que en algunas de sus versiones es difícil pensar en la posibilidad de que pudiera ser de otro modo. Refiriéndose a la hipoteca en garantía de títulos, en general, Cossío (56) dice: «Estas hipotecas pueden constituirse, y ello será lo único posible en las que garantizan títulos al portador, mediante acto unilateral». Más tajante todavía es DE CASSO (57), para quien «estas hipotecas se constituyen unilateralmente, por no existir todavía el acreedor (o acreedores), que, además, pueden cambiar muy fácilmente». El primer término de la argumentación no es convincente en el caso de la letra, pues sí es conocida la identidad del tomador; pero lo es el segundo, que, combinado con el proceso ordinario de obtención de créditos bancarios, por ejemplo, hace de esta modalidad de constitución hipotecaria una fórmula, no ya sólo posible, sino muy aconsejable en la práctica.

La constitución de esta clase de hipotecas deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en el Registro competente. En dicha escritura se harán constar, además de las circunstancias generales, las relativas al número y valor de las cambiales, su identificación y la fecha o fechas de vencimiento. Así se deduce, *mutatis mutandis*, del ar-

(55) *Op. cit.* nota anterior, pág. 781. En otro lugar de la misma obra (página 767) había dicho este autor: «... Pero la hipoteca cambiaria es cosa posible en nuestro sistema y, por tanto, *no hay más remedio que efectuar aquella adaptación* (a las peculiaridades de la letra de cambio), que ha olvidado hacer la Ley». Y vuelve a insistir (pág. 770): «... la hipoteca cambiaria la admite nuestra legislación, pero se halla huérfana de regulación específica en ella».

(56) *Instituciones...*, cit., pág. 325.

(57) *Derecho hipotecario o del Registro...*, cit., pág. 673.

título 154 de la Ley, que es preciso adaptar a las peculiaridades de la letra, pues su texto se contrae al supuesto de *obligaciones*, como antes hemos denunciado.

Aunque el último inciso del párrafo segundo del referido artículo *ordena* que se haga constar, cuando se trata de títulos al portador, «que queda constituida la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones», es claro que será *conveniente* hacerlo también en el caso de títulos a la orden, como es la letra.

ROCA SASTRE (58) afirma: «Como en estas hipotecas el crédito garantido lo está a través del título-valor en el que va incorporado, hay que prescindir de si este título-valor es nominativo, endosable o al portador. Claro que si el título es nominativo o endosable podrá hacerse constar el nombre del que sea propietario del mismo al tiempo de constituirse la hipoteca, pero ello no es necesario. Por consiguiente, la hipoteca se establece a favor de quien sea en cualquier momento titular o propietario de los títulos objeto de la misma». VALLET DE GOYTISOLO (59) también opina que debería autorizarse su constitución a favor del que sea tenedor de la letra al exigirse su efectividad. Aunque induce a pensar así la propia naturaleza de la letra de cambio, creada para pasar de una mano a otra, parece aconsejable la identificación del primer tenedor, a la luz del artículo 141.

Debe entenderse, por otro lado, que no es aplicable al caso de la letra de cambio la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 154 de la Ley, que exige la constancia, *en los títulos*, de la fecha y Notario autorizante de la escritura, así como los datos de la inscripción. Lo estimamos así porque esta prevención tiene sentido cuando se trata de «obligaciones»—que como venimos diciendo es el caso en que está pensando la Ley—, pero no cuando la garantía recae sobre cambiales. Por otro lado, como dice ROCA SASTRE (60), dicha constancia podría encontrar un obstáculo en el artículo 444 del Código de Comercio.

(58) *Op. cit.* últimamente, pág. 766. En el mismo sentido, SAPENA, *op. cit.*, página 258.

(59) «Introducción al estudio de la hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *Revista de Derecho privado*, 1953, pág. 539.

(60) *Op. cit.*, pág. 770. Es digno de señalarse que el criterio a que acabamos de referirnos no es el que el mismo ROCA había manifestado en su trabajo *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, cit., pág. 259, pues dijo allí que «esas notas —las del párrafo tercero del artículo 154— deben extenderse en el ejemplar de la letra de cambio que contenga la aceptación del librado...». Añadía, sin embargo, que su falta no habría de originar la inexistencia de la hipoteca (págs. 259-260). SAPENA, *op. cit.*, pág. 261, entiende que el párrafo tercero del artículo 154 no es aplicable a la hipoteca cambiaria, pero estima aconsejable que el Notario extienda una nota al dorso de la letra, expresiva de la constitución de la hipoteca.

4. *Doctrina de la Dirección General de los Registros*

El modo característico en que se plantean en la práctica este y otros tantos problemas registrales hace que no exista «jurisprudencia» propiamente dicha sobre la hipoteca cambiaria. Pero sí hay, en cambio, una reciente doctrina de la Dirección General de los Registros, a la que a continuación nos referimos.

Dos Resoluciones muy próximas entre sí (de 25 y 26 de octubre de 1973) pueden ser representativas del pensamiento del Centro Directivo.

La primera versaba sobre una hipoteca voluntaria constituida en garantía del pago a sus vencimientos de ciertas letras de cambio que se relacionaban, aceptadas por el hipotecante y libradas por el acreedor.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, fue calificada con nota en la que se denegaba la inscripción, entre otros motivos: «Porque constituyéndose hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, no se cumplen los requisitos prescritos en los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, es decir, ser talonarios y tener doble matriz...».

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia se manifestó, en cuanto a este punto, contrario al parecer del Registrador.

La Dirección General confirmó—también en lo que a este extremo se refiere—el criterio del auto apelado. Por tanto, se rechazaban los argumentos invocados por el Registrador contra la inscribibilidad de la hipoteca del caso.

Más significativa es, sin duda, la Resolución de 26 de octubre de 1973, que desarrolló toda una doctrina sobre la hipoteca cambiaria.

Se trataba de un supuesto semejante al anterior, con nota del Registrador denegatoria de la inscripción solicitada. Decía la nota: «Denegada la inscripción del título que precede, por el defecto, que se estima insubsanable, de no aparecer admitida y regulada en nuestro Derecho la llamada hipoteca cambiaria, por cuanto las letras de cambio son títulos de naturaleza diferente a las obligaciones endosables a que se contrae el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y no reunir los requisitos exigidos imperativamente por dicho precepto y el artículo 247 de su Reglamento, entre los cuales se destaca la necesidad de que, siendo talonarios, tengan doble matriz, una de las cuales habrá de quedar depositada en este Registro de la Propiedad».

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador.

En alzada, la Dirección General confirmó—en lo que a este extremo atañe—el auto apelado. Y sentó la siguiente doctrina:

«Considerando que la cuestión central planteada en la nota de calificación obliga a resolver en primer término si cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio, no obstante aparecer explícitamente reconocida su admisibilidad, con posibilidad hasta ahora meramente teórica, en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria y en el 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Considerando que indudablemente este tipo de hipoteca ofrece, dentro de las hipotecas en garantía de títulos de crédito, especiales peculiaridades debidas a las características del mismo crédito garantizado, puestas de relieve en diversas resoluciones de este Centro, como pueden ser, entre otras, y sólo a título de ejemplo, la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el 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; o, por último, las que pueden presentarse en la fase de ejecución, y, en general, una falta de evidencia si no se ha matizado o regulado bien la garantía, que puede inducir a error a los terceros y tenedores de las citadas letras de cambio.

Considerando que, por todo lo expuesto, no es extraño que hayan sido vistos con cautela y disfavor por esta Dirección General los contados casos en que se han planteado en recurso gubernativo su inscribibilidad, sin perjuicio de, no obstante, reconocer, también en un plano de mayor generalidad, como ya declaró la Resolución de 16 de junio de 1936, lo conveniente que fuera facilitar la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad, «porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional».

Considerando, por tanto, que siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y, por otra parte, resulten salvaguardados los principios hipotecarios—lo que no sucedía en los casos examinados por este Centro con anterioridad a este expediente—, no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal 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.

Considerando que examinado ya el defecto de carácter general de la nota procede pasar al examen de los más particularizados, a saber: a) La necesidad de dar cumplimiento al depósito en el Registro del librotalonario, mencionado evidentemente para otro supuesto, más general, en el artículo 154 de la Ley; b) la no inscribibilidad del pacto que establece el vencimiento anticipado de la hipoteca, si se deja de satisfacer una de las letras de cambio; y c) la posibilidad de que en este caso concreto pueda ser ejercitado el procedimiento judicial sumario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que aun cuando el artículo 154 de la Ley Hipotecaria establece para la constitución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que éstos habrán de ser talonarios, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como

tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas, y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.»

En relación con esta doctrina—y porque este autor la critica—procede ahora citar el parecer del más reciente comentarista de la legislación hipotecaria. Nos referimos a CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (61), que es el *único* autor contemporáneo que muestra reservas sobre la admisibilidad de la hipoteca cambiaria. Lo hace al comentar la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, y en concreto al referirse a los títulos susceptibles de esta garantía. Después de mencionar el párrafo segundo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria y los párrafos 1 y 2 del artículo 247 de su Reglamento, como incompatibles con las características de la letra de cambio, CAMY aventura la inviabilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho, y dice, respecto de la Resolución de 26 de octubre de 1973, que «sostiene una tesis muy digna de encomio desde el punto de vista del Derecho constituyente», pero «insostenible dentro del Derecho constituido».

Sin embargo, este parecer—como decíamos, único entre nuestros autores—no tiene a nuestro juicio ningún fundamento. La sola razón que invoca el autor es la de la incompatibilidad formal antes citada, pero su modo de pensar incurre a nuestro entender en una petición de principio. En efecto, la afirmación de que el artículo 154 de la Ley no se corresponde en toda su integridad con el modo de ser de la letra de cambio no es argumento para concluir que no cabe hipoteca en garantía de letra de cambio, sino que lo único que acredita es que ésta debe verse sometida a un régimen diferente; y en una materia que, por otra parte, no tiene ningún contenido sustantivo, sino sólo un significado formal, instrumental o de pura mecánica. Sobre la base de que nuestra Ley Hipotecaria admite genéricamente la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, y puesto que la letra es uno de éstos, y no podemos distinguir donde la Ley no distingue, *ninguna razón sería hay para rechazar la llamada hipoteca cambiaria*. Lo único que será preciso, como

(61) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.^a ed., vol. VI (Pamplona, 1975), págs. 904 y ss.

antes hemos dicho, es colmar las lagunas legales en lo que a la letra de cambio se refiere. Y en este sentido no merece más que elogios el recurso que la Resolución mencionada hace al elemento integrador que es la *analogía*.

5. *Naturaleza jurídica*

Una breve consideración, ahora, sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca cambiaria. Este extremo merece ser citado porque de su análisis pueden deducirse, a nuestro juicio, interesantes conclusiones con vistas a la cobertura de las lagunas de que adolece el régimen positivo de esta institución.

La afirmación central es que *la garantía se concede para la cambial, no para la relación subyacente*. Así lo manifiestan sin vacilaciones los autores españoles que se han pronunciado sobre el tema (62).

Consecuencia obligada de esta premisa es que, puesto que el crédito cartular y el crédito causal pueden tener vigencias diferentes, «puede darse el caso que se extinga la relación cartular (con la relativa garantía por sí existente) mientras sobreviva el crédito causal (también con la relativa garantía por sí existente); así como puede acaecer que, debido a la autonomía de la relación cartular, ésta sobreviva, a la par que la conexas garantía, a favor del cesionario o tenedor sucesivos, mientras puede independientemente ser satisfecha la relación subyacente de la relación entre deudor y acreedor originario...» (63).

A nuestro entender, este principio tiene una importancia trascendental, pues permite sostener que la «abstracción» que caracteriza a la relación cartular se tiene que propagar, necesariamente, a los aspectos registrales que implica la garantía hipotecaria. Debe significar, en suma, que esos aspectos registrales no pueden contradecir el peculiar mecanismo de la letra de cambio; por ejemplo, poniendo trabas a su particular modo de circular o transmitirse; o desnaturalizando el principio de que acreedor cambiario es, en cada momento, el titular de la letra por el solo y exclusivo motivo de haberle sido válidamente endosada. En los siguientes apartados 6 y 7 haremos aplicaciones de esta fundamental idea.

(62) GUIMERÁ PERAZA lo dice implícitamente en *Hipoteca de máximo...*, páginas 142-144; SAPENA: *Hipoteca cambiaria*, cit., pág. 257, con referencia a la doctrina italiana, también pacífica en este punto, y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., IV, pág. 783.

(63) ROCA SASTRE, *loc. cit.* últimamente.

6. Transmisión del crédito hipotecario

A pesar de que ha habido alguna opinión disidente (64), prevalece entre los autores la de la aplicabilidad al caso de la hipoteca cambiaria del artículo 150 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones (léase «títulos») transferibles por endoso o al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, *sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro*». Este es el pensamiento de SAPENA (*op. cit.*, págs. 264-265, con argumentos decisivos), ROCA SASTRE (65), VALLET (66) y GUIMERÁ (67), si bien este último considera que es aconsejable la inclusión de la cláusula por la que el deudor renuncia expresamente al derecho a ser notificado en el caso de que se ceda el crédito hipotecario. Estimamos, sin embargo, que esta cautela es absolutamente innecesaria cuando la hipoteca se ha constituido *también* en favor de los sucesivos tenedores de la cambial.

Hemos subrayado las correspondientes palabras del artículo 150 de la Ley por la conexión que pueden tener, a nuestro juicio, con el problema que en seguida suscitaremos, relativo a la aceptación por parte del acreedor y al requerimiento que a tal efecto prevé el artículo 141.

7. La aceptación de la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente

1. En este apartado y en el siguiente vamos a referirnos a dos extremos que, por así decirlo, nos colocan ya en el centro de los problemas prácticos más importantes que plantea la figura que venimos contemplando.

En efecto, la peculiaridad de la hipoteca unilateral, puesta en relación con el no menor particularismo de la hipoteca cambiaria, suscita interesantes cuestiones en punto a la aceptación del acreedor y al requerimiento que prevé el artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria. Son dos capítulos, además, de especial interés para el acreedor,

(64) PÉREZ JOFRE, cuyo criterio cita GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, pág. 146. Sin embargo, y como SAPENA pone de manifiesto (*Hipoteca cambiaria*, cit., pág. 256), la opinión de PÉREZ JOFRE no es significativa, pues este autor se refiere—al hacer su comentario—a una hipoteca en garantía de *obligación futura*: la hipoteca por la letra *cuando se endose*.

(65) *Variaciones...*, cit., págs. 261-262.

(66) *Introducción al estudio...*, cit., pág. 538.

(67) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 146-147.

pues de la contestación que se dé a algunos de los interrogantes que aquéllos plantean puede depender la estabilidad del derecho constituido en su favor y, por tanto, el significado de seguridad o tranquilidad que a todas luces busca dicho acreedor en esta fórmula de garantía.

Hay que poner de relieve que no abundan los pronunciamientos doctrinales en torno a estas cuestiones—por virtud de la especialidad del supuesto de hecho—, y que en algunos puntos concretos el silencio es total (68). Sin embargo, creemos que es posible formular soluciones, que no dudáramos en calificar de «seguras», fruto de un proceso interpretativo de adaptación de las generalidades de cada una de las dos figuras que entran en juego al particularismo del caso planteado.

2. En primer lugar, *la aceptación del acreedor*.

Como hemos dicho con anterioridad, la hipoteca unilateral *se constituye* en el momento de la inscripción de la correspondiente declaración, pero el derecho *es adquirido* por el acreedor cuando éste *inscribe* (dado el carácter constitutivo de la hipoteca) su aceptación. Es éste un principio que unánimemente expresa la doctrina (69), si bien hay que puntualizar—observación válida de ahora en adelante—que este criterio viene manifestado dentro de la teoría de la hipoteca unilateral. Y dado que la exposición doctrinal de esta forma hipotecaria gira siempre alrededor del supuesto «*normal*», que es el de hipoteca ordinaria o de tráfico, no es atrevido opinar que los pronunciamientos deben acogerse con reservas o como sujetos a posibles excepciones; tal podría ser la de la hipoteca cambiaria, cuyos rasgos se apartan tanto de la hipoteca «típica» que la *ratio* de algunos preceptos «generales» no concuerda con el modo de ser y producirse y con el mecanismo propio de la letra de cambio. A veces, la adaptación es realmente imposible (70).

Es con base en estos razonamientos, sin duda, por lo que ALBADALEJO (71) sostiene la interesante teoría—no contradicha por nadie, acep-

(68) En el tratamiento doctrinal de estas figuras se aprecia un rasgo curioso, aunque explicable. Consiste en que los autores, al referirse a la hipoteca de constitución unilateral, se suelen limitar a decir que puede establecerse *también* en garantía de letras de cambio (hipoteca cambiaria). Y al tratar de esta última—en el capítulo de hipotecas de seguridad, y confundida casi siempre en el caso general de «títulos transmisibles por endoso o al portador»—, se limitan a su vez a manifestar que puede constituirse unilateralmente. No es frecuente hallar soluciones explícitas al caso combinado «hipoteca unilateral-en garantía de letras».

(69) Por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 1, cit., pág. 609.

(70) Por ejemplo, y como antes hemos dicho, la doctrina da por bueno que no es aplicable a la letra de cambio la disposición del párrafo tercero del artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

(71) *La hipoteca unilateral...*, cit., pág. 83. Dice ALBADALEJO: «En este caso, las consecuencias que en el otro produce la *registración de la aceptación*, las produce la *aceptación sola*, que tiene lugar *al adquirirse los títulos emitidos*» (el subrayado es nuestro).

tada por SAPENA (72) y parece que admitida por ROCA SASTRE (73)—según la cual *no es necesario registrar la aceptación a que se refiere el artículo 141 de la Ley Hipotecaria en el caso de las hipotecas constituidas en garantía de títulos-valores del artículo 154 de la misma Ley.*

Esta interpretación, aun reconociéndola discutible, tiene a nuestro juicio mucho fundamento. Es la propia naturaleza de los títulos—llamados por definición a circular, con la consiguiente indeterminabilidad del titular de los mismos—la que hace inviable el requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo 141; y, decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación.

Planteada la cuestión en el terreno de los títulos endosables o al portador en general (esto es, incluida la letra de cambio, pero no sólo ella), la fórmula de la aceptación constituye un elemento *perturbador y absurdo*.

Es *perturbador* en el caso de títulos *emitidos en masa*. No es fácil de imaginar el supuesto de cientos o miles de obligacionistas, por ejemplo, acudiendo al Registro para hacer constar su aceptación de una hipoteca que, por principio, se constituyó unilateralmente en su favor por la entidad emisora; una aceptación, además, que debe darse por supuesta e implícita desde el momento mismo de la adquisición del título.

Y es *absurdo* si contemplamos la *ratio* o justificación del presunto mandato que impone la aceptación del acreedor cartular.

Hacemos hincapié en el adjetivo «presunto» porque—y ésta es una observación que a nuestro juicio escapa a todos los comentaristas—en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, si bien se mira, *no se dice que siempre es necesaria la aceptación*, sino que *la aceptación se hará constar en el Registro*. Es indudable que se debe reducir el precepto a aquellos casos en que la aceptación es imprescindible, pero de él no se puede extraer la conclusión de que *en todo caso lo es*. Dicho en otras palabras, el artículo 141 ha de ponerse en relación con los principios sustantivos—propios de cada modalidad y por ello acaso diferentes entre sí—, que serán los que digan cuándo es necesaria y cuándo no la aceptación.

Pero aunque quisiéramos dar al artículo 141 la mayor generalidad, es obvio que su mandato habría de interpretarse a la luz de las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral.

Reproduzcamos a estos efectos las palabras de SAPENA (74). Este autor, después de haber dicho que la garantía se establece en favor de los suce-

(72) *Hipoteca cambiaria...*, cit., pág. 259.

(73) *Variaciones...*, cit., pág. 256. Este autor invoca el argumento, no muy decisivo por sí solo, de que el artículo 154 no exige la constancia registral de la aceptación.

(74) *Hipoteca cambiaria...*, cit., pág. 259.

sivos endosatarios o tenedores legítimos, dice: «Consecuencia de esta indeterminación del acreedor es que no se precise acuerdo para la constitución de la hipoteca, que es de tipo unilateral (75), sin requerir tampoco la expresa aceptación posterior del acreedor para su perfección. No lo dice así nuestra Ley Hipotecaria respecto a la hipoteca en garantía de títulos valores, pero no otra cosa se deduce de sus normas, las mismas por lo que a este punto atañe para títulos endosables que para títulos al portador, y siendo en estos últimos imposible, por su propia esencia, obtener la aceptación del acreedor, para todos debe entenderse dispensado este requisito. Lo cual *no quiere decir tampoco que la aceptación no se produzca, sino que lo que no se exige es la aceptación expresa de la hipoteca como derecho independiente del derecho incorporado al título, y que tampoco se requiere la anotación registral de la aceptación como en el supuesto ordinario de hipoteca unilateral* (76). Pues *hay aceptación tácita del tomador en la primera entrega de la letra o bien puede verse, estimándola latente en el interregno, en el hecho de ejercitar la acción hipotecaria*. Pero lo cierto es que la hipoteca ha nacido, *que existe sin necesidad de requisito posterior alguno...*».

En efecto, el momento de ingreso del derecho de hipoteca en el acervo del acreedor no puede ser la constancia registral de la aceptación—en el caso de hipoteca en garantía registral de una letra representativa de un crédito *ya existente*—, sino la «*aceptación*» del título mismo. No en vano la propia Ley reduce sensiblemente—hasta en su propia terminología—el alcance del hecho registral, pues dice que la aceptación—producida de antemano, por hipótesis—«se hará constar» en el Registro. Y además, «por nota marginal»; esto es, mediante un asiento de carácter secundario.

Es preciso resaltar además que el artículo 150 establece que en el caso de títulos endosables o al portador «el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título». Hay que tener en cuenta (en esto nadie discrepa) que el «derecho» propiamente dicho sólo está en manos del acreedor cuando éste ha aceptado. De forma que, tratándose de hipoteca de constitución unilateral (que es la modalidad normal, y en algunos casos obligada, dentro de la hipótesis de garantía de títulos), *parece* que el cedente tendría que haber hecho constar su aceptación en el Registro para poder transmitir su derecho hipotecario. Pero a todas luces esto no es así: la aceptación del primer tenedor va implícita en la recepción del título, y la de los sucesivos tenedores también.

Concuerda perfectamente con estas ideas, por otra parte, el hecho de que para la ejecución de los títulos a que nos estamos refiriendo (art. 154)

(75) En rigor hemos de decir que *puede* ser unilateral o que *de ordinario lo es*. Esta observación es nuestra.

(76) Los subrayados de este pasaje son nuestros.

baste el «*certificado de la inscripción de la hipoteca*». Y en el caso de las unilaterales, como es sabido, esta inscripción es la referente a la declaración del constituyente; nada más.

Por si fuera poco, del artículo 156 se deduce que no repugna a la Ley la idea de una hipoteca que se adquiere implícitamente con la adquisición del título, pues permite la cancelación de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador cuando éstos no han sido «puestos en circulación». Nada se dice—y hubiera sido admisible, de haber seguido hasta el límite el juego de una rigurosa y expresa aceptación—para el caso de que los títulos, ya emitidos, no hubieran dado lugar a las correspondientes aceptaciones por parte de los titulares. Evidentemente, este argumento tiene fuerza, sobre todo, en relación con el requerimiento a que nos referiremos en el apartado siguiente. Para probar que en el caso de títulos-valores no tiene aplicación el párrafo segundo del artículo 141.

3. Pero es que aunque se negasen todas las anteriores afirmaciones, lo indudable es que el acreedor (quien en cada momento sea tenedor de la letra) *puede hacer constar su aceptación en el Registro*, produciendo ésta—por la propia naturaleza de la hipoteca unilateral, tal y como viene perfilada en la Ley vigente, en opinión de la mayoría de los autores—efectos que «se retrotraerán a la fecha de la constitución» de la hipoteca.

Quiere decir que *en cualquier momento* puede aceptar el acreedor (y en teoría todos o algunos de los varios posibles endosatarios), haciendo con ello que la garantía hipotecaria tenga plena e indiscutible vigencia, con todo el significado privilegiado que el derecho real confiere. Rigiendo como fecha de nacimiento de la garantía—eficaz *erga omnes*—la de la constitución unilateral en su día inscrita (77).

Aplicadas estas conclusiones al caso que nos ocupa, se puede asegurar que la situación del tenedor de las cambiales garantizadas con hipoteca es similar, en cuanto a las consecuencias y posibilidades prácticas, a la del acreedor hipotecario «típico» (el que ha convenido la hipoteca o la ha aceptado ya registralmente).

Mas no es sólo esto, sino que el hecho de que lo único que deba constar en el Registro sea «la aceptación» de la persona en cuyo favor se ha constituido la hipoteca (los sucesivos tenedores, en el caso de la cambiaria), exime de algunos rigores formales. Por ejemplo, y siguiendo la opinión de ROCA SASTRE (78), parece obligado aceptar que para que el Re-

(77) Este dato de la fecha no sólo tiene interés por lo que se refiere a la posible insolvencia y ejecución (singular o universal) del deudor—que sin duda es el aspecto más visible—, sino también en el caso de quiebra del acreedor aceptante (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 611).

(78) *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 610.

gistrador practique la nota marginal necesita que se le presente un documento público *del que resulte* que ya ha habido aceptación, pero sin que esto signifique que esta aceptación deba ser expresa y solemnemente formalizada.

También se deduce de forma incuestionable—por virtud de la simple aplicación de los principios generales—que la prueba y constancia de una posible aceptación tácita pueden resultar de una declaración judicial al respecto, en cuyo caso—dice ROCA SASTRE (79)—«presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda de que deberá extenderse la procedente nota marginal». Sin embargo, este supuesto no tiene, a nuestro juicio, más significado que el puramente académico, pues no se ve la necesidad de recurrir a un procedimiento judicial si el acreedor puede, cuando quiera y sin necesidad de la colaboración del dueño de la cosa hipotecada, hacer constar su aceptación por vía de una simple declaración en tal sentido. Sólo vemos aplicación a esta fórmula en el caso de que sea un acreedor del acreedor—a través de la acción subrogatoria del art. 1.111—quien tenga interés en dejar constancia registral de la aceptación manifestada tácitamente por su deudor.

8. *El requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del artículo 141*

1. Según se desprende de la simple lectura de este precepto, su párrafo segundo consagra un medio de «provocación» para que la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca se manifieste aceptándola o rechazándola. El silencio después de transcurridos dos meses tiene el valor legal de una negativa, pues entonces se permite al dueño de la cosa hipotecada cancelar la hipoteca.

Traemos a colación este extremo por cuanto puede afectar a la situación del acreedor hipotecario-tenedor de las letras garantizadas. En efecto, en un terreno de mera hipótesis podría dudarse de la seguridad o confianza que puede albergar ese tenedor, si, como es normal, su identidad no es conocida por el constituyente de la hipoteca (nos referimos, desde luego, a un tenedor distinto del tomador).

El problema está íntimamente conectado, como es obvio, con el relativo a la necesidad o no necesidad de aceptación en el caso de la hipoteca cambiaria, pues es incuestionable que el requerimiento a que nos referimos no podrá surtir los efectos típicos que la Ley le asigna si la aceptación no se requiere. Con el fin de contemplar todas las hipótesis, vamos a suponer que la aceptación sí es necesaria, aunque, como hemos visto,

(79) *Loc. cit.* en nota anterior.

la opinión de los pocos autores que se han manifestado al respecto es la contraria.

A partir de esta premisa, ocioso es señalar que, en el peor de los casos, si se entendiese que el citado requerimiento tiene cabida también en el supuesto de hipoteca cambiaria, no habría lugar a temor alguno para el tomador de la letra que no la ha endosado, es decir, que continúa siendo su titular o tenedor, pues respecto a él no existe problema de identificación por parte del constituyente de la hipoteca.

ROCA SASTRE (80) tiene el acierto de tocar este tema, que omiten los demás autores que hemos consultado, planteando con carácter general el problema de las *notificaciones y citaciones* que deban hacerse al titular de la hipoteca cambiaria.

Este autor sólo se refiere, sin embargo, a notificaciones de carácter procesal, o previas al proceso, o que tienden a evitarlo. Por ejemplo, la citación al acreedor con ocasión de la ejecución de un crédito hipotecario anterior o preferente; o para impugnar la validez de la hipoteca o de su inscripción; o para proceder al pago, con vistas a obtener la cancelación; etcétera. A mayor abundamiento, deben incluirse en esta problemática los requerimientos de otro orden, como es el del artículo 141.

El problema estriba en la circunstancia de que el acreedor hipotecario no consta nominativamente en el Registro, y no es razonable que el interesado se vea obligado a localizar a la persona que en cada momento sea tenedor de la cambial.

ROCA se adhiere al criterio que al efecto adopta el Código italiano (el de hacer las notificaciones a quien, según el Registro, intervino como propietario de la letra al tiempo de constituirse la hipoteca o al endosatario ulterior que hubiere hecho constar en el Registro su condición de tal), pues, aunque cree que no es fórmula «del todo satisfactoria», se ve obligado a reconocer que es «la única racionalmente posible».

2. Pero debe observarse que esta doctrina, que no admite contradicción fundada, gira alrededor de la conveniencia o favor *del deudor*, pues de lo que se trata con su planteamiento es de exonerarle de la difícil —«imposible» en términos jurídicos— carga de identificar al tenedor «actual» de la cambial.

Sin embargo, la cuestión debe enfocarse también desde el punto de vista del tenedor mismo, pues es claro que un hipotético requerimiento formulado por el propietario constituyente de la hipoteca a persona distinta de la que en ese momento es titular legítimo de la cambial podría venir a significar, en suma, la cancelación de la hipoteca establecida. Bastaría con que el Registrador comprobase que, pasados dos meses a contar

(80) *Variaciones...*, cit., págs. 262-263.

del requerimiento—cuya práctica podría serle fácilmente acreditada por el constituyente—, el destinatario del mismo (o requerido) no ha hecho constar su aceptación en el Registro. Este silencio no tendría relevancia en el plano de las relaciones que podríamos llamar internas, pues por hipótesis el requerido no es el legitimado para aceptar—por no ser en ese momento tenedor de la letra—, mientras que el verdadero legitimado para aceptar no ha sido requerido. No obstante, la cancelación que en su caso se practicase surtiría todos sus *efectos publicitarios o registrales*, entre ellos el de otorgar a tercero la facultad de desconocer la presunta subsistencia (en el terreno civil) de la hipoteca cancelada y, en consecuencia, el de verse liberado de sus efectos.

El problema puede resolverse en un doble plano.

a) El primero consiste en entender que el requerimiento a que nos venimos refiriendo es *también* posible en el caso de la hipoteca cambiaria. En este supuesto, parece indiscutible que sólo será eficaz el requerimiento que se formule al tenedor de la letra, cuya identidad puede ser conocida por el constituyente de la hipoteca por dos motivos: o por ser el tomador mismo, o por tratarse de un endosatario que hubiere hecho llegar a conocimiento de aquél su condición de tal. No es más que el criterio seguido por el Código italiano, al que, como hemos visto, se adhiere ROCA SASTRE.

De esta solución, «única racionalmente posible», se deduce que el Registrador, para practicar la cancelación, deberá tener constancia de que el requerimiento se ha dirigido, precisamente, a quien en el momento de practicarlo era tenedor de la cambial.

De esta consideración se infiere, a su vez, que la situación óptima, sobre la que no cabe discusión alguna, es la del tomador que mantiene la titularidad del efecto hasta el momento de su vencimiento, pues aun en la tesis de que el requerimiento del artículo 141 de la Ley Hipotecaria es viable en la hipoteca cambiaria, nadie podrá dudar de que el Registrador exigirá, para la práctica de la cancelación, la prueba de haber requerido al primer tenedor de la letra, cuya identidad, por otra parte, conviene que conste—y constará de ordinario—en la inscripción de constitución del gravamen real.

En relación con los sucesivos tenedores, todo induce a sostener que el requerimiento a que nos referimos sólo puede producir sus efectos—el de servir de fundamento a la petición de cancelación, sobre todo—cuando el constituyente de la hipoteca acredite que se ha dirigido a quien en aquel instante era tenedor de la cambial. Otra cosa sería desnaturalizar el significado teórico y la justificación práctica del crédito inmobiliario en su modalidad cambiaria.

b) Mas estas razones nos conducen al planteamiento de otra pregunta más sugestiva, que es *la de si se juzga siquiera posible, en el caso de la hipoteca cambiaria, mantener la facultad de requerir a que se refiera el párrafo segundo del mencionado artículo 141.*

A este respecto, y en favor de una contestación negativa, militan los dos argumentos siguientes.

En primer lugar, los invocados por la doctrina—una doctrina que no es abundante, como hemos dicho, pero que no ha tenido contradictor alguno—para sostener que en el caso de la hipoteca cambiaria *no es necesaria la aceptación de la persona en cuyo favor se hubiere establecido* (el tenedor), si la constitución fue unilateral. Los argumentos esgrimidos en este sentido son muy dignos de consideración, pero pueden suscitar algún recelo (nada más que recelo, pues no existe ningún imperativo técnico que los desvirtúe), a la luz del principio que otorga carácter constitutivo a la constancia registral de la hipoteca. Ciertamente es que esta nota, en rigor, se predica respecto de la *constitución* del gravamen, que, como hemos venido afirmando, se produce por la simple inscripción de la declaración unilateral de voluntad, siendo la aceptación, solamente, el momento determinante de la *adquisición del derecho* por parte del acreedor. Esta consideración podría, como decíamos, descartar hasta el mero recelo. Pero en el intento de buscar posiciones *seguras*, vamos a suponer que la aceptación es requisito indispensable, incluso tratándose de la hipoteca cambiaria.

Sobre esta base, los argumentos en pro de la no necesidad de aceptación se convierten en razones todavía más poderosas y exentas de dudas si de lo que se trata es de defender que, aun siendo precisa la aceptación, no es aplicable al caso de la hipoteca cambiaria el contenido del repetido párrafo segundo del artículo 141.

Pero el argumento principal, a nuestro juicio, es el que se desprende del análisis de la *ratio* del mandato—en realidad, permisión—contenido en el referido párrafo.

Evidentemente, la justificación de la norma no es la de otorgar al constituyente de la hipoteca un medio para sustraerse a las consecuencias de su decisión constitutiva. Esta finalidad no concuerda con el hecho de que una simple expresión unilateral de voluntad—la aceptación del acreedor—baste para frustrar tal pretendido propósito legal. Lo que explica el precepto, por el contrario, es, como dice ROCA SASTRE (81), «la conveniencia de despejar situaciones interinas o de pendencia». Ahora bien, ¿dónde residen las interinidades o pendencias posibles que fundamenten esta justificación? Para contestar a esta pregunta es necesario par-

(81) *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 612.

tir del hecho de que la figura de la hipoteca unilateral, en su modalidad típica—que no es precisamente la cambiaria—tiene especial sentido como medio de garantía de obligaciones futuras. No debe ser una mera casualidad el que esta última figura—la hipoteca en garantía de una obligación futura—venga prevista por la Ley en el artículo siguiente (el 142) a aquel en que se han sentado las líneas maestras de la hipoteca unilateral. Por otro lado, apoya a este argumento la práctica bancaria y notarial, que, como advierten los autores, se anticipó a la Ley (a la reforma de 1944-46) con la frecuente utilización de hipotecas unilaterales para asegurar posibles créditos futuros. Incluso la propia hipoteca cambiaria de constitución unilateral puede tener esta explicación práctica. Así lo ponía de relieve SAPENA (82) hace ya tiempo, al establecer la relación entre la letra de cambio y algunas instituciones típicamente mercantiles (bancarias) como cuenta corriente, apertura de crédito, descuento, etc. En el mismo sentido, GUIMERÁ (83), que al tratar de la hipoteca cambiaria alude expresamente a la posible indeterminación inicial del *quantum* de la obligación garantizada, que acaso sea desconocido al constituirse la hipoteca.

Pero todas estas consideraciones están vertidas en torno a una modalidad hipotecaria (la hipoteca de máximo) que no es la que se ofrece en el caso que nos hemos planteado como hipótesis de trabajo, pues en él la obligación está perfectamente determinada cuando se constituye el gravamen por disposición unilateral del dueño del bien hipotecado, y, además, es una obligación *nacida ya, no futura*.

Estas observaciones nos vuelven a remitir a la justificación del párrafo segundo del artículo 141, sobre el cual, en apreciación que creemos impecable, dice ROCA SASTRE en otro lugar: «... Al atribuir sustancia material y no meramente formal al acto de imposición unilateral de hipoteca, el legislador español se ha inspirado en principios distintos, o sea, en considerar que el hipotecante queda vinculado o, mejor dicho, sujeto a mantener el gravamen hipotecario, dejando la suerte de dicho acto a la voluntad del acreedor llamado a ser titular de la hipoteca; pero por razones empíricas encaminadas a evitar que la situación de hipoteca constituida pero sin aceptar se prolongue demasiado, sembrando inseguridad en perjuicio del dueño de los bienes o de posibles terceros, la ley concede a este dueño o propietario un medio para compeler al acreedor o que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca, precipitando los acontecimientos y despejando la situación» (84).

(82) «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1932, págs. 925 y ss.

(83) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 141-142.

(84) *Loc. cit.* en último lugar, pág. 614.

Mas en el caso de deuda ya existente no hay riesgo para el constituyente, ni lo hay para terceros, ni se da una situación que deba ser despejada.

No hay riesgo para el dueño de la cosa hipotecada, en el sentido jurídico del término, pues cuando constituyó el gravamen lo hacía en función de una obligación ya contraída, y sujeta, además, a un plazo perfectamente determinado, cual es el vencimiento de las cambiales. GUIMERÁ PERAZA (85) se refiere precisamente a este elemento-tiempo, en relación con la hipoteca cambiaria, y se remite al parecer de PÉREZ JOFRE, según el cual hay que distinguir entre letras giradas y aceptadas, pero no descontadas o negociadas, y la hipoteca constituida en garantía de obligaciones absolutamente futuras (*sic*), derivadas de letras aún no creadas. Prescindiendo de la corrección o incorrección técnica de este planteamiento —pues en el segundo caso no hay propiamente hipoteca cambiaria—, lo interesante es señalar que en lo que respecta al primero se soslaya fácilmente el problema de la duración del gravamen, pues «si es en garantía de una letra determinada... ya consta en la letra».

Tampoco hay riesgos para terceros, que saben cubierta una «porción de valor» de la cosa hipotecada en virtud de la perfecta determinación del *quantum* de la obligación asegurada y conocen la estricta fijación de un vencimiento concreto (el de la propia cambial).

Por tanto, no hay incertidumbre objetiva en la situación planteada, y de ahí que no sea preciso despejar ninguna incógnita, pues la identidad del deudor se conoce (es el librado); se halla identificado el dueño de la cosa hipotecada (caso de no ser la misma persona); también gozan de publicidad la cuantía de la deuda y su vencimiento; y, por fin, en lo que al acreedor respecta, su identidad no puede ser determinada de antemano, mas esta circunstancia no es obstáculo para el correcto funcionamiento de la garantía real, sino, todo lo contrario, *consecuencia necesaria* de la admisión de la hipoteca cambiaria (y en general, de la constituida en garantía de cualquier clase de título transmisible por endoso o al portador).

9. Conclusiones sobre los dos apartados precedentes

Todo lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1) Que la doctrina de los autores se inclina hacia la tesis de que en el caso de la hipoteca cambiaria no se precisa la constancia registral de la aceptación por parte del acreedor. En nuestra opinión, esta teoría tiene

(85) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 144-145.

sólido fundamento y no existe argumentación legal o doctrinal que permita ponerla en entredicho.

2) Que, aceptada la tesis que acabamos de mencionar, su consecuencia indiscutible es que la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente produce *todos* los efectos propios de ese derecho real de garantía desde el momento de la inscripción del acto constitutivo. Y desde ese mismo momento está el acreedor en condiciones de ejercitar las facultades inherentes a tal derecho.

3) Aun admitiendo que la necesidad de expresión registral de la aceptación alcance también a la hipoteca cambiaria, es incuestionable que dicha expresión podrá producirse en el instante en que cualquier tenedor desee hacerlo, sin necesidad de ningún tipo de colaboración por parte del dueño de la cosa hipotecada, ni del librado (si fuere distinto), ni de los tenedores precedentes (si los hubiera habido). Quiere decir que ningún peligro acecha a quien en cada instante reviste esa condición de tenedor.

4) En relación con el apartado precedente, el único temor que podría albergar el tenedor de la cambial habría de ser, hipotéticamente, el de la práctica de una cancelación del gravamen, a instancias del propio constituyente, y al amparo de esa especie de «denegación tácita» o «presunción de denegación» que se infiere del artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.

Pero a este respecto ha de observarse:

a) Que los argumentos que sugiere la doctrina para sostener que en la hipoteca cambiaria no se requiere la constancia registral de la aceptación por el acreedor valen todavía más—por estar exentos de las reservas que en el anterior sentido podrían suscitar—para defender que en la hipoteca cambiaria no procede la práctica del requerimiento que da lugar a la referida «denegación tácita».

b) Que a la misma conclusión conduce la aplicación de los principios que gobiernan el mecanismo cambiario. Dicho en otras palabras, de no aceptar la mencionada conclusión se rompería la estrecha conexión que por principio debe existir entre título-valor e hipoteca.

c) Que, en un terreno rigurosamente registral, el Registrador no podría admitir la solicitud de cancelación mientras no se probase que el requerimiento se ha formulado a la persona idónea, que en este caso es el tenedor de la cambial. A este respecto ha dicho recientemente CAMY (86) que para la práctica de la cancelación deberá presentarse en el Registro, además de la escritura cancelatoria, el requerimiento acreditativo de la iniciación del plazo. Es evidente que el Registrador tiene bastante con el requerimiento en sí, cuando la identidad de la persona en cuyo favor se constituyó la hipoteca unilateral se desprende del propio Registro. Pero

(86) *Comentarios...*, cit., pág. 860.

tratándose de letra de cambio, cuyo tenedor puede variar, parece claro que el Registrador no debe contentarse con la prueba de que el requerimiento fue formulado al tomador o primer tenedor (que es, por así decirlo, un «tenedor registral»).

d) Que, no obstante, nada parece contradecir la posibilidad de que el dueño de la cosa hipotecada pueda dirigir su requerimiento contra el tenedor efectivo de la cambial, si se halla en condiciones de acreditar su titularidad en ese momento. Sin embargo, no cabe atribuir gran fuerza a la sola práctica del requerimiento, pues su eficacia (la del párrafo segundo del art. 141) depende de si se juzga o no necesaria la aceptación del acreedor en el caso concreto de la hipoteca cambiaria.

e) Que podría ser interesante—aunque no es tema que afecte directamente a la cuestión planteada—decidir si existe en nuestro Derecho registral algún medio que permita dejar constancia en el Registro (art. 150 de la Ley Hipotecaria, a *sensu contrario*), a través de un asiento que no sea el de inscripción a que se refiere el artículo 149, del endoso que eventualmente se realice de las cambiales garantizadas con la hipoteca.

5) Lo que con seguridad podemos afirmar es que la situación óptima y exenta de vacilaciones o dudas es la del tomador que mantiene la titularidad de los efectos garantizados, esto es, que no los endosa.

Es óptima, porque la aceptación está exclusivamente en su manos *siempre*. Con la decisiva retroacción de efectos que establece el artículo 141 de la Ley.

Y óptima, asimismo, porque lo que nadie puede dudar es que, de ser viable en nuestro caso (cosa que desde luego negamos) el requerimiento a que alude el propio artículo 141, en su párrafo segundo, tendría que serle formulado a él, imperativamente. Con la consiguiente facultad de hacer constar su aceptación en el término de dos meses.

6) Es *aconsejable* aceptar expresamente, y hacer constar la aceptación en el Registro, antes de practicar el endoso de la letra. Es precaución justificada, para tener absoluta seguridad de la eficacia real de la garantía, en función de un posible regreso de la letra. Se trata de la extraña, pero posible hipótesis, de un tenedor que rehúsa el ejercicio de la acción hipotecaria contra el dueño de los bienes sujetos a gravamen y opta por la fórmula (exclusivamente cambiaria) del regreso de la letra.

10. Ejecución y cancelación de la hipoteca cambiaria

Son éstos dos momentos que no suscitan problema alguno en relación con las cuestiones que nos estamos formulando.

Por este motivo, nos limitamos a hacer una remisión a los artículos 155 y 156 de la Ley Hipotecaria, que reglamentan ambos extremos.

Como referencia doctrinal, es aconsejable la consulta de GUIMERÁ PERAZA (87), SAPENA (88) y ROCA SASTRE (89). Estos tres autores ofrecen el aliciente de referirse, precisamente, a la ejecución y cancelación de la «especie» (hipoteca cambiaria), y no, como hacen los demás publicistas, al «género» (hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador). Es especialmente interesante el trabajo del segundo de los autores citados.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

Como simple aplicación de cuanto hemos expuesto, y tratando de evitar formulaciones doctrinales que, por obvias, juzgamos innecesario desarrollar, proponemos a continuación las siguientes conclusiones:

1. Las hipotecas constituidas de forma unilateral en garantía del pago de diversas letras de cambio, y en favor de distintas entidades bancarias tomadoras de los efectos, pueden reunir todos los requisitos materiales y de fondo necesarios para la producción de *la totalidad* de los efectos típicos del gravamen real que se pretendió constituir.

2. Es *dudoso* que sea aplicable a este supuesto el requisito de la constancia registral de la aceptación de las hipotecas por parte de los distintos tenedores. A pesar de que es extremo discutible, nos inclinamos por la contestación negativa.

3. Aunque se entendiese que el referido requisito de constancia registral alcanza también a las hipotecas cambiarias que nos ocupan, consideramos incuestionable que los tenedores de las cambiales ostentan la facultad de manifestar en cualquier momento e inscribir en el Registro—en ambos casos sin necesidad de ninguna colaboración por parte del hipotecante—la aceptación de las hipotecas constituidas por este último en su favor.

4. La afirmación contenida en el párrafo anterior debe entenderse en sentido absoluto, de forma que la eventual aceptación podría manifestarse y anotarse incluso después del vencimiento de las cambiales y aun hallándose el hipotecante-aceptante afectado por un procedimiento judicial de ejecución, sea individual, sea universal.

5. Cualquiera que fuere el momento en que se manifestase y anotase la eventual aceptación, surtiría *todos* los efectos propios de una genuina hipoteca—entre partes y frente a terceros—, pero además retrotraídos al instante de su constitución registral. Esto es, desde el día de la inscripción de la escritura correspondiente.

(87) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 147-152.

(88) *Hipoteca cambiaria...*, cit., págs. 265-286.

(89) *Variaciones...*, cit., págs. 263-264.

6. Como consecuencia de lo anterior, el acreedor tenedor de las cambiales gozaría *plenamente*, con sólo quererlo así, de la condición de acreedor hipotecario, tanto en una tercería de mejor derecho opuesta a otro acreedor como en una situación de concordato preventivo (suspensión de pagos), como en la hipótesis de ejecución universal (quiebra). Beneficiándose, por ello, de *todas* las ventajas características del derecho real de hipoteca (derecho de abstención, prelación, etc.).

7. El rango del derecho real constituido en favor de los tenedores de los efectos será el que en cada caso se desprenda del juego de la prioridad registral, que en cuanto a estas hipotecas nos remitirá al instante en que fue inscrita la escritura constitutiva.

8. Se puede considerar seguro que el endoso de los efectos no altera en absoluto la aplicación de las conclusiones que preceden. Pero sería aconsejable notificar fehacientemente al hipotecante la práctica de tales endosos, si se produjeran, con expresión de la identidad del endosatario.

9. Si se proyecta practicar algún endoso, creemos prudente *ad cautelam*—aunque no lo estimamos necesario—hacer constar en los efectos mismos, bajo fe de Notario, la circunstancia de hallarse garantizados con la hipoteca del caso y los datos fundamentales de la constitución de ésta.

10. Es claro que la constitución del gravamen real, y por ende la suerte del correlativo derecho en favor del acreedor, pueden verse afectados por el juego de las reglas jurídicas generales determinantes de la ineficacia originaria o sobrevenida de un acto jurídico cualquiera. Por ejemplo, no se podrían sustraer a una eventual acción de nulidad, o a las de rescisión o revocación (arts. 1.291 y sigs. y 1.111 del Código Civil), o a la mecánica de la retroacción de la quiebra (arts. 878 y sigs. del Código de Comercio). Pero el gravamen y el derecho del caso quedarían afectados *exactamente en la misma medida* en que lo sería una hipoteca bilateral o convencional, esto es, una hipoteca normal o típica.

11. En conclusión, estimamos que el tenedor de las cambiales garantizadas goza de la misma condición y se beneficia de la misma seguridad que las que ostentaría si se tratase de hipotecas constituidas por contrato y no de forma unilateral.

La situación, conceptualmente, no es, desde luego, la misma. Pero a efectos prácticos puede y debe entenderse que sí lo es, pues en definitiva se halla en manos del tenedor, de forma exclusiva, la facultad de conseguir que lo sea.

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho civil
de la Universidad de Deusto