

LA MEMORIA DE ESTE AÑO

Notas sobre la llamada «Hipoteca del propietario»

I

UNIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO CON LA PROPIEDAD

Cuando sobre una finca se ha constituido una hipoteca y el acreedor hipotecario ha adquirido la propiedad del inmueble, o viceversa, el propietario ha adquirido el crédito garantizado, se provoca en nuestro Derecho, como en el romano, la extinción del derecho real o su reabsorción en el de dominio (*confusio, consolidatio*), porque en el sistema español la hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena y no admitimos la hipoteca en cosa propia (*pignus in re sua*).

Los romanos, sin embargo, se habían apercibido de que tal principio llevaba a consecuencias injustas en el supuesto de que sobre la misma finca existieran varias hipotecas y el acreedor o titular de una de ellas deviniera por cualquier circunstancia propietario y le concedían contra los acreedores posteriores una *exceptio* que desvirtuaba la *actio hypothecaria*, y por otro lado regulaban un derecho de ofrecer la cantidad reclamada (*jus offerendi*), con el objeto de paralizar el procedimiento ejecutivo o subrogarse en el puesto del acreedor preferente.

La injusticia de la *confusión* se pone de relieve, sin más que pensar en la posibilidad de que la hipoteca garantice obligaciones de un tercero, con lo cual propiamente no es una misma persona la que asume los caracteres de acreedor y deudor al mismo tiempo. Así, yo he comprado por un millón de pesetas una finca de igual valor, sobre la cual pesan tres hipotecas, constituidas con unos meses de diferencia :

Primera, de 500.000 pesetas, al 5 por 100, con plazo de cinco años, a favor de A.

Segunda, de 350.000 pesetas, al 7 por 100, con plazo de tres años, a favor de B.

Tercera, de 100.000 pesetas, al 7 y medio por 100, con plazo de dos años, a favor de C.

El vendedor, que ha recibido de mis manos el precio íntegro, no ha satisfecho, como había prometido, la última deuda a su vencimiento, y el acreedor C. se halla en vísperas de entablar el procedimiento ejecutivo, cuando, por fallecimiento de A., yo que soy su heredero, adquiero el primer crédito hipotecario.

¿Podrá C. pedir la cancelación de esta primer hipoteca para continuar la ejecución sobre la finca, que tan sólo tendría como preferente al crédito del ejecutante una hipoteca de 350.000 pesetas? ¿O se me permitirá alegar mi mejor derecho como heredero del primer acreedor hipotecario?

Dos razonamientos principales se esgrimen contra la cancelación :

1.º El acreedor C., a quien el antiguo propietario debe 100.000 pesetas, que yo garantizo únicamente con el valor de la finca sujeta a las limitaciones o cargas registradas, ganaría con la desaparición del puesto correspondiente a A. o a sus herederos una posición injustificada, pues cuando ha prestado su dinero tuvo muy en cuenta la existencia y cuantía de las dos hipotecas preferentes (de 500.000 y 350.000 pesetas, respectivamente) para fijar el interés, el plazo y el principal de su préstamo.

2.º Si mi causante A. gozaba de una situación privilegiada respecto de C. y podía transferir su crédito a cualquiera con el rango preferente que del Registro resulta, ¿por qué en mis manos había de perder el crédito sus energías y disolverse la hipoteca al simple soplo de un tercer acreedor, que únicamente puede exigir al propietario el abandono de la finca para hacer efectivo su derecho?

Ni tampoco puede argüirse que por consolidación, o mejor por absorción del crédito hipotecario en la propiedad, ha desaparecido lógicamente la situación privilegiada de los causahabientes de A.

Parece, sin embargo, que si al propietario pertenecen todas las facultades sobre la finca, que no se hallan limitadas por el derecho

de otra persona, yo que sucedo a mi causante A. en el crédito hipotecario veo caer la barrera que por ese lado limitaba mi derecho de propiedad y soy incapaz de impedir la invasión del flujo dominical en el terreno no acotado. Ahora bien: mi dominio siempre queda pospuesto a las cargas hipotecarias, y, por lo tanto, C. puede ejecutar su derecho sobre todo lo que, por no pertenecer a otro, sea ineludiblemente mío.

No podemos entrar a discutir el concepto del derecho de propiedad y su reacción frente a los derechos reales limitativos. Bástenos hacer notar que si un derecho real *readquirido* por el propietario le concede una ventaja económica de que el dominio carece, la ley puede elevar una barrera jurídica que impida la amalgama de ambos derechos en todo lo necesario para evitar el perjuicio de quien obtuvo y goza la doble titularidad.

Por este camino se llega a la constitución de derechos reales sobre cosa propia, derogando los principios romanos *nulli res sua servit, pignus suae rei consistere non potest*.

II

PRECEDENTES GERMÁNICOS

Al derecho germánico se deben indudablemente los avances de la legislación que había de concluir en una brillante eflorescencia de la hipoteca del propietario.

En el antiguo derecho de Lubeck, constituida una renta sobre finca determinada, sólo era permitido constituir otra sobre el exceso, bajo la condición de que ambas mantuviesen su independencia. En el caso de que propiedad y renta se acumulasen en una sola persona subsistía el derecho sobre la propia cosa y el propietario podía disponer de su *renta* en favor de tercera persona. En Hamburgo la hipoteca de un inmueble ya hipotecado recaía sobre lo que pudiéramos llamar plus-valía. De aquí se pasó a permitir que el propietario dispusiera de una hipoteca cuyo crédito se hubiera extinguido, y que, después de pagar la deuda, solicitara la inscripción a su favor del derecho hipotecario.

Los *Handfesten* de Bremea, documentos acreditativos de una

renta hipotecaria, eran emitidos sucesivamente sobre el mayor valor de la finca en comparación de las cargas que la gravaban, y lógicamente no avanzaban en el rango registrado, a medida que se cancelaban los anteriores, sino que conservaban su puesto, y el propietario podía retener y extender los títulos a su propio nombre.

En Wismar y Rostock el propietario podía continuar gravando con rentas e hipotecas el *valor libre* de una finca y disponer del valor que, por cancelación de la hipoteca correspondiente, hubiera quedado en libertad. Los acreedores posteriores solamente tenían derecho a ocupar el puesto vacante cuando el propietario no hacía uso de aquel privilegio.

Otras leyes autorizaban al propietario que pagaba la deuda hipotecaria para exigir del acreedor que le cediera su crédito. Y desde el momento en que la hipoteca fué concebida como una carga sustantiva que forzaba a pagar una cantidad, con independencia de la obligación asegurada, era natural que el propietario pudiera inscribir hipotecas a su nombre y que no se extinguieran por la reunión de propiedad y derecho hipotecario en una sola persona.

La ley Hipotecaria sajona de 6 de Noviembre de 1843 concedía al propietario, en la hipótesis de que se extinguiera la obligación asegurada, la facultad de reclamar la cesión del derecho hipotecario, solicitar su inscripción en el Registro a su propio nombre y cederlo a tercera persona.

Según el artículo 441 del Código civil del mismo reino, el propietario de una finca hipotecada en garantía de un crédito, que por cualquier causa se hubiera extinguido, no necesitaba de la cesión previa para pedir la inscripción a su nombre y cederlo a un tercero. Bien es verdad que para mantener el carácter accesorio de la hipoteca, se suponía que el derecho personal, la obligación misma subsistía, aun cuando el mismo propietario fuera el deudor, como si la clásica confusión no entrara en juego.

En el derecho local de varias ciudades bávaras, se consignaba que un predio hipotecado podía soportar nuevos gravámenes de la misma especie sobre la parte del valor no absorbida por la primera hipoteca.

No dejó de sentirse en este particular, como en tantos otros, la poderosa influencia del derecho romano. Las leyes hipotecarias que en el pasado siglo promulgaron Baviera, Wutemberg, Nassau y

Hesse, tan sólo admitían la mera sucesión hipotecaria; esto es: la posibilidad de colocar en el puesto vacío, por el pago o extinción del crédito, a otro acreedor con el mismo privilegio.

La naturaleza accesoria del derecho real de hipoteca fué rigurosamente mantenida por el Derecho nacional prusiano (Allg. Landr.), que declaró la caducidad de la hipoteca cuando el crédito perdía su eficacia, extendía el derecho de los acreedores sobre todo el inmueble, de suerte que, caso de extinguirse los créditos anteriores, la seguridad del posterior en rango se multiplicaba, y como consecuencia ineludible, al cancelar una hipoteca preferente, colocaba en su lugar la que inmediatamente la seguía en el Registro. Pero estas disposiciones fueron modificadas a principios del pasado siglo con un precepto a cuyo tenor: «El gravamen hipotecario no se extingue por la unión del mismo derecho con el de propiedad sobre la finca hipotecada, mientras el dueño no solicite la cancelación, pudiendo el mismo transferir el derecho no cancelado a cualquier otra persona.» Y una Declaración oficial de 3 de Abril de 1824 orientó la materia en el sentido de conceder al propietario que había pagado la suma garantizada, mas no solicitado la cancelación en el Registro, todos los derechos de un cesionario de la hipoteca, sin distinguir el caso en que la cesión se hubiera formalizado al pagar, de aquellos en que se hubiera extendido solamente un recibo de la cantidad.

Difícil resultaba conciliar ambos principios (romano y germánico), y con el objeto de resolver dudas el Supremo Tribunal del Reino, en pleno, decidió (27 de Mayo de 1839) que el propietario de una finca que adquiriera un crédito hipotecario sobre la misma existente, o pagara la deuda correspondiente, adquiriría el crédito protegido y el derecho hipotecario que lo protege; de modo que, mientras la unión en una persona de ambos derechos perdure, existe una situación expectante, el crédito duerme, y en cuanto se le transfiere a tercera persona ésta, deviene acreedor hipotecario con la prelación primitiva (*creditor hyphotecarius cum jure praelationis*).

Con arreglo a este criterio aparece redactada la ley prusiana de 5 de Mayo de 1872:

«Art. 63. Si el propietario paga o satisface de cualquier modo una hipoteca o una deuda territorial, el acreedor se halla obligado

a darle, según aquél elija, un recibo o un consentimiento de cancelación, o a cederle el puesto hipotecario, sin garantía especial.

Art. 64. El propietario, según el Registro, se halla autorizado para inscribir a su nombre el puesto hipotecario y para cederlo a base del recibo o consentimiento de cancelación.

Art. 65. Igual derecho puede ejercitar el propietario inscrito que ha adquirido *mortis causa* la hipoteca o deuda territorial, en virtud de testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos. Si hubiera adquirido tal derecho por legado, necesitará para inscribirlo el consentimiento del heredero o providencia judicial.

Art. 66. En el caso de que el acreedor hipotecario adquiera la finca puede dejar subsistente la hipoteca o deuda territorial, o disponer de ella a favor de otra persona.»

También cuenta la hipoteca del propietario con valiosos precedentes en la legislación suiza. Desde hace siglos, y con el objeto de proveer a los agricultores de capitales cuyo reembolso no fuera exigible, se establecieron en los Cantones de lengua alemana las cédulas de renta, parecidas a un censo consignativo, que como verdaderas cargas reales se hallaban, en cierto modo, desligadas de la persona del pagador y no perdían su eficacia por estar en manos del propietario. Por esta razón Gierke, apoyándose en las indicaciones de Huber y Planta, y en las prácticas hipotecarias de Lucerna, Niwalden y Schwytz, hace notar que en estos Cantones se ha desenvuelto la hipoteca del propietario a la sombra de las cédulas de renta (*Gultrecht*), como si aquella sustitución fuera un corolario de la sustantividad y configuración crematística del derecho real de hipoteca.

En cuanto a los desenvolvimientos que la materia ha recibido en los Códigos civiles alemán y suizo, nos servirán más tarde para fijar las líneas generales de la institución en el derecho moderno.

III

EL DERECHO ROMANO Y EL CÓDIGO DEL REY SABIO

Sabido es que las leyes de Partidas han reglamentado minuciosamente el *peño* en el título XIII de la quinta, ajustándose al patrón romano y resolviendo los puntos dudosos con sujeción a la

doctrina de los Glosadores. El derecho real, que hoy decimos, recaía sobre toda cosa, «quier sea mueble o rayz, magüer non fuesse entregado della, aquél a quien la empeñassen».

La cosa entera quedaba, sin duda alguna, sujeta, porque, si bien es verdad que la ley X del mismo título, al enseñar cómo se puede empeñar la cosa ya dada en peños, permite que el dueño lo haga sin consentimiento del primer acreedor cuando «la cosa valiesse tanto que cumpliesse a pagar amos los deudos, entonce bien la podría desempeñar sin su sabiduría por tanto quanto *valiesse demás de aquello que el avía* sobre ella», no parece que esta medida protectora de la buena fe nos autorice para admitir contra todo el sistema la existencia en nuestro derecho de compartimientos o puestos hipotecarios fijos. Lejos de ello, la doctrina y la práctica judicial se han ceñido estrictamente a la naturaleza accesorio de este derecho de garantía, que sólo se constituye voluntariamente «por razón de alguna cosa que (los omes) devan dar o facer».

El principio de que el primero en el tiempo es mejor en el derecho, base de los sistemas hipotecarios, se halla explícitamente sancionado en la ley XXVII del título examinado. «Guisada cosa es, e derecha, que aquel que rescibe primeramente la cosa a peños, que mayor derecho aya en ella que el otro que la rescibe después.» Y aunque sobre esta sola base sea imposible construir la moderna hipoteca del propietario, cuyos fundamentos y normas son inconciliables con el derecho romano en que se inspiró el Rey Sabio, fácil nos parece demostrar que los recursos clásicos a que hemos aludido al principio pueden recibir carta de naturaleza en la Legislación española, o mejor dicho, se hallan en el fondo de nuestro derecho.

Discutamos, en primer lugar, el caso de un acreedor hipotecario que adquiere la finca hipotecada.

En el libro XIV de las *Cuestiones de Paulo* (libro XXX, párrafo primero, Dig., *De exc. rei jud.*, 44. 2) aparece un notable ejemplo:

Entre Mevio y Ticio surgió una cuestión sobre mejor derecho a una herencia, que fué objeto de una transacción, en que el primero recibió del segundo, entre otras cosas, un fundo propio de Ticio que había sido dado en garantía o hipotecado, que ahora diríamos, a un abuelo de Mevio y a otros. Contra esta finca siguió

un procedimiento ejecutivo un acreedor hipotecario posterior al indicado abuelo y obtuvo la finca por sentencia firme. Después de pronunciada ésta, Mevio encontró entre los papeles de su abuelo una escritura que acreditaba la existencia, por aquél ignorada hasta entonces, del gravamen hipotecario constituido a favor de su ascendiente y causante, y en su virtud preguntaba si podía, alegando tal ignorancia, reclamar la finca en cuestión, sin temor a la excepción de cosa juzgada. El jurisconsulto advierte que, si Mevio quisiera ejercitar una acción reivindicatoria, chocaría contra la excepción; pero no si hiciera uso de la acción pignoratícia que no se había discutido en el anterior pleito. Y con vista de águila enfoca una cuestión que no había sido objeto de la pregunta: ¿Se había extinguido el derecho de garantía por haber adquirido Mevio, heredero de su abuelo, la propiedad del fundo? La prenda, dice, no puede subsistir, siendo dueño el acreedor (*domino constituto creditore*); pero le compete la acción pignoratícia, porque existen los dos supuestos fundamentales de la misma: la constitución de la garantía (*et pignori datum*) y la falta de pago (*et satis factum non esse*).

Veamos la solución que el mismo derecho del Pueblo-Rey daba para el supuesto de que el propietario adquiriera el crédito.

De las Respuestas de Scaevola está tomado el fragmento, 19 del título IV, libro XX de Digesto: «Una mujer había dado en dote a su marido un predio hipotecado y en su testamento había instituido por herederos al marido y a los hijos que con él y con otro había tenido. El acreedor se fué sobre el fundo y el jurisconsulto afirma que el poseedor del predio podía compeler al acreedor a subrogarle en su puesto mediante la oferta de pago, lo que equivale a permitir que el propietario (no deudor) del predio adquiriera por cesión el crédito garantizado, con sus privilegios.

Se apoya esta solución en el beneficio de cesión de acciones, por cuya virtud el obligado a pagar por otro podía rehusar el pago mientras no se le cediera el crédito.

En fin, supongamos que el comprador de una finca varias veces hipotecada satisface al primer acreedor, y que uno de los posteriores dirige contra él la acción correspondiente, los textos defienden al comprador en tanto en cuanto haya pagado al acreedor preferente (*eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem eq. pretio*

pecunia pervenit) (1), y le consideran como un sucesor en el crédito preferente que puede oponerse justamente a los acreedores posteriores (*in jus eorum succesisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes*) (2).

No recoge expresamente esta doctrina la ley XXXIV, título XIII de la quinta Partida, que trata de las razones por las cuales «el que toma la cosa a postremas a peños ha mayor derecho en ella que el primero»; pero si admitimos con Gregorio López que dicha ley está sacada de los comentarios de Azón a la primera ley del título XIX, libro VIII del Código de Justiniano, hemos de considerarla concordante con la ley III del mismo, que acabamos de citar como justificante de la sucesión hipotecaria a favor del comprador.

Sin embargo, la glosa distinguía aquí tres casos: *a*), que el crédito preferente fuera pagado por el segundo acreedor; *b*), por un tercero, y *c*), por el mismo deudor, con su dinero o con el de otra persona. La ley de Partidas regula el primero y el segundo caso, y el último supuesto del tercero. Nada consigna respecto del pago hecho por el mismo deudor con su propio dinero, acaso porque entendiera, con el mismo Azón, que cuando el deudor paga de lo suyo *nulla est successio*. Para que existiera la sucesión hipotecaria era preciso que apareciese una tercera persona.

En la glosa *ad si potiores* se lee lo siguiente: «Ticio tenía dos acreedores, a los cuales había obligado la misma cosa, al uno primero y al otro después; el deudor me la vendió, y con este dinero se pagó al primero; he sucedido en el lugar del primero y puedo defenderme contra el posterior, así como contra todos aquellos respecto de los cuales el primero podría defenderse.»

El concepto aparece aclarado en la glosa *ad successisti: has sucedido*, no porque tengas la cosa obligada (hipotecada), sino porque puedes defenderte contra todos, como podría hacerlo el mismo acreedor.

(1) L. 17. D. *Qui pot.*, XX-4.

(2) L. 3, C. *De hisqui in prior*, VIII-19.

IV

DERECHO FRANCÉS

De importancia, aunque no tan capital para nuestro asunto como suponen algunos escritores franceses, es el Decreto de 9 mesidor, año III (27 de Junio de 1795), llamado Código hipotecario.

Según Stoïesco, no sólo fué copiado en Francia por la ley llamada de brumario, sino que las mismas leyes prusianas tomaron de él la idea de publicidad y la más importante de la hipoteca *sobre sí mismo*, que dicho autor equipara a la del *propietario*. Sin detenernos a contradecir tales exageraciones desautorizadas por el ningún valor que los juristas alemanes conceden a la hipoteca *sur soi-même* del derecho revolucionario al estudiar la evolución de la hipoteca del propietario, y puestas en evidencia por los deficientes conocimientos en la materia de los especialistas franceses, vamos a dar una breve idea de esta figura inmobiliaria que ya ha sido estudiada en nuestra patria por Oliver, Agulló y Atard, entre otros.

La *hipoteca sobre sí mismo* del aludido Código sólo podía ser constituida por el propietario de la finca o por un apoderado si aquél no supiera escribir. No se permitía que durase más de diez años ni que excediera de las tres cuartas partes del valor del inmueble.

Para obtener la cédula hipotecaria, por la que el propietario se obligaba a pagar en su domicilio cierta cantidad, debía hacerse la declaración inmobiliaria correspondiente, acompañando los títulos de propiedad, escrituras de arriendo y los certificados de satisfacer determinada contribución territorial. Si el conservador de hipotecas, que quedaba garante del valor dado a la finca, aceptaba la declaración, se entregaban las cédulas. En el caso contrario, procedía la tasación pericial, a cuyo efecto el decreto regulaba minuciosamente las condiciones de los peritos (nombrados por el conservador y el particular), los cuales examinaban los documentos, reconocían la finca y dictaminaban sobre su valor en venta y en renta. Caso de discordia, elegían a un tercero, que estudiaba y decidía las cuestiones discutidas.

Las cédulas eran separadas de su matriz y entregadas por el conservador de hipotecas transcurridos los treinta días, confiriendo hipoteca sobre los bienes del requirente desde la fecha de la petición. Eran transmisibles e inatacables. El propietario podía obtener el fraccionamiento de la suma en los cupones que quisiera y a los vencimientos que le parecieran más convenientes.

Crédito e hipoteca nacían en realidad cuando se transfería el papel, que era un verdadero título ejecutivo, a la orden del *ciudadano* designado en el dorso. Contra lo que normalmente sucedía en el endoso mercantil, los sucesivos endosantes no respondían *in solidum*.

Nuestros lectores habrán advertido con sólo pasar la vista sobre las anteriores indicaciones, que el problema de la *hipoteca sobre sí mismo*, aunque relacionado con la *hipoteca del propietario*, se distingue de él por múltiples elementos y circunstancias que saldrán a la superficie cuando estudiemos esta última institución.

La creación de títulos territoriales independientes de toda deuda personal, con un valor garantizado por los funcionarios que intervienen en la emisión y transmisibles por endoso, se distingue del problema relativo a las consecuencias que inmediatamente lleva consigo el principio de la *no confusión*; es decir, la posible separación jurídica del crédito hipotecario y de la propiedad hipotecada pertenecientes a una misma persona.

Tales consecuencias pueden ser previstas y reguladas por una ley que no admita títulos territoriales transmisibles por endoso, ni imponga a los funcionarios encargados del Registro la obligación de garantizar subsidiariamente las cédulas, ni permita la constitución de una hipoteca con independencia de toda deuda.

Claro es que la última tendencia se halla implícita en la llamada hipoteca del propietario y que si ésta ha recibido tan notables desenvolvimientos habremos de buscar la razón evolutiva precisamente en la independencia cada día mayor del crédito territorial respecto de la deuda personal.

Para terminar esta primera parte, añadiremos que el Código Napoleón mantuvo la naturaleza accesoria de la hipoteca, y no se preocupó de fijar en general las consecuencias de la reunión en una sola persona del crédito y la propiedad.

La subrogación se regula en aquel cuerpo legal con arreglo a

los cánones romanos y el artículo 1.251 contiene la doctrina que ha pasado al artículo 1.210 de nuestro Código civil con una diferencia muy importante.

El número 2.º del artículo 1.251 del Código francés concede de pleno derecho la subrogación al adquirente de un inmueble que dedica el precio de su adquisición al pago de los acreedores hipotecarios sobre el mismo existentes, mientras el artículo 1.210 de nuestro Código emplea términos generales que autorizan para poner en tela de juicio la materia y aun dejan a salvo los efectos de la *confusión* cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación.

Ambos Códigos prestan sólida base a la sucesión hipotecaria de un tercero, pero el nuestro no se refiere al mejor derecho del propietario que paga el crédito hipotecario preferente, frente a los demás acreedores. La hipoteca, derecho real accesorio en el sistema español, sujeta *todo* el inmueble a la seguridad del crédito, cualquiera que sea su rango, y las obligaciones se extinguen *ipso jure* por confusión. De aquí se ha pasado a afirmar que la reunión en una sola persona del doble título de hipotecario y dueño, sea o no deudor, produce inmediatamente la extinción de la responsabilidad y, por consiguiente, la de la hipoteca. Habiendo el acreedor rematado a su favor las trece fincas hipotecadas; dice la Resolución de la Dirección general de los Registros de 6 de Diciembre de 1897, se han reunido en él los dos conceptos de acreedor y deudor, y según el artículo 1.192 del Código civil es evidente que han quedado extinguidos los gravámenes constituidos a favor de aquél. Si en el Registro siguen sin cancelar, existirá un *titulus sine re*, una sombra que se desvanece al menor soplo de parte interesada que alegue y justifique lo sucedido.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)