

La hipoteca unilateral

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Granada

I

HISTORIA

«Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas por disposición del dueño* de los bienes sobre que se *establezcan*», dice el artículo 138 de la vigente Ley Hipotecaria. Artículo que salvo decir bienes sobre que se *establezcan*, en vez de bienes sobre que se *constituyan*, es copia al pie de la letra de la Ley de 1861, cuyo artículo del mismo número ha llegado ileso hasta nuestros días.

Nos encontramos frente a lo que el artículo 141 de la Ley Hipotecaria llama hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, porque, a diferencia de las hipotecas convencionales en las que se inscribe el acuerdo de las partes, en estas hipotecas unilaterales es el acto dispositivo del dueño lo que se inscribe, y sólo después es cuando se produce la aceptación del favorecido, cuya aceptación se incorpora al Registro mediante nota marginal.

Ahora bien, antes de pasar de aquí, con el solo artículo 138 de nuestras Leyes Hipotecarias, antes de recibir lo que según el sentir de nuestra doctrina podríamos llamar refuerzo del artículo 141 de la Ley de 1946, ¿qué opinaban la doctrina y la jurisprudencia de este asunto de la hipoteca unilateral?

En la doctrina reinaba la discordia. Había desacuerdo al precisar el alcance del *impuestas por disposición del dueño*. El desacuerdo se producía lo mismo en orden a las posibles formas del acto unilateral de disposición—intervivos, mortis causa, o de ambas especies—que en orden a la eficacia y contenido que en definitiva habían de atribuirse a dicho acto¹.

1. CHAMORRO: *El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral*, en R. G. L. J., enero-febrero 1943. Hay separata, y citamos sobre ella página 4.

Seguimos, en lo fundamental, este trabajo en lo referente a los antecedentes históricos del punto que estudiamos.

En tal trabajo puede verse exposición detallada de teorías, que después cri-

Respecto al primer punto—formas del acto unilateral—unos se decidían por la solución de que lo que pretendía el legislador era dar cabida a la hipoteca testamentaria o basada en acto unilateral de última voluntad, y otros, yendo más lejos, estimaron que el último inciso del artículo 138 también comprendía el acto unilateral de disposición intervivos.

Por la primera solución se decidió GÓMEZ DE LA SERNA, redactor de la exposición de motivos de la Ley de 1861, al que pudiéramos llamar intérprete más caracterizado de la Ley. Decía en colaboración con MONTALBÁN: «A las hipotecas llamadas generalmente convencionales hasta hace pocos años, denomina voluntarias esta Ley; nombre que les conviene mejor, porque no sólo pueden constituirse por contrato, sino también por última voluntad.»

Igualmente opinaban GÓMEZ RODRÍGUEZ, PÉREZ PEDRERO Y SIDRO MURGA, SOLER Y CASTELLO, etc. Esta interpretación la sostuvo MANRESA y perduró incluso en GAYOSO.

Desde luego no carece de fundamento porque por de pronto los precedentes legislativos eran contrarios implícitamente a la constitución de la hipoteca por acto unilateral inter vivos. Luego, a tenor de esos precedentes legislativos, la constitución por acto unilateral que recogía el artículo 138—al decir «impuesta por disposición del dueño de los bienes»—debía ser constitución por acto unilateral mortis causa.

En Roma era fuente principal de este derecho real de garantía la voluntad privada, y lo era cuando plasmaba en una *convención* o un *testamento*, como dice GIRARD (Manual, 8.^a ed., página 821). Los derechos pignoratícios (hablamos de *pignus* en su sentido amplio) nacen ordinariamente, dice SOHM (Instituciones, trad. esp., pág. 316), de un contrato—*pignus conventionale*—o de legado vindicatorio—*pignus testamentarium*—y en casos excepcionales por imperio de la Ley—*pignus legale*—.

Hasta SEVERO y CARACALLA (D. 13, 7, 26, pr.), sin embargo, añade SOHM, no se establece la posibilidad de constituir directamente en testamento un derecho de prenda, mediante legado *per vindicationem*. Antes, sólo cabía obligar al heredero a efectuar por sí la pignoración, en forma de legado damnatorio. El derecho de prenda carecía de carácter civil, y, por tanto, en el derecho primitivo no podía ser directamente objeto de un acto jurídico estricto, como era el legado vindicatorio.

La utilidad de esta hipoteca decayó mucho al conceder Justiniano a todo legatario la hipoteca tácita sobre los bienes de la herencia (C. 6, 43, 1). Por ello en las Leyes de Partida parece olvidada—como advierte CHAMORRO (pág. 6)—la forma testamentaria al definir la hipoteca voluntaria diciendo que es «la que fa-

ticaremos, con cita de autores y referencia al lugar correspondiente de sus obras. Igualmente en ROCA, *Derecho hipotecario*, IV, págs. 339 y sigs. Por esa razón algunas veces omitiremos dichas referencias.

cen los omes entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que devan dar o facer» (P. 5, 13, 1).

El Proyecto de 1851—tenido en cuenta, invocado e imitado por los redactores de la Ley Hipotecaria, según declara su exposición de motivos—decía en su artículo 1791: «La hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato.»

Antes de la Ley Hipotecaria de 1861 sólo cabía, pues, hablar del contrato y del testamento como formas de constitución de la hipoteca voluntaria.

La exposición de motivos de dicha Ley declara que cambia profundamente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas y que casi todas las disposiciones vigentes hasta entonces sufren cambios más o menos importantes. ¿Cabe situar entre esa materia que sufrió cambio la que recoge el artículo 138? Hay que reconocer—como advierte CHAMORRO (pág. 7)—que los pasajes de la exposición de motivos que se refieren concretamente a la hipoteca, más bien inclinan a creer que fué de lo poco que no sufrió modificación. Al hablar de la hipoteca se afirma que, a más de un derecho real, es un *contrato* accesorio. Se habla de *confirmar*—en esta materia de hipotecas voluntarias—*el derecho antiguo*, de hipotecas *convencionales*, de *contrato* hipotecario, de *estipular*, de *contrayentes*, etc. Así, pues, como se ve, se sigue pensando, aparte de la hipoteca testamentaria, que la otra forma de constituir hipoteca voluntaria es la contractual.

Pues bien, esta primera solución de limitar el artículo 138 al reconocimiento de dos tipos de hipoteca: la convencional y la testamentaria, aunque no le parece descabellada—son palabras suyas—no la acepta CHAMORRO (pág. 10). Ciertamente los razonamientos anteriores están bien, pero si se hubiese querido conservar, junto a la convencional, solamente la hipoteca testamentaria, se podía haber hablado claramente de testamento en el artículo 138. Por otro lado, la principal utilidad de la hipoteca unilateral la presta precisamente la forma unilateral *inter vivos*. Y, por último, aunque los legisladores lo hicieran inconscientemente, es indudable que objetivamente el artículo 138 no restringe la forma unilateral, que admite, exclusivamente al testamento, sino que permite entender que esa forma unilateral también puede ser *inter vivos*.

La que se podría llamar interpretación trascendente del artículo 138, es decir, la interpretación que entiende que en ese artículo se admite la hipoteca constituida unilateralmente por acto *inter vivos*, fué abriéndose paso, como dice CHAMORRO (pág. 14), al choque con la realidad de ciertos hechos, y sólo como argumento para apoyar la solución dada a un problema de tipo meramente formal: la inscripción de la escritura otorgada unilateralmente por el hipotecante.

Los registradores se negaban a inscribir las hipotecas constituidas como garantía a favor de la Hacienda mientras no reca-

yese la aprobación de ésta, que, a su vez, se negaba a aprobarlas sin estar inscritas.

Nada decía sobre esto el antiguo reglamento. La cuestión fue resuelta en el reglamento de 1870, artículo 112, que 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 por quien corresponda se haga constar esta circunstancia por nota marginal, nota que surtirá efectos desde la fecha de la inscripción a que se refiera».

El reglamento, sin embargo, no entró en la cuestión sustantiva, sino meramente en la formal o registral. Resolvió a favor de la inscribibilidad, lo cual no prejuzga la cuestión sustantiva, porque también en otros países, como Italia, en que se exigía el convenio para el nacimiento de la hipoteca voluntaria, se admitió sin dificultad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina—incluso la que no aceptó ni la hipoteca testamentaria—, se admitió, decimos, que se pudiese inscribir el acto otorgado unilateralmente. Y también en Alemania es posible la inscripción sin que exista aún el acuerdo, necesario para la modificación material o sustantiva, para el nacimiento del derecho.

Por ello afirmamos con CHAMORRO (pág. 16) que la inscripción del acto unilateral pudo ser admitida, en ese artículo 112 del reglamento de 1870, como simple aplicación del consentimiento formal, perfectamente compatible con la inexistencia de una modalidad unilateral de verdadera constitución sustantiva del derecho de hipoteca.

Pero en el terreno en que no entró el reglamento, se introdujo la Dirección General en la resolución de 25 de junio de 1877, en la que afirma que el artículo 112 del reglamento no estableció una excepción a los principios generales de la Ley, sino que se limitó a aplicar el consignado en el artículo 138 a un caso particular, y afirma también esa resolución que las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio de las partes, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyen, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen.

Así, pues, de donde el reglamento no derivó del consentimiento del dueño más que la inscribibilidad del acto, la jurisprudencia de la Dirección General, basándose en el artículo 138, afirmó que la declaración unilateral produce el efecto de constituir válidamente el derecho de hipoteca, deduciendo como consecuencia de la eficacia real del título, la posibilidad de su inscripción, y llevando a terreno material algo que no salía del meramente formal.

Por ello, con el artículo 138, y los sucesivos preceptos reglamentarios, a partir del de 1870, que recoge el reglamento de 1915 en su artículo 197, y con la pauta marcada por la interpretación jurisprudencial, pauta que se dió por la resolución de 25 de junio de 1877, y que se siguió en las de 29 de diciembre de 1880, 27 de

agosto de 1883, 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, la doctrina científica consideró tener apoyo suficiente para admitir holgadamente—y eso es lo que hizo—junto a la hipoteca convencional, una hipoteca procedente de acto unilateral del dueño de los bienes, y no sólo procedente de acto unilateral *mortis causa*, sino también de acto unilateral *inter vivos*, porque el tropiezo que supone la sentencia del T. S. de 4 de octubre de 1915—en la que se negó que la hipoteca unilateral tuviese eficacia jurídica e incluso que adquiriese rango antes de la registración de la aceptación—se salvó prontamente. Y con la llegada en la nueva Ley del artículo 141, esta doctrina ha creído poder entender, sin lugar a dudas, que en nuestro Derecho se admite plenamente que el acto unilateral del dueño tiene fuerza suficiente no ya para preparar —podríamos decir—la constitución de la hipoteca, para ofrecer una expectativa de ésta, no sólo para provocar un asiento en el Registro, sino que ese acto es bastante, mediante su inscripción, para constituir, para crear, para hacer nacer el derecho de hipoteca.

Admitida, pues, la posibilidad del acto dispositivo unilateral *inter vivos* tendente a constituir la hipoteca, veamos cómo se construye jurídicamente ese acto y qué efectos se le atribuyen.

II

C R I T I C A

Construcción jurídica de la hipoteca unilateral: Teorías y su crítica

Podemos agrupar estas teorías de la siguiente forma:

- 1.ª Teoría del consentimiento formal.
- 2.ª Teoría de la hipoteca con condición suspensiva.
- 3.ª Teoría del negocio dispositivo unilateral.

Dentro de ésta se pueden señalar dos orientaciones, según se estime que por dicho negocio se *constituye* la hipoteca o se piense que, además, hace que la *adquiera* el favorecido.

- 4.ª Teoría de la reserva de rango.

- 1.ª *Teoría del consentimiento formal.*

a) Exposición.

Se interpretaba el artículo 138 de nuestra Ley Hipotecaria entendiendo que era un caso de admisión en nuestro ordenamiento del principio del consentimiento formal. Esta postura fué sostenida por JERÓNIMO GONZÁLEZ Principio del consentimiento, t. I,

pág. 410 y siguientes)², DE BUEN (*Derecho civil común*, 3.ª ed., pág. 336) y la resolución de 31 de julio de 1928.

Entendido, según la inspiración germánica, que aunque la hipoteca de tráfico necesita para constituirse del acuerdo de las partes y de la inscripción, puede preceder ésta a aquél, se admitió que en el supuesto del artículo 138 había una mera inscripción de hipoteca.

No es, por tanto, un supuesto—el artículo 138—de constitución unilateral de hipoteca, sino que es sólo un caso de inscripción consentida formalmente por el titular de los bienes y que, por tanto, no implica la existencia sustantiva de una hipoteca. En este sentido, la resolución de 21 de julio de 1928 habla de que «la suficiencia de la declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro ha sido recogida por el artículo 138 de la Ley Hipotecaria».

b) Crítica.

Se ha criticado esta teoría por estimarse que en rigor no podía fundarse en el contenido del artículo 138, pues éste, a diferencia de la legislación alemana, no autoriza un consentimiento meramente formal, o sea dirigido *exclusivamente* a la extensión de un asiento, sino que se refiere—afirma ROCA, IV, pág. 341³—a un consentimiento sustantivo o material, o sea, encaminado a constituir la hipoteca, pues habla de hipotecas «impuestas por disposición del dueño de los bienes». La *única* manifestación del consentimiento formal o registral en nuestro sistema—añade aquel autor—se da en materia de cancelaciones, según resulta del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Nosotros no creemos criticable la teoría antes expuesta, ya que no aceptamos la postura de los que sostienen la teoría llamada del negocio jurídico dispositivo unilateral *constitutivo* de hipoteca, que son los que hacen esa crítica.

Para nosotros la sola voluntad del disponente *no constituye* la hipoteca, o sea, *no modifica* la realidad jurídica. Pero advertimos que la teoría del consentimiento formal, que en sí no creemos criticable, si lo será si se estima que ese consentimiento formal provoca una inexactitud registral, es decir, si se estima que la inscripción formalmente consentida publica *como existente* una hipoteca que *no existe* en la realidad jurídica, que es lo que creemos hace JERÓNIMO GONZÁLEZ. En este supuesto es rechazable la teoría del consentimiento formal, tanto si se admite nuestra tesis, como si se admite la del negocio unilateral constitutivo de hipoteca. Y es rechazable en ambos casos porque: 1.º Si se admite

2. Citamos a JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre la edición hecha por el Ministerio de Justicia, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948, tres vols.

3. Al referirnos a ROCA citando solamente página y tomo, aludimos a su *Derecho hipotecario*.

esa última tesis y, por tanto, se acepta como bueno que en la hipoteca llamada unilateral hay una hipoteca ya *constituida*, pero todavía *no aceptada*, no adquirida, el registro, en el que constaría inscrita una hipoteca *constituida pero no aceptada*, es reflejo de la realidad jurídica. 2.º Si se cree—admitiendo nuestro punto de vista—que la sola voluntad del dueño de los bienes no puede crear un derecho de hipoteca, sino que para ello se precisa la registración de la aceptación de la persona a cuyo favor se estableció (persona que en adelante llamaremos favorecido) registro y realidad tampoco se hallan en desacuerdo, porque el registro al contener la inscripción del acto del dueño, pero no la aceptación del favorecido, tampoco publica como existente, como nacida, una hipoteca que falta en la realidad, sino que hablando con toda propiedad sólo se puede decir que publica la mera gestación de una hipoteca todavía sin alumbrar, o el negocio jurídico que es base para que, en su día, nazca la hipoteca unilateral. (Cfr. CHAMORRO, págs. 51 y 52).

En última instancia si no existiesen estos argumentos, que creemos decisivos, y que demuestran, para nosotros, que no hay tal inexactitud registral, cabría preguntar al que entienda que el consentimiento formal produce esa inexactitud registral: ¿Qué necesidad hay de hacer el registro inexacto no siendo preciso? ¿Qué utilidad reportaría publicar como existente una hipoteca que no existe, cuando lo que con esto se pretende se puede conseguir por otros medios—que después veremos—técnicamente más perfectos y que en vez de producir inexactitud de ningún tipo, muestran, por el contrario, la realidad?

Por tanto, nosotros pensamos aceptable suponer que el artículo 138 recoge un supuesto de consentimiento formal, pero que *no* provoca inexactitud registral.

2.ª Teoría de la hipoteca con condición suspensiva.

a) Exposición.

Se basa en la idea de que la hipoteca de que trata el artículo 138 es una hipoteca sujeta a condición suspensiva, y que la condición es la aceptación del favorecido, y esa hipoteca, naturalmente, se halla pendiente de que la condición se cumpla o no.

Exactamente la condición debía ser la anotación marginal de la aceptación, que necesita ser registrada.

Esta doctrina era la que seguían, adoptándola con ligeras variantes en detalles secundarios, la mayor parte de los hipotecaristas antes de la nueva Ley. Así GALINDO y ESCOSURA, CAMPUZANO, ARAGONÉS, MORELL, etc.

b) Crítica.

La aceptación del favorecido no puede calificarse, sin inexactitud, de condición, sino de *conditio iuris*, puesto que no se trata de un elemento accidental del negocio establecido por voluntad

del disponente, sino de un requisito legal para que el derecho de hipoteca pueda adquirirse, o, según nosotros, *constituirse*. Es cierto que—como indica esa doctrina—nadie puede adquirir un derecho contra o sin su voluntad, y que por ello se requiere la aceptación, pero tal aceptación nunca puede ser una mera condición suspensiva.

Por lo demás no se precisa hacer hincapié en la refutación de esta teoría, que ha sufrido ataques destructores.

Ya en el siglo pasado la había rechazado en Italia la Corte de Casación florentina (11 de febrero de 1889. V. BIANCHI, *Delle ipoteche*, 2.^a ed., II, pág. 449), y entre nosotros, en el presente, ha sido objeto de calificativos todo lo fuertes posible. Por ejemplo, JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La hipoteca de seguridad*, en R. D. P. 1920, pág. 172) habla de *enormidad técnica*, CHAMORRO (página 26) la tilda de *inadmisibile*, y ROCA (IV, pág. 343) cree *evidente su inconsistencia*⁵.

3.^a Teoría del negocio dispositivo unilateral.

Para construir como tal negocio dispositivo unilateral la llamada hipoteca unilateral, se han seguido dos caminos. Por ambos caminos se llega a un mismo punto (aunque luego siga más lejos uno de ellos): a afirmar que el acto dispositivo unilateral tiene fuerza bastante para crear sustantivamente, es decir, en la realidad jurídica, un derecho de hipoteca.

Para llegar a tal conclusión se siguen dos tácticas opuestas. En un caso se pretende comprimir el derecho de hipoteca hasta que quepa dentro del acto unilateral, en el otro, se procura dilatar artificialmente éste hasta conseguir que pueda albergar dentro una hipoteca. Ambos nos parecen equivocados.

A) Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido.

a) Exposición.

El primer camino es el que sigue CHAMORRO ARIAS en su trabajo anterior a la nueva Ley. Su posición, en resumen, es que el acto dispositivo inscrito, del dueño de los bienes, basta para que el favorecido *adquiera* el derecho de hipoteca.

4. JERÓNIMO GONZÁLEZ dice: «Hemos llegado a la *enormidad técnica* de llamar condición a la manifestación de voluntad del heredero» (aceptación). Pero la expresión es aplicable a la teoría de la hipoteca condicional, aparte de por otras razones, por la del lugar donde se encuentra.

La frase ha sido mal recogida por CHAMORRO—pág. 26—, que transcribe «*monstruosidad jurídica*», y en la edición del Ministerio de Justicia de las obras de JERÓNIMO GONZÁLEZ *no se encuentra* (V. II, pág. 101).

5. Sin embargo, LA RICA—*Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, I, 1948, pág. 270—dice: «Si se adopta el criterio de considerar la inscripción

Claro, ésta es una afirmación muy fuerte, y para llegar a ella CHAMORRO ha tenido que inmolarse el derecho de hipoteca. Afirma (pág. 74) que éste es simplemente un derecho real de adquisición de una suma de dinero. Con él no se adquiere de momento ningún valor patrimonial, sino solamente se adquiere derecho a adquirirlo. Es como si distinguimos entre derecho *a ser* propietario y derecho *de* propiedad. El titular del derecho de hipoteca no es para CHAMORRO ni más ni menos que pueda serlo el mendigo hambriento, que si ciertamente puede tener *derecho a ser* propietario de diez kilos de pan, por ejemplo, *no es*, sin embargo, propietario de nada, y, para su desgracia, se percata de la diferencia existente entre potencia y acto.

Con esa configuración del derecho de hipoteca pretende CHAMORRO (Véase pág. 70 y siguientes) soslayar el obstáculo que representa el principio *nemo volenti acquirit potest*. Admite que generalmente nadie adquiere derechos sin su voluntad, pero esto no reza con los derechos reales de adquisición, los cuales pueden crearse y adquirirse normalmente sin aceptación del favorecido—por ejemplo, dice, el retracto legal—, y por eso no se precisa de esta aceptación para la adquisición del de hipoteca, ya que éste es uno de esos derechos reales de adquisición.

Por otro lado, afirma que en el momento preciso de la adquisición patrimonial (es decir, de la adquisición de la suma de dinero—como consecuencia de la ejecución hipotecaria—, en cuyo momento ya no se recibe un mero derecho a adquirir, sino que se produce una adquisición actual), el principio de que nadie adquiere sin su consentimiento es respetado, ya que entonces para que este ingreso de la expresada suma en el patrimonio del favorecido tenga lugar, es preciso el concurso de la voluntad de éste.

La aceptación—registrada—de la hipoteca por dicho favorecido, la cual tan importante papel juega en la Ley Hipotecaria, se esfuma aquí por completo, y CHAMORRO asegura—para dejar a salvo su teoría de que la hipoteca se *adquiere* sin aceptación—que la voluntad de verificar la adquisición patrimonial (que se manifiesta al instar la ejecución ejercitando el derecho de hipoteca) no puede en forma alguna considerarse como aceptación de la hipoteca.

b) Crítica.

Bastan unas observaciones para deshacer esta teoría que ROCA (IV pág. 350) califica de artificiosa:

de hipoteca unilateral como sujeta a una condición suspensiva (la aceptación por parte del hipotecarista)...» Y en *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, 1945, pág. 207, habla de que la hipoteca unilateral resulta «equiparada a las afectas a una condición suspensiva, consistiendo la condición en la aceptación».

Esto, desde luego, no es aceptar la teoría de la hipoteca condicional, pero quizá si sea según el trato con ella, a pesar de su mala fama.

1.ª La hipoteca es un derecho real y actual de garantía que recae sobre una cosa desde que se constituye.

2.ª Una cosa es la constitución *actual* de la hipoteca como derecho real de garantía, y otra muy distinta la adquisición *posterior* de la suma de dinero a resultas de la ejecución. Por lo cual esa voluntad de adquirir la suma, que CHAMORRO considera suficiente, ha de haber sido precedida de la verdadera aceptación del derecho real de garantía de hipoteca, sin la registración de cuya aceptación no se adquiere este derecho.

3.ª Equiparar la hipoteca unilateral al retracto legal es desacertado, porque no es ni preciso llegar a ver que—como le observa ROCA (IV pág. 350)—el retracto legal es una limitación estatutaria de la propiedad, o mejor, es—más que limitación—el *límite* hasta donde llegan las facultades de elección de adquirente que el derecho de propiedad confiere al propietario.

Con el retracto legal no es que se cercenen poderes de elección de adquirente que el modo de ser de la propiedad concedería al dueño, sino que la propiedad se construye de forma que otra persona—dueño, por ejemplo, de la finca colindante en ciertos casos—tiene, entre los poderes que su propiedad le confiere, el de adquirir la propiedad de su vecino en determinados supuestos.

Habría bastado advertir que el retracto legal es eso, *legal*, que en este caso quiere decir que es un derecho que nace *directa* e *inmediatamente* de la ley, y claro, en este supuesto es cosa obvia la no necesidad de aceptación para adquirirlo, lo mismo que tampoco es necesaria aceptación para disfrutar de los derechos de preferencia—según la terminología legal—también llamados hipotecas legales tácitas, que el artículo 194 de la Ley Hipotecaria concede al Estado, las provincias o los pueblos, o que el 196 otorga a los aseguradores (cfr. arts. 1875, 1923-4 y 1927 del Código civil).

Por el contrario, la hipoteca unilateral no nace directa e inmediatamente de la ley, porque recuérdese que es una hipoteca *voluntaria*. E incluso *legal* predicado de la hipoteca no quiere decir tampoco que se constituya por la ley, sino que ésta permite elegir tal constitución.

Así que la llamada hipoteca unilateral, lo mismo que la hipoteca legal, son algo completamente distinto del retracto legal o del derecho de preferencia. Estos, puesto que la ley lo ordena, no necesitan de más para pertenecer al favorecido por ellos, porque, naturalmente, nadie adquiere derechos sin su propio consentimiento, salvo que la ley los confiera prescindiendo de tal consentimiento. No se olvide que el artículo 609 del Código civil dice: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la *ley*...»

Por el contrario, para adquirir aquéllas, creemos que ni el

artículo 158 de la Ley Hipotecaria deja lugar a dudas sobre que hay que exigir y conseguir la constitución de las hipotecas legales, ni el 141—antes del cual, pero después del 197 del Reglamento de 1915, escribía CHAMORRO—permite pensar que el derecho de hipoteca se adquiere sin la registración de la aceptación de aquel a cuyo favor se estableció.

B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la constitución de la hipoteca.*

a) Exposición.

El segundo camino es por el que van la mayoría de los tratadistas de nuestra doctrina moderna. Parte de la distinción entre constitución de la hipoteca y adquisición de ésta por el favorecido. Para estos autores, el problema de la hipoteca unilateral se resuelve estimando que aunque para su adquisición se precise de la registración de la aceptación del favorecido, para la constitución de dicho derecho basta con la inscripción de la disposición unilateral del dueño de los bienes. La voluntad de éste no provoca, por tanto, meramente un asiento, sino que es suficiente y tiene fuerza bastante para, mediante la inscripción, crear sustantivamente un derecho de hipoteca.

Así, pues, los seguidores de esta teoría quedan en un punto intermedio: el poder del dueño de los bienes no es tanto que haga adquirir el derecho al favorecido, sin necesidad de su aceptación—como sostiene CHAMORRO—, pero tampoco es tan menguado que solamente provoque un asiento—como sostiene la teoría del consentimiento formal—. El dueño es capaz para algo más que esto, pero menos que aquéllo. Puede, inscribiendo su acto dispositivo, constituir un derecho real, aunque no pueda hacerlo adquirir.

Ya antes de la última reforma hipotecaria, ROCA había adoptado esta postura: «Se funda—la teoría del negocio dispositivo unilateral—en la necesidad de reconocer al dueño de una cosa la facultad de disponer de ella, imponiendo sobre la misma el gravamen de una hipoteca, con lo cual surgirá un acto dispositivo producido unilateralmente, que provocará una modificación jurídica de trascendencia real en el patrimonio del disponente, y cuya aceptación por el acreedor favorecido constituirá una *conditio iuris* que, al hacer efectiva la adquisición de la hipoteca, perfeccionará, en el sentido de completarlo, el acto constitutivo de la misma.»⁶

Para mostrar que esta teoría no es certera, sería preciso probar que la constitución de la hipoteca no precede a su adquisición por el favorecido, sino que constitución y adquisición son mo-

6. Según el mismo dice—IV. pág. 343—, así es, en resumen, la posición que sostuvo en sus *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1942, III, págs. 186 y sigs.

mentos que coinciden. Nosotros así lo creemos y trataremos de demostrarlo. Por eso estimamos que como lo que produce la adquisición es la registración de la aceptación, ésta no tiene el modesto papel de *perfeccionar*—como dice ROCA—el acto constitutivo de la hipoteca, sino que es pieza precisa para que la hipoteca nazca, es decir, para que se constituya.

La nueva Ley Hipotecaria es la que ha hecho surgir más propugnadores de la teoría del acto unilateral constitutivo de hipoteca. ROCA, que la defendió antes, lo hacía menos convincentemente, porque, en verdad, había menos argumentos legales.⁷

El artículo 141 de la nueva Ley dice así: «En las hipotecas voluntarias *constituídas por acto unilateral* del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se *establecieron* o *inscribieron* se hará constar en el registro por nota marginal cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la *constitución* de la misma.»

La doctrina posterior a dicha nueva Ley ha destacado la distinción entre constitución y adquisición de la hipoteca.

DE COSSÍO (*Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945, página 215) sostiene que la hipoteca se constituye unilateralmente con plena validez, y que otra cosa es que se adquiera posteriormente por el destinatario. Lo que sucede es que se separa el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo, y que no se precisa de aceptación para que la hipoteca quede válidamente constituida.

Para DE CASSO (*Derecho hipotecario*, 1946, pág. 543) no hay duda de que la hipoteca puede ser constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, según dispone el artículo 141. Recoge también las opiniones de ROCA y DE COSSÍO.

SANZ también se pronuncia en el mismo sentido. Cree (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 403) que el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor, pero que para que la hipoteca ingrese efectivamente en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación. Este requisito—añade—no da carácter contractual al acto, pues obedece a un doble fundamento: 1.º, el principio de que nadie adquiere derechos contra su voluntad; 2.º, la accesoriada de la hipoteca en nuestro Derecho.

ROCA afirma (IV, pág. 351) que con la reforma hipotecaria de 1944-46, la posibilidad, configuración y efectos de la hipoteca impuesta por disposición unilateral del dueño de los bienes gravados, constituye ya una cuestión aclarada en el orden positivo, en el sentido de admitir la constitución de la hipoteca sin necesidad de aceptación.⁸

7. LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, pág. 268. dice que el antiguo artículo 138 admitió *simplemente* tal hipoteca unilateral.

8. Aunque la teoría que impugnamos mantiene que la aceptación del favorecido no es necesaria para la constitución de la hipoteca, y que, por tanto,

A base, pues, del 141 que ha hablado terminantemente de hipoteca *constituida* por acto unilateral, parece que se ha fundamentado más sólidamente la escisión entre constitución y adquisición. Así, no se ha de llegar al grave e insoslayable obstáculo de la adquisición de un derecho sin consentimiento del que lo recibe, y a la vez parece que se puede proclamar que la hipoteca ya está *constituida* en cuanto se inscribe el acto dispositivo del dueño de los bienes.

b) Crítica.

Para mostrar la inexactitud de la anterior teoría habría de probarse—como decíamos—que constitución y adquisición son momentos que coinciden en la vida de la hipoteca unilateral. Ahora bien, como ya está aclarado que sólo se adquiere por la registración de la aceptación, resultará, probado lo anterior, que también sólo por la aceptación registrada se *constituirá* la hipoteca unilateral. Vamos a estudiar este punto y hacer la crítica de la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo.

De aceptar la tesis de que la hipoteca se constituye, es decir, nace por la inscripción de la disposición del dueño de los bienes y se adquiere por la registración de la aceptación, sería preciso admitir que desde un momento hasta otro hay un derecho sin sujeto. A nosotros nos parece que, por varias razones, no se debe admitir que entre ambos momentos haya en la hipoteca unilateral un derecho sin sujeto. Estas razones son: 1.^a Que creemos más aceptable la postura que no admite la existencia de derechos sin sujeto, que la que los admite. 2.^a Que nos parece, asimismo, que, aun admitiendo los derechos sin sujeto, sin embargo, la hipoteca unilateral no tendría razones para ser uno de ellos.

constitución y adquisición son dos momentos distintos, sin embargo, por otro lado, se podría quizá decir que procura suavizar un poco las cosas. Por eso ROCA dice que la aceptación es una *conditio iuris* que hace *efectiva* la adquisición de la hipoteca. Y SANZ (*Comentarios*, pág. 403) habla de que la aceptación es indispensable para que la hipoteca ingrese *efectivamente* en el patrimonio del acreedor.

Lo cual no es realmente una expresión muy feliz, porque su sentido literal representa una transacción no viable. Cabe preguntar: ¿es que antes de la aceptación había quizá una situación que, según esa terminología, se llamaría adquisición *no efectiva*? ¿Es que esta clase de adquisición el efecto de la disposición del dueño de los bienes?

Además, se advierte—v., por ej., ROCA, IV, pág. 346—que la hipoteca *no queda perfectamente constituida*. Y se piensa que se puede objetar «que sin la aceptación del acreedor no puede considerarse perfectamente constituido o existente el derecho real de hipoteca». A cuya posible objeción «debe contestarse que, al menos de momento, *más que de averiguar si se ha constituido o no la hipoteca se trata de comprobar si mientras aquella aceptación no llega, el acto dispositivo del propietario tiene valor jurídico y fuerza suficiente para configurar una nueva situación de trascendencia inmobiliaria*» (ROCA, IV, pág. 344).

¿Cómo es posible que una teoría para la que el pilar básico es el distinguir y separar *constitución* y *adquisición* pueda dejar en un segundo término la *averiguación* de si la hipoteca se ha *constituido* o no?

Todos los posibles sujetos se agotan en estas tres categorías:

- 1.ª El favorecido por la hipoteca, el que se llama a ser titular.
- 2.ª El dueño de los bienes.
- 3.ª Un tercero ajeno a ellos. Es claro que no hay tal tercero titular. No menos ciertamente tampoco lo es el favorecido, puesto que precisamente el problema que estudiamos está creado por la falta de aceptación de ese favorecido, el cual no es todavía titular porque, en tesis general, nadie adquiere—y se hace, por tanto, titular de derechos—sin su consentimiento. Finalmente, tampoco puede serlo el dueño de los bienes hipotecados porque en nuestra legislación no se admite la hipoteca como *ius in re propria*, y a este respecto la exposición de motivos de la ley de 1944 indica: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit.*» Luego es evidente que si en la hipoteca antes de la aceptación hay ya, como creen los que mantienen la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo, un derecho nacido, pero no adquirido, ese derecho de hipoteca habrá de ser un derecho sin sujeto.

Por mucho que WINDSCHEID (Pandekten § 49) hablase de derechos sin sujeto, siendo precisamente el derecho subjetivo un poder atribuido al sujeto, es evidente que, como dice ENNECCERUS (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Tratado, trad. esp. I, 1.º, página 300), o entiende FERRARA (*Trattato*, I, pág. 453), el derecho subjetivo supone un sujeto que tiene el poder. La razón de esta negación de los derechos sin sujeto nos parece que procede principalmente de una preocupación meramente verbal—es decir, derecho *subjetivo* implica *sujeto* porque sin *sujeto* no habría derecho *subjetivo*—, como han supuesto muchos y recogido entre nosotros, por ejemplo, DE CASTRO (Derecho civil de España, pág. 492), sino que entendemos con OERTMANN (Introducción, trad. esp., pág. 49) que la hipótesis de los derechos sin sujeto va no sólo contra la denominación, sino también contra el concepto íntimo del derecho en sentido subjetivo. DE BUEN dice (Teoría de la relación jurídica en el Derecho civil, en el libro homenaje a DE DIEGO, pág. 193) que admitirlos sería un absurdo, y CASTÁN (*Derecho civil—Notarías—*, 7.ª ed., tomo I, pág. 292) afirma que esa teoría está poco menos que abandonada por su imposibilidad lógica y porque los casos llamados de derecho sin sujeto admiten *explicación distinta*.

Claro que se puede pensar que la hipoteca unilateral no ha de desembocar necesariamente en la figura inadmisibles de derecho sin sujeto, porque se puede acoger a esta *explicación distinta*, y que se le puede considerar como una situación jurídica conformada de la manera como hoy se suelen construir los antes llamados derechos sin sujeto (Cfr. DE CASTRO, pág. 492, ENNECCERUS I, 1.ª, pág. 300, y en ellos citados).

Pero, sin profundizar en este punto, hemos de advertir que lo mismo si se admiten los derechos sin sujeto, que si se piensa que en ellos no existe un verdadero derecho mas sí una situa-

ción jurídica sin titular actual, pero mantenida en espera del titular futuro, no se justificaría el encuadrar a la hipoteca unilateral—como hipoteca ya nacida—en ninguno de ambos supuestos, porque la razón que pudiera explicar o justificar en otros casos la admisión de tales figuras no se da en la hipoteca unilateral.

DE BUEN entiende—loc. últimamente citada—que la construcción de los derechos sin sujeto se creó para mantener la unidad de un conjunto de relaciones jurídicas aunque carezcan de sujeto. Para nosotros la razón fundamental de la construcción—cualquiera que sea—de un poder jurídico sin titular es la de la existencia del derecho, cuya continuidad se trata de evitar que se rompa, antes del momento en el que queda sin sujeto.

Pues bien, en los casos en que el problema se plantea y exige una solución es porque ya existe un derecho subjetivo y desde que desaparece su titular antiguo hasta que surja el nuevo hay un espacio en el que interesa *continúe* viviendo el derecho o que se *mantenga* la situación jurídica en espera del titular futuro. Si este derecho no existe desde antes, si se trata no de hacerlo continuar viviendo, sino de hacerlo nacer—como sucede en la hipoteca unilateral—, ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a este nacimiento. Y así como, por ejemplo, en el caso de la sucesión *mortis causa* se busca solucionar un problema haciendo continuar la vida del derecho hasta que aparezca su nuevo titular, en el caso de la hipoteca unilateral, aquellos que dicen que se constituye antes de ser adquirida parece más bien que buscan crear problemas en vez de resolverlos, pretendiendo hacer nacer un derecho para que viva—por el momento al menos—sin titular. Cuya vida sin titular, aunque se admita en casos ineludibles como posible, no dejará de ser siempre una situación anómala y, por tanto, de pertinente evitación. Además, que ¿para qué forzar las cosas y entender que se precisa ese nacimiento, que más bien sería aborto, cuando se consiguen iguales efectos con la fuerza retroactiva de la aceptación?

En el supuesto—que es el de la hipoteca unilateral—de que tratándose de la creación de un nuevo derecho, concurren todos los requisitos para su nacimiento, a excepción de la pertenencia a una persona, no hay en rigor todavía derecho subjetivo, sino expectativa de derecho o derecho futuro (V. TUHR, Parte general, trad. argentina, I, pág. 100; OERTMANN, loc. cit.; Cfr. también sobre esto, ENNECERUS, I, 1.º, pág. 320 y sgs.; V. DE CASTRO, pág. 517 y sgs. y 492, con crítica de la doctrina de las expectativas).

Así, pues, pensamos que no se ha de suponer que la hipoteca ha nacido; es decir, se ha constituido antes de la adquisición, sino que, aunque exista ya una protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzca ciertos efectos, aunque la inscripción sea posible, no hay todavía,

propriadamente hablando, un derecho de hipoteca. La protección de las normas jurídicas ni siempre actúa concediendo derechos subjetivos ni sólo se extiende a éstos.

Concretamente queremos, antes de dejar este punto, advertir que una de las comparaciones que estimamos menos afortunadas es la de la herencia yacente con la hipoteca unilateral. Se piensa que en ambos casos hay derechos, pero todavía sin adquirir. Para nosotros son dos situaciones diferentes. En aquélla es seguro—porque siempre hay sucesor—que se considerará, cuando la aceptación se produzca, que ha habido, desde la muerte del causante, un titular, aunque éste sea de momento indeterminado. En la hipoteca unilateral, por el contrario, ni de momento hay titular ni es seguro que lo haya, mientras que, eso sí, está individualmente determinado el único titular posible.

Sigamos ahora atacando la teoría que cree que la hipoteca se constituye sin más que inscribir el acto unilateral del dueño: nuestra doctrina para afirmar que la hipoteca se constituye, es decir, nace como derecho, por la inscripción del acto dispositivo del dueño, se basa en las palabras que la Ley Hipotecaria utiliza.

Ahora bien, en todo caso podemos aducir contra los que interpretan literalmente las palabras de la ley, que tales palabras no son precisamente utilizadas siempre con la exactitud necesaria para que su utilización en el caso de la hipoteca unilateral no deje lugar a dudas. Se reconoce que constituyéndose la hipoteca por la concurrencia de dos factores: título (en sentido sustantivo)—contrato (dejemos ahora el acto unilateral)—más inscripción, es absolutamente inexacto hablar como lo hace el artículo 1875 del Código civil de que «además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la propiedad». Por eso JERÓNIMO GONZÁLEZ dijo acertadamente (*Principio de inscripción*, en t. I, pág. 371), que ese artículo 1875 emplea el verbo *constituir* en dos sentidos diferentes, como nacimiento del derecho real y como formalización del título inscribible. Pero es que la poca precisión terminológica legal no se reduce al artículo 1875 del Código civil, sino que florece exuberante en otros lugares del Código, y tanto en los antiguos como en los nuevos textos legales hipotecarios.

Como indica—en dicho lugar—JERÓNIMO GONZÁLEZ, por ejemplo, según el artículo 468 del Código civil, el usufructo se *constituye* por la ley, por la voluntad de los particulares y por prescripción; y en los artículos 537 y 539 se declara que las servidumbres continuas y aparentes se *adquieren* en virtud de título o por la prescripción de veinte años, y las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán *adquirirse* en virtud de título; y el 1628 preceptúa que el censo enfiteutico sólo puede *establecerse* sobre bienes inmuebles y en escritura pública.

Ante lo anterior se pregunta JERÓNIMO GONZÁLEZ: ¿Qué valor tendrán las palabras *adquirir*, *constituir* y *establecer* para determinar el nacimiento del derecho real? ¿Serán matices o jalones que midan el camino recorrido hacia la perfección de la situación real?

En su opinión, el legislador no se ha planteado el problema, y basta comparar los citados artículos con sus concordantes del Proyecto de 1851, que no aceptaba el sistema de tradición, para convencerse de ello (arts. 436, 537, 538, el 1628 del Código civil sin precedente en Proyecto de 1851, porque éste suprimió el censo enfiteútico). (En los arts. 548 y 981 del Proyecto se rechaza la teoría del título y modo.)

También la Ley de 1861 en su artículo 141, que subsistió incluso en la ley de 1909, y cuyo contenido se suprimió en la vigente, decía que «la hipoteca *constituida* por un tercero sin poder bastante podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripción se subsane la falta cometida». Como se comprenderá ese *constituida* no quiere decir que es que se haya *constituido* real y verdaderamente una hipoteca, ya que se parte de la base de que el tercero no tiene poder bastante para *constituirla* y además se le niega todo efecto, lo cual no es muy propio de una hipoteca verdaderamente *constituida*.

Y asimismo el artículo 126 de esa Ley de 1861, que desapareció en la 1909—en virtud del principio de convalencia, según el cual sólo se atiende a que el tracto sucesivo quede cumplido al tiempo de inscribirse el título—decía: «La hipoteca *constituida* por el que no tenga derecho para *constituirla* según el Registro, no convalerá aunque el *constituyente* adquiriera después dicho derecho.» Naturalmente, lo mismo que en el caso anterior el *constituida* de este artículo tampoco quiere decir que haya una verdadera *constitución*.

Igualmente en la nueva Ley se habla de escritura de *constitución* de hipoteca—cuando de sobra se sabe que en rigor no se puede hablar de *constitución* de hipoteca, sino cuando ya se ha producido la inscripción—, por ejemplo, en el artículo 129-2.º (recogido del 201 del Reglamento de 1915) y en el 130-1.º (copia del 130 de la Ley de 1909) y en el 131, párrafos 1.º, 6.º y 9.º (también recogido del mismo artículo 131 de la Ley de 1909), (las palabras de esos artículos 129, 130 y 131 no vienen de la Ley de 1861, porque se refieren al procedimiento judicial sumario y al extrajudicial, introducido, el uno, por la ley del 1909, y recogido el otro del Reglamento de 1915), y en el artículo 140-1.º (tomado del 138-2.º de la Ley de 1944) y en el 154 (recogido del 154 de la Ley de 1909).⁹

Y se va más lejos en el 161, cuyos términos existieron en to-

9. Lo mismo podemos decir del nuevo Reglamento. Véanse arts. 234, 235, 6.º, 248, etc.

das las leyes anteriores, cuando se afirma: «La hipoteca legal una vez *constituída e inscrita* surte los mismos efectos que la voluntaria...» Sospechamos que frente a esto es mucho afirmar el mantener que porque el artículo 141 de la actual Ley Hipotecaria dice *constituída*, se refiere rigurosamente al nacimiento del derecho real de hipoteca, siendo así que, por ejemplo, tan claramente en ese 161 *constituída* no puede significar que tal derecho haya nacido, puesto que precisa de la inscripción para nacer, y la inscripción viene después, puesto que se dice: «... *constituída e inscrita*.»

Y no menos se hace cuando en el 159 se dice que para que las hipotecas legales queden válidamente *establecidas* se necesita la *inscripción* del título *en cuya virtud se constituyan*. Aquí, lo mismo que en el caso anterior, es que ya únicamente se da a constituir el segundo sentido que decía JERÓNIMO GONZÁLEZ, o sea, el de formalización del título inscribible, porque claramente se han separado la *constitución* y la *inscripción*. Y esto es particularmente curioso porque se hizo modificando el 159 que había existido en las leyes anteriores y que decía *constituídas* en vez de *establecidas*, o sea, que la cosa ha empeorado. Ha empeorado por la sencilla razón de que en nuestro Derecho la inscripción no fué constitutiva para la hipoteca hasta que llegó el 1875 del Código civil. Por lo cual es curioso observar que antes de ser la inscripción constitutiva se decía—leyes de 1861 y 1869—: «Para que las hipotecas legales se entiendan *constituídas se necesita la inscripción* del título en cuya virtud se constituyan.» Y ahora que la inscripción es constitutiva, para la hipoteca, no se dice que se necesita la inscripción para que queden válidamente *constituídas*, sino para que queden *establecidas*.

Claro, la explicación del *constituídas* del artículo 159 de las Leyes de 1861 y 1869 es simplemente que se expresaron mal al querer que en adelante las antiguas hipotecas legales tácitas hubiesen de ser inscritas para poder perjudicar a tercero. Ese es el sentido del *constituídas* en este caso. Naturalmente, no necesitaban, en las leyes de 1861 y 1869, las hipotecas legales de la inscripción para constituirse, lo mismo que tampoco necesitaban de ella las voluntarias sino para perjudicar a tercero (v. art. 146).

Y también parecidamente el 180 (copia del 186 de las Leyes anteriores), que habla de marido obligado a constituir hipoteca, dice que tal obligación no perjudica a tercero, sino desde la inscripción de la hipoteca. Creemos que aquí es donde se podía decir exactamente: «desde la constitución», puesto que sin inscripción no hay constitución. Claro que tampoco es inexacto hablar de inscripción. Lo cierto es que el legislador se ha limitado a copiar exactamente las leyes anteriores. En las de 1861 y 1869 no se podía decir que la hipoteca perjudicaría a tercero desde su constitución—porque la inscripción no era constitutiva—, pero hoy sí se podía haber hecho.

Pero para el que crea a pie juntillas en el rigor terminológico

de la Ley Hipotecaria, todo lo anterior no será excesivamente extraño cuando lea el 145, que tiene por fin decir cuándo queda constituida la hipoteca voluntaria, y que, en vez de esa maravillosa precisión que sería de esperar (para nosotros tenemos que, a la vista de lo que llevamos dicho, lo que sería es de no esperar), se limita a hablar de *constituída*, no ya ni como el 1875 del Código civil, que utilizaba el término en dos sentidos, sino refiriéndose sólo a lo que podríamos llamar *falsa constitución*. «Para que las hipotecas voluntarias—dice el 145—queden válidamente *establecidas*, se requiere: 1.º Que se hayan *constituído* en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.» (Este artículo es copia íntegra del 146 de la Ley de 1909. El de las Leyes de 1861 y 1869, de acuerdo con la falta de carácter constitutivo que tenía en ellas la inscripción, decía: Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: 1.º Que se hayan *convenido o mandada constituir* en escritura pública. 2.º Que ésta se haya inscrito en el Registro).

El 145, pues, para expresar el concepto que debería haber expresado diciendo *constituída*, ha preferido decir *establecidas*. El cual término tampoco es desusado, porque el 138 (copia de los 138 y 139 de las leyes anteriores, excepto que dice *establezcan* en vez de *constituyan*) dice: Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas* por disposición del dueño de los bienes sobre que se *establezcan* y sólo podrán *constituirlas*...

El propio 141 copió el artículo 139 de la Ley de 1944, pero hablando de «... la persona a cuyo favor se *establecieron o inscribieron*» en vez de «... la persona a cuyo favor fué *constituída*...», como decía ese artículo 139. Realmente esto no es una inexactitud, habida cuenta de que la inscripción es constitutiva, pero sí pone de relieve la poca fijeza terminológica de la Ley.

El sentido que creemos tiene el 141 es solamente el de generalizar una norma que aplicada a un caso concreto ya existía, como vimos en el artículo 197 del Reglamento de 1915, y que venía existiendo desde el artículo 112 del de 1870 (Cfr. LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma*, pág. 207, y *Comentarios al nuevo reglamento*, pág. 268). Que esto que decimos sobre el sentido del 141 de la Ley actual es así, lo prueba la propia exposición de motivos de la Ley de 1944 al decir: «Modificaciones de menos trascendencia aparecen en el título de las hipotecas, mediante ligeros retoques del artículo 115, y en los efectos de las constituídas por acto unilateral del dueño del inmueble, en las que se permite su cancelación a solicitud del titular de la finca, siempre que el acreedor, previo requerimiento, no la hubiese aceptado en el plazo de dos meses.» O sea, que solamente hay en lo que se refiere a la hipoteca unilateral un ligero retoque y éste sólo afecta a la cancelación de la inscripción. El legislador, al utilizar las palabras con que realizó el «ligero retoque», no creyó probablemente, pues si no no hablaría de «ligero retoque», que de ellas se serviría la doctrina para fundamentar una nueva teoría.

El sentido del artículo 197 del Reglamento de 1915, con su *constituya* y todo, que provenía del artículo 112 del Reglamento de 1870, es lo que se recoge en el artículo 141 de la actual Ley (que siguió hablando de constituir). Este 141 se ha limitado—repetimos—a generalizar el supuesto particular que aquellos contemplaban refiriéndolo a todos los que hipotequen, y a todos aquellos a cuyo favor, después de la aceptación, resulten las cosas hipotecadas, en vez de referirse, como hacían aquéllos, solamente al supuesto de hipoteca constituida a favor del Estado o de corporaciones civiles. Se limita a permitir la inscripción de la escritura de hipoteca unilateral, y a señalar los efectos retroactivos de la registración de la aceptación.

Creemos, pues, que lo mismo que se habla, por ejemplo, de suceder «en virtud de testamento» (cuando, sin embargo, es precisa la aceptación de la herencia¹⁰), se habla también de hipoteca *constituída* por acto unilateral. En ambos casos lo que sucede es que como el negocio jurídico que sirve de base a la transmisión sucesoria o a la constitución de la hipoteca es el testamento o es el acto unilateral, se deja en un segundo plano la aceptación porque ésta es solamente la que determina la producción de los efectos de aquellos negocios jurídicos, pero no lo causa de tales efectos.

Con esto el *constituídas* del artículo 141 creemos que queda explicado. En cuanto al *constitución* final de dicho artículo alude al momento de la inscripción. No creemos que signifique «nacimiento» de la hipoteca, sino ingreso en el Registro del título en que aquélla se *constituyó* (formalizó). (Cfr. LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma*, pág. 208.)

Una Ley que habla de hipoteca constituida cuando se otorga la escritura de hipoteca, que recoge ese término—utilizándolo en los mismos casos que ellas—de otras Leyes en las que imperaba un régimen distinto fundamentalmente, que también para referirse a la inscripción habla de *constitución* (y con rigor por cierto, por ser la inscripción constitutiva), no tiene nada de particular que, por falta de exactitud terminológica, hable en este supuesto—141 *in fine*—de *constitución* para aludir a la inscripción, aunque en este caso precisamente, esa inscripción que normalmente—así: cuando es contractual—constituye la hipoteca, no baste para constituir, para hacerla nacer, sino que sólo sea el fundamento de tal constitución, que se producirá al concurrir la anotación marginal de la aceptación.

O sea, nuestra Ley habla indistintamente y con magnífica inexactitud de hipotecas *impuestas, establecidas, constituídas e inscritas*.

Como en el caso del Código civil también cabe afirmar aquí que el legislador no se ha planteado el problema de si tales términos marcan distintos jalones hacia la perfección de la situación

10. En contra, GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en R. D. P., 1944, págs. 89 y sigs.

real. Así como en aquel caso el Código copia las palabras y expresiones del Proyecto de 1851 sin tener en cuenta que media entre ambos el abismo de la teoría del título y el modo, rechazada por uno y admitida por otro, así también la Ley Hipotecaria de 1946 copia al pie de la letra artículos y términos que procedentes de la del 1861 han llegado sin modificación hasta ella, pero sin tener en cuenta que al convertir el 1875 del Código civil la inscripción de la hipoteca de declarativa en constitutiva, se requiere la necesaria modificación de aquello a que tan trascendental cambio haya afectado. Y por desgracia, algunas de las veces que introduce modificaciones más valía que no lo hiciera.

Los tres primeros términos citados (impuestas, establecidas, constituídas) pueden aludir—utilizando la expresión de JERÓNIMO GONZÁLEZ—a la formalización del título inscribible. Y todos ellos (incluido el cuarto: inscritas) pueden significar que el proceso genético de la hipoteca ha sido coronado con la inscripción porque realmente sólo después de ésta puede haber una hipoteca nacida a la vida del Derecho.

Ahora bien: se ha de advertir que no siempre la inscripción implica el nacimiento de la hipoteca, pues si es cierto que sin la inscripción no hace la hipoteca, no lo es menos que ésta puede faltar aunque aquélla concorra o pueda haberse extinguido aunque la inscripción subsista.

Para nosotros la constitución de hipoteca unilateral debe ser un caso de adquisición constitutiva y no de constitución anterior a la adquisición. Ahora bien: el mismo nombre lo indica. Lo que acabamos de decir, pero nos interesa repetirlo. La adquisición constitutiva quiere decir adquisición que constituye un derecho. La hipoteca es un derecho que se constituye, que nace, porque se adquiere. Es decir, no es posible que la constitución preceda a la adquisición, porque precisamente es la adquisición la que constituye, la que hace nacer los derechos cuando éstos nacen en virtud de adquisición constitutiva. Por tanto, en estos casos, uno de los cuales es la hipoteca unilateral, no se puede hablar, y como de dos momentos separados y distintos, de la adquisición y de la constitución, porque uno y otro, por definición, coinciden. Ello es—creemos—perfectamente admisible en nuestro Derecho. El derecho de hipoteca—vistos los obstáculos en general para la construcción de los derechos sin sujeto, y para que, aun admitidos tales derechos o construídos como supuestos que no encierran un derecho subjetivo actual, se considere como uno de ellos a la hipoteca unilateral—habría de tener un titular que mediante su adquisición produzca la constitución.

Para nosotros el efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no sólo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la registración de la aceptación pudiesen retrotraerse *erga omnes*.

Y vamos a poner de relieve otra cosa que muestra—creemos—la mayor lógica de nuestra construcción. Es sabido que el caso más frecuente de inscripción de hipoteca unilateral es precisamente el de que no haya todavía obligación que garantizar. Precisamente el dueño de los bienes la inscribe como medio más seguro para conseguir que la obligación nazca. Por ejemplo, se desea un préstamo, y para estimular su concesión se muestra al futuro prestamista la garantía de que disfrutará cuando acepte la hipoteca unilateral inscrita.

Esto nos lleva a otro problema, porque este de la hipoteca unilateral parece un campo minado de problemas, que ya es propio de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras. Hemos dicho que, por lo general, la hipoteca unilateral tiende a garantizar una obligación futura. En este sentido JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Principio del consentimiento*, en t. I, pág. 408) hablando de la técnica moderna y de la distinción de los tres momentos de negocio causal, acuerdo real, e inscripción, afirma que el orden de sucesión de estos tres momentos suele variar y que en la hipoteca unilateral suele ser: inscripción—unilateral de la hipoteca—, negocio causal—préstamo, por ejemplo—, y acuerdo—aceptación de la hipoteca ya inscrita.

Pues bien, en virtud del carácter accesorio de la hipoteca surge la cuestión de si ésta en tal caso nacerá antes que la obligación o sólo podrá nacer una vez que exista ésta. Es este un punto en el que se han multiplicado las teorías. ¿Se puede hablar de hipoteca—derecho que tiene por misión garantizar una obligación principal—sin que haya todavía obligación? En Alemania se considera que en lo que llamamos hipoteca en garantía de una obligación futura, hasta el momento del nacimiento de la obligación, existe una deuda inmobiliaria del propietario.

DE CASSO—pág. 564—entiende que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, «dado el principio de accesoriedad de la hipoteca en nuestro sistema registral y civil, acusa una incongruencia o una excepción muy cualificada, que los tratadistas y la doctrina de la Dirección tratan en vano de conciliar con aquella concepción». ^{10 bis}

Porque, además, si entendemos con REGELS-BERGER que por deuda futura hay que entender toda deuda posible, la hipoteca prácticamente va a adquirir, casi podríamos decir, una viabilidad completamente impropia de su carácter accesorio. Más templadamente, entre nosotros, JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La hipoteca de seguridad*, en t. II, pág. 92), ya advirtió que no basta la sola posibili-

10 bis. Añade DE CASSO—págs. 564 y 565—que «es inútil pretender forzar una exégesis congruente con la norma hipotecaria de accesoriedad, a base de decir que en tal momento hay sólo una hipoteca potencial o una expectativa de hipoteca».

Piensa que en el artículo 142 de la L. H. «se regula una verdadera hipoteca independiente o «deuda inmobiliaria» del propietario, la cual excepcionalmente se admite».

dad de obligación, sino que se necesita que el aparato jurídico creado tenga consistencia suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias.

Hoy jurisprudencia y doctrina se inclinan preferentemente a admitir el nacimiento de la hipoteca antes del de la obligación garantiza, estimando que basta que esta obligación se halle en estado potencial.

Sin embargo, podemos decir nosotros: ¿es posible considerar *existente* una hipoteca unilateral—que no se puede cancelar hasta pasados dos meses del requerimiento para que se acepte sin que conste en el Registro la aceptación—cuando se haya esfumado la obligación futura—el Banco niega el préstamo?

Frente al dogma de la accesoriedad proclamado por el Código civil (artículo 1.857-1.º) y ratificado por la exposición de motivos de la Ley de 1944 al decir que «se juzgó conveniente no apartarse del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca», ¿es posible decir que *hay* un derecho de hipoteca, en los términos que hemos visto, que puede extinguirse porque no llegue a nacer la obligación futura? ¿No sería más acertado esperar a que esta obligación naciese para que la hipoteca surgiese a su vez?

Nos damos perfecta cuenta de que el 1.857 habla de que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, lo cual puede entenderse que no implica que tal obligación exista ya. Pero, ¿es que vamos a considerar «como aparato jurídico ya creado y con consistencia suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias»—como diría JERÓNIMO GONZÁLEZ—, por ejemplo al simple proyecto de obligación principal, que no existe nada más que en la mente del hipotecante?

Mucha fuerza podrá tener la inscripción del acto unilateral dispositivo del dueño, no lo negamos, pero nos parece excesivo pensar que pueda crear—con razón habría que recalcar aquí *creatio ex nihilo*—un derecho subjetivo sobre cosa ajena, que tiende a garantizar a su titular el cumplimiento de una obligación principal—que eso es la hipoteca—, si cuando se estima que ese derecho se crea o nace, nace sin sujeto—con lo cual no se garantiza a nadie—, y no se puede hablar de cosa ajena—porque esto implica alteridad y no hay más yo que el dueño de los bienes—y tampoco garantiza nada—porque no hay obligación que garantizar—. Si actualmente no hay cosa garantizada, ni sujeto al que se garantice, se nos hace muy duro pensar que existe ya un derecho real de garantía por el que no se garantiza nada a nadie.

¿No sería más morigerado, aunque se crea que es menos progresivo, pensar que existe una expectativa de hipoteca, que ya se anuncia a terceros advirtiéndoles que, si nace, producirá efectos desde la inscripción?

Nosotros eso es lo que creemos, y nos parece poder encuadrar nuestro pensamiento dentro del marco de nuestro Derecho positivo. No obstante, para el que crea que la postura de nuestra Ley Hipotecaria es la que acabamos de criticar, puede servir todo lo

anterior como una simple muestra de lo incómoda, artificiosa y forzada que es tal postura.

Y una vez terminada la crítica de la teoría denominada del negocio unilateral dispositivo constitutivo de hipoteca, pasemos a exponer una última teoría sobre la construcción jurídica de la hipoteca unilateral.

4.º Teoría de la reserva de rango.

a) Exposición.

Se ha visto en el artículo 138 una situación parecida a la reserva de rango. El contrato—dicen PÉREZ y ALGUER, en *Wolff*, III, 1.º, págs. 213 y 238—es requisito de la constitución de la hipoteca; pero la inscripción de ésta en virtud de acto unilateral del dueño, entraña algo así como una reserva de rango, que se transforma en auténtica hipoteca en cuanto acepte aquél en cuyo favor se reservó. Semejantemente piensa GIMÉNEZ ARNÁU (*Tratado de Legislación hipotecaria*, II, pág. 7).

b) Crítica.

Esta postura nos parece afortunada por lo que se refiere a que la inscripción de la llamada hipoteca unilateral es una especie de reserva de rango. Pero no creemos que sea ya tan acertado afirmar que el contrato es requisito para la constitución de la hipoteca.

III

DOGMÁTICA

Nosotros pensamos que no es el contrato—negocio jurídico bilateral—el que da origen al tipo de hipoteca que estudiamos, sino que su base es un negocio jurídico unilateral de disposición y real que consta de dos elementos—disposición del dueño de los bienes e inscripción—, pero cuyo negocio unilateral no es, sin embargo, suficiente ni para hacer adquirir el derecho de hipoteca al favorecido (por lo cual rechazamos la teoría del negocio unilateral que hace adquirir), ni tampoco para constituir, para hacer nacer el derecho de hipoteca (por lo cual rechazamos la teoría del negocio unilateral constitutivo).

Ahora bien: el negocio unilateral que es base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido, cuya registración de la aceptación no es ni mucho menos una simple condición suspensiva (por lo que hemos rechazado la teoría de la hipoteca condicionada suspensivamente), sino una

conditio iuris. Y como hasta el momento de su cumplimiento el registro publica no la constitución de una hipoteca que no existe en la realidad, sino un negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* se cumpla, resulta que ese registro no es inexacto (por lo cual no rechazamos la teoría del consentimiento formal, pero sí rechazamos que ese consentimiento formal provoque inexactitud registral).

De esta manera el negocio unilateral (disposición inscrita del dueño de los bienes) produce sus efectos (constitución y adquisición simultáneas del derecho de hipoteca) cuando se dé la *conditio iuris* (anotación de la aceptación del favorecido).

Hasta entonces la misión de su inscripción formalmente consentida es fundamentalmente reservar su rango; de forma que la retroacción de los efectos del cumplimiento de la *conditio iuris*, no tropiece con la protección que la Ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un registro en el que no hubiese existido semejante inscripción.

Llamamos negocio jurídico unilateral a aquel supuesto de hecho que contiene una declaración de voluntad privada—en este caso la del dueño de los bienes—(aunque puede contener ese supuesto de hecho otros elementos) que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido.

Ahora bien, ¿qué clase de negocio jurídico unilateral es el que es base para la constitución de la hipoteca unilateral? Para nosotros es un negocio unilateral, primero, de disposición, y segundo, real.

Es de disposición para el dueño de los bienes porque se llaman así los que producen directamente por sí la pérdida o, exactamente en este caso, el gravamen de un derecho—la propiedad—mediante transmisión de parte de poder, transmisión que es constitutiva de otro derecho. Y es real porque su efecto jurídico directo es el nacimiento de un derecho real (aunque este nacimiento no coincida con la conclusión del negocio jurídico. Esto es debido a otra causa). De todo ello se deduce que no puede confundirse con un negocio obligacional que se limita a preparar la disposición o enajenación obligando a ella mediante la creación de derechos de crédito.

Obsérvese que, en efecto, la escritura de disposición unilateral *no obliga*, en sentido técnico, al dueño de los bienes a constituir hipoteca. Tampoco con la inscripción del acto unilateral queda el hipotecante *obligado*. Sólo puede hablarse de una vinculación del disponente a su acto dispositivo. Sería como si, por ejemplo, un testamento no pudiese revocarse hasta pasado un plazo desde el otorgamiento. El que está *vinculado* no puede *revocar*, pero no queda *obligado* (Cfr. *Wolff*, III, 1.º, pág. 208).

Es un negocio jurídico de disposición, pero partes, es decir, elementos de ese negocio jurídico son: Primero, la disposición del dueño de los bienes, y segundo, la inscripción. O sea, no es que

haya ya un negocio jurídico completo en la disposición del dueño, cuyo negocio jurídico se inscribe, sino que la disposición, más la inscripción, forman ambas el supuesto de hecho que es negocio jurídico, porque éste hemos dicho que es un supuesto de hecho que cuando es unilateral contiene una declaración de voluntad privada, pero esto no excluye que contenga otros elementos.

El negocio jurídico de disposición y real que estudiamos, compuesto por la disposición del dueño de los bienes más la inscripción, es sustancialmente lo mismo que en el Derecho alemán, en el que el acuerdo real y la inscripción forman un negocio de disposición y real. Lo cual PÉREZ y ALGUER (en *Wolff*, III, 1.º, página 211) acogen plenamente para el Derecho español y afirman que *evidentemente* en nuestro Derecho el contrato de hipoteca y la inscripción forman un negocio jurídico de disposición real, contractual y abstracto. Y hay que advertir que tanto estos autores como el Derecho alemán consideran que el acuerdo real—o contrato de hipoteca en nuestro Derecho—también existe en la hipoteca unilateral porque en ésta hay contrato o acuerdo que producen la concurrencia del consentimiento del dueño de los bienes y la aceptación de la hipoteca por el favorecido. No obstante, no importa que nosotros pensemos que la voluntad del dueño de los bienes no se une a la aceptación para formar un contrato, sino que vale por sí sola. Y no importa porque en ambos casos, en ambos Derechos, español y alemán, hay inscripción, y la diferencia de que en uno de esos casos haya un elemento bilateral—acuerdo—y en otro un elemento unilateral—disposición del dueño de los bienes—no tiene trascendencia a los efectos que estamos estudiando ahora, ni impide la comparación entre Derecho alemán y español, ya que la única consecuencia de tal diferencia es que en el B. G. B. el negocio jurídico sea bilateral—contrato— y en nuestra hipoteca unilateral hay un negocio jurídico, pero unilateral. Lo único que importa es destacar que la inscripción, juntamente con el acuerdo en un caso o la voluntad unilateral en otro, forman un negocio jurídico de disposición real.

Ciertamente que no existe en nuestro Derecho la distinción tajante del alemán entre negocio jurídico causal, acuerdo real e inscripción (recuérdese que, salvo para la hipoteca, la inscripción no es en nuestro Derecho constitutiva), y, por ejemplo, al inscribir la compraventa de un inmueble, se inscribe el llamado título, que comprende todo el ciclo que opera la transmisión, iniciado por el contrato de compraventa y concluido por la entrega de la cosa (Cfr. ROCA, II, pág. 195 y I, pág. 163 y sigs., y, en particular, la refutación de la opinión de SANZ, pág. 165).

Sin embargo, en lo que respecta a la hipoteca, nuestro Derecho y el alemán corren paralelos por dos razones: Primera, porque la inscripción es constitutiva, y segunda, porque así como, por ejemplo, en la venta están involucrados en el llamado título inscribible todos los momentos del ciclo trasmisivo, no ocurre tal en la hipoteca, sino que, en ésta, aparece perfectamente diferenciado

y aparte del negocio (u otra cualquier razón) causal el acuerdo real.

Este acuerdo real lo constituye el propio contrato de hipoteca o lo sustituye la voluntad unilateral del dueño de los bienes. Y está, como decimos, perfectamente diferenciado de la causa que constriñe a hipotecar (obligación *ex lege* en las hipotecas legales y contractual, por ejemplo, precontrato de hipoteca, en las voluntarias) hasta el punto de que PÉREZ y ALGUER (en *Wolff*, III, 1.º, pág. 212¹¹) afirman, y—utilizando sus propias palabras—*sin rodeos*, que el contrato de hipoteca es en nuestro Derecho un contrato abstracto.

El puesto del acuerdo real del Derecho alemán lo ocupan, por tanto, en nuestro Derecho o el propio contrato de hipoteca o la voluntad unilateral del dueño, porque no tienden a crear un derecho de crédito que faculte para exigir la constitución de hipoteca, sino que tienden directamente a constituir ésta. Basta ver la diferencia entre los artículos 1862 y 1875 del Código civil. Y ese contrato o voluntad unilateral juntamente con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición, que es base productora del nacimiento de la hipoteca. Aunque en la hipoteca unilateral tal nacimiento no coincida con la conclusión del negocio.

La inscripción forma, pues, parte del negocio jurídico de disposición. Algunos (así DE CASSO, pág. 511, n. 13; ROCA, I, página 156; SANZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1947, página 242) dicen que la inscripción *sustituye* a la tradición. Esto, si se aprecia bien el sentido que en tal frase se da al verbo sustituir, no es inexacto. Sin embargo, quizá sea más claro advertir, como hace CASTÁN—*Derecho civil, Notarias*, 6.ª ed., II, pág. 137—que tradición e inscripción tienen órbita de aplicación distinta. Ello porque en la hipoteca no ha lugar la tradición, y en otros derechos reales la tradición se encuadra dentro del acto o título transmisivo inscribible¹²:

Lo que, desde luego, puede dar, aun más, lugar a confusión

11. No deben producirse confusiones con motivo de la posibilidad de existencia de estos tres contratos, por ejemplo (aunque posiblemente la fuente ordinaria de la obligación de hipotecar será una cláusula inserta en el contrato del que nace la obligación principal): 1.º Contrato de préstamo. De él surge la obligación principal, que la hipoteca garantiza. 2.º Precontrato de hipoteca. En él se pacta garantizar con hipoteca el cumplimiento de la anterior obligación principal. 3.º Contrato de hipoteca. Contrato del que, mediante la inscripción, nace la hipoteca. Con él se garantiza el cumplimiento de la obligación principal y se cumple la que nació del precontrato de hipoteca. El primer contrato es real, en el sentido de que se perfecciona por la entrega de la cosa. El tercero es real en el sentido de que *directamente*—unido a la inscripción—genera un derecho real. El segundo es obligacional, porque de él sólo nacen obligaciones. No produce ningún derecho real, sino únicamente la obligación de constituirlo, y por eso no es real en el sentido que lo es el contrato de hipoteca. Se perfecciona por el acuerdo de voluntades, sin requerir entrega de cosa, y por eso no es real en el sentido del contrato de préstamo.

12. Dejamos al margen los problemas que pueden plantearse en torno al artículo 1.473, que no son pocos.

es afirmar—como hace ROCA, I, pág. 166—que es como si el 609 dijese: «La hipoteca se adquiere como consecuencia de contrato mediante la inscripción.»¹³

No es aplicable en el caso que estudiamos la nunca bien precisada teoría del título y el modo, porque el 609 no tiene validez para todos los derechos reales, sino sólo para los susceptibles de posesión. Además, los propios defensores de la teoría del título y el modo reconocieron de antiguo que esta teoría no era aplicable a la hipoteca. En la misma Ley de 1861 nacía la hipoteca del solo título porque la inscripción no era entonces constitutiva. Por otro lado, aunque tal teoría fuese aplicable—lo que no admitimos—a la hipoteca, lo sería sólo a la convencional porque el 609 dice: «A consecuencia de ciertos *contratos* mediante la tradición». Lo cual prueba que en ningún caso se puede aplicar a la hipoteca unilateral. (Cfr. sobre lo anterior: ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, en R. D. P. 1945, página 349 y siguientes.)

O sea que la inscripción no es, desde luego, para la hipoteca unilateral ningún *modus* que unido a un título o negocio jurídico obligacional, pero negocio jurídico obligacional completo en sí, produzca la adquisición de tal hipoteca, sino que tal inscripción es sólo un elemento del negocio jurídico de disposición y real base de la constitución de la hipoteca unilateral.

Hay quien, como DE BUEN (*Derecho civil común*, cit. página 337) o NÚÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, en R. G. L. J., 1945, I, pág. 422, nota) creen que la necesidad de la inscripción para que nazca la hipoteca pertenece al capítulo de la forma de los negocios jurídicos materiales¹⁴, pero creemos más acertado pensar que la inscripción no es mera forma de un acto privado, sino que esa constatación en un Registro público por funcionario público del acto unilateral del dueño, esa inscripción, es otro ele-

13. Para el que entienda que la tradición es un contrato real—compuesto de la entrega y el acuerdo sobre la transmisión—(Cfr. PÉREZ y ALGUER, en *Wolff*, III-1.º, pág. 390), es evidentemente equivocado suponer que la inscripción sustituye a la tradición, porque ello es como decir que la inscripción sustituye a la entrega y al acuerdo real. Y eso es inexacto, porque aunque se pueda decir que la inscripción ocupa, en nuestro Derecho, en la hipoteca, el lugar que la entrega llena en el caso de otros derechos reales sobre muebles o sobre inmuebles, no ocupa también el lugar del acuerdo real, aunque no sea nada más que por la sencilla razón de que en la hipoteca el acuerdo real es el propio contrato de hipoteca (o lo sustituye la voluntad unilateral del dueño).

Decíamos que puede dar lugar a confusión afirmar que es como si el 609 dijese: «La hipoteca se constituye por consecuencia del contrato mediante la inscripción», porque ello—aunque se vea en la tradición una mera entrega no unida a un acuerdo real (Cfr. ROCA, I, pág. 632)—induce a pensar que la inscripción desempeña el papel de la tradición (modo), y el contrato de hipoteca el de negocio obligacional causal (título). Y las cosas no son así, pues como acabamos de ver, al no ser el contrato de hipoteca negocio obligacional ni causal, sino real, no sería nunca un título—en el sentido que lo es el contrato de compraventa—que mediante la tradición hiciese nacer la hipoteca.

14. No creemos tampoco que esté en lo cierto SANZ—*Instituciones*, I, página 243—cuando afirma que, en el caso de la hipoteca, «la inscripción es decla-

mento del negocio, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública (Cfr. ENNECCERUS, I, 2.º, páginas 62-63, III, 1.º, pág. 203 y anotaciones correspondientes.)

Decíamos que denominábamos negocio jurídico unilateral a aquel supuesto de hecho que contiene una declaración de voluntad privada que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido. Y hemos de añadir que lo que según la concepción del ordenamiento no fundamenta el efecto jurídico sino que sólo lo condiciona—en este caso la anotación de la aceptación de la hipoteca—no es considerado como elemento, como parte del negocio, sino sólo como condición de su eficacia, y se designa como *conditio iuris* cuando es posterior en tiempo a la conclusión del negocio. De lo dicho se desprende cuán inconveniente sería deducir del concepto de negocio jurídico que su eficacia haya de coincidir en el tiempo con la conclusión del negocio (ENNECCERUS, I, 2.º, pág. 63).

La *conditio iuris*, como dice ENNECCERUS (I, 2.º, pág. 315), es un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio, según su naturaleza, su objeto o una disposición del derecho. No es, pues, parte del supuesto de hecho del negocio jurídico, sino una condición de eficacia de este supuesto de hecho.

La registración de la aceptación, construida a la hipoteca unilateral como negocio jurídico unilateral, es, en efecto, una *conditio iuris*.

Interesa hacer constar que la *conditio iuris* es la registración, mediante anotación, de la aceptación del favorecido, y no la sola aceptación sin registrar, porque esa anotación marginal es *constitutiva*. (El 141 habla no de retrotraer los efectos de la aceptación, sino de retrotraer los efectos de la registración de la aceptación. Y luego permite cancelar «si no constase—en el Registro—la aceptación transcurridos dos meses...») (Cfr. ROCA, IV, pág. 354, nota 3, y 357). O sea que no hay ni siquiera inexactitud registral si la aceptación se ha producido y no se ha anotado.

Excepcionalmente no se precisa registrar la aceptación en las hipotecas en garantía de títulos valores (art. 154).

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.

Ahora bien: el efecto querido, que se tiende a producir con ese negocio jurídico, es la creación de una hipoteca a favor de determinada persona. La anotación de la aceptación de ésta, que es ciertamente una *conditio iuris*, retrasa, pues, hasta que se ve-

rativa y tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad necesaria e indispensable para el ejercicio y efectividad del derecho.

ROCA—IV, 154-5—se pronuncia lo mismo en contra de NÚÑEZ LAGOS que de SANZ.

En pos de SANZ y de NÚÑEZ LAGOS algún registrador, como RAMOS, niega el carácter constitutivo de la inscripción (R. C. D. I., 1949, pág. 192). Otro—HERNÁNDEZ—hace depender la solución del sentido que se dé al término *constitutivo* (R. C. D. I., 1949, págs. 393-4).

rifica, la producción de los efectos perseguidos por dicho negocio jurídico.

En el espacio que media entre la conclusión del negocio y la realización de la *conditio iuris* (anotación de la aceptación), ciertamente que el negocio jurídico puede producir ciertas consecuencias jurídicas, pero de ninguna manera puede producir sus efectos fundamentales. Las consecuencias jurídicas que el negocio produzca en ese espacio intermedio sólo serán encaminadas a evitar la frustración de los efectos principales del negocio; es decir, a producir el aseguramiento de éstos.

La consecuencia del negocio jurídico de hipoteca unilateral, antes de la registración de la aceptación, es reservar un rango y vincular al disponente a su disposición.

Y como, sin género de duda, la constitución de la hipoteca es efecto principal y fundamental del negocio jurídico, el suponer que pueda producirse semejante efecto, es decir, la constitución, antes de la registración de la aceptación, es inadmisibile, porque sería como admitir que el negocio jurídico puede producir sus efectos principales antes de la realización de la *conditio iuris*, lo cual, por definición, es inaceptable.

Así, pues, nosotros construimos el negocio jurídico por el que se constituye la hipoteca unilateral, como un negocio jurídico unilateral, pero pensamos que la aceptación registrada es la que produce tanto la adquisición como el nacimiento del derecho de hipoteca.

Bien entendido que la inscripción—acceso al Registro del acto unilateral del dueño—tiene un valor y reserva un rango aunque no constituya la hipoteca. Esto creemos que no se ha visto claro por los que sostienen la teoría del negocio jurídico constitutivo de la hipoteca sin necesidad de aceptación, porque acostumbrados a dar ya un valor excesivo a la inscripción, y habida cuenta de que en materia de hipoteca es constitutiva, quizá no se ha apreciado exactamente lo siguiente: 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 ya es 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, 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.

Nuestra ley acepta la suficiencia de la declaración unilateral para provocar asientos. Aquí podemos traer a colación aquellas palabras de JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Principios de consentimiento*, en t. I, pág. 412) según las cuales el Derecho hipotecario, en aras

de una mayor facilidad para transferir las fincas y los derechos, concluye por declarar inscribibles y llevar al Registro actos unilaterales del titular que por sí solos no implican transferencia o constitución perfecta de derechos reales. Cualquiera pensaría que esto choca con el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 2.º dice que se inscribirán los títulos (en este caso el término *título* se emplea en el sentido material de *acto*) en que se *constituyan*, reconozcan, *transmitan*, modifiquen o extingan derechos reales. Pero no hay tal colisión, porque lo que pasa es que la Ley Hipotecaria es infiel a sí misma, y, por ejemplo, en el artículo 23 se demuestra que un acto es inscribible sin que haya *transmisión* de derecho real, ya que ésta no se produce hasta que tenga lugar la condición suspensiva. Pues igualmente existe en el caso de la hipoteca unilateral—a pesar de todas las inexactitudes terminológicas—una inscripción sin que haya *constitución*, y en esa inscripción hay una expectativa de derecho real. Se indica y se hace pública la posibilidad o, si se quiere, la probabilidad de él.

Por todo lo cual, lo que nos parece es que esa inscripción de la hipoteca unilateral está desempeñando el papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva, porque no publica ningún derecho de hipoteca, y solamente previene de que si acepta el favorecido, la anotación de esa aceptación tendrá efectos retroactivos, por lo cual se considerará nacida la hipoteca desde la inscripción.

Y precisamente—como dice CHAMORRO, pág. 17—la retroacción de los efectos de esa nota marginal tampoco implica la preexistencia del derecho real. Para nosotros, más bien demuestra su no preexistencia.

Basta recurrir a la doctrina para que, examinados los conceptos que formula de la inscripción y de la anotación, se compruebe que la forma apropiada de registración de la hipoteca unilateral sería esta última.

La inscribibilidad de tal acto proviene de una falta de técnica. No negamos que deba tener acceso al Registro. Pero cuando se puso de relieve la necesidad de que fuese *inscribible*, se debió pensar que *inscribir* tiene dos sentidos: uno estricto y propio, registrar mediante inscripción, y otro amplio, registrar. El acto unilateral del dueño, que debe ser registrable, no debió, sin embargo, registrarse mediante inscripción. Si se hubiesen hecho así las cosas se habrían evitado problemas.

Confiamos haber aclarado algo las cosas, o, al menos, haber expuesto claramente nuestro pensamiento sobre la hipoteca unilateral, que si por ser unilateral no deja de ser ni inscribible ni hipoteca, por no ser bilateral, no es hipoteca desde que se inscribe.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

