

Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario

1.—El derecho de crédito es de naturaleza personal, por lo que no puede ser registrado. La hipoteca es un derecho real de inscripción expresamente admitida. Pero la titularidad de la misma no es abstracta, independiente de toda otra relación, sino al contrario, unida de manera tan íntima con la del derecho que garantiza, que no puede vivir sin ella. En nuestro Derecho, la hipoteca es un derecho real *accesorio*. Este carácter le ha sido negado por algún sector de la doctrina moderna, manteniéndose su sustantividad o su posición principal y predominante en base de ciertos supuestos y determinados preceptos (1).

Pero a los efectos que hoy perseguimos no interesa dilucidar la relación que hay entre ambos planos—el obligatorio y el hipotecario—o cuál es de superior entidad. Nos basta con saber que la hipoteca es accesoria por lo menos en cuanto a su nacimiento; sin crédito cuya efectividad se garantice, que es tanto como asegurar el cumplimiento del débito sito en el otro extremo de la relación, no hay hipoteca. Carácter que se muestra en proyección pretérita—hipoteca por un crédito existente con antelación—, en simultaneidad presente—el préstamo hipotecario en su modalidad ordinaria—, o en perspectiva futura—hipoteca por obligación no nacida—. Pero siempre porque es, o tiene posibilidad de ser, el

(1) En nuestra doctrina: DE LA RICA, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, págs. 287 a 327; LACAL, «El mito de la accesoriidad de la hipoteca», *Revista de Derecho Privado*, 1949, páginas 925 a 936.

nacimiento de la hipoteca precisa una previa relación obligatoria, aunque la misma en tal tiempo sea sólo contingente.

En consecuencia, la titularidad del derecho real va adscrita a la del personal: *el crédito simple pasa a ser crédito hipotecario*, y esta voz compuesta, de la que el propio legislador se vale, embebe en sus partes ambas facetas, la personal y la real, que confluyen, con mutuas y recíprocas influencias, en su ser y vida.

2.—La transmisibilidad de los créditos es cuestión clara para el Derecho moderno, habiéndose zanjado las dudas teóricas y abandonado los remedios procesales del Derecho romano probablemente a partir de la interpolación en sendas constituciones de Alejandro Severo y Gordiano concediendo a la *denuntiatio* del cesionario al deudor el efecto de ligar éste al nuevo acreedor (2). La consagra expresamente nuestro Código civil, que al regularla acepta el concepto unitario del crédito hipotecario en su art. 1.528.

El crédito es un derecho eminentemente personal, no ya por lo que a su naturaleza jurídica se refiere, sino, desde el extremo opuesto al de los efectos que la misma atiende, por el juego que en su creación tiene la voluntad del deudor en cuanto contempla las condiciones personales de su acreedor. Derecho relativo por excelencia, no le repugna una reducción en su campo potencial de desenvolvimiento, en su transmisibilidad. Esta configuración personalísima, que prácticamente se alcanza prohibiendo la cesión, es posible gracias al principio de libertad contractual imperante en el Derecho de obligaciones. El pacto que la prohibición contenga no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, ni la renuncia que el acreedor hace de su poder de disposición atenta al interés público, o perjudica a tercero, *ergo* su amparo encuentra en los artículos 4.º y 1.255 de nuestro primer cuerpo legal, que además expresamente lo admite en el 1.112: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario» (3).

La prohibición de ceder el crédito puede ser absoluta o relativa,

(2) V. JÖRS-KUNKEL. *Derecho Privado romano*, § 127, 2, b).

(3) Más explícito es el Código civil alemán: «Un crédito no puede ser cedido..., si la cesión está excluida por pacto con el deudor» (§ 399). También el italiano, aunque con restricciones: «Las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que lo conocía al tiempo de la cesión» (art. 1.260, 2.º).

referida a determinados actos, tiempo o personas, o sujeta a cualquier modalidad. Y, por otra parte, obedecer a un motivo puramente personal o traer su causa de la propia esencia de la prestación. Así, la prohibición de ceder el crédito del usufructuario para que el deudor mejore o repare la finca que disfruta aquél, nacido de la relación personal entre ambos y no por causa de la cosa, se fundamenta en el ser del mismo, por lo que el veto en este caso extenderá sus efectos hasta las transmisiones *mortis causa*.

3.—Pero en el campo del préstamo, salvo algún supuesto excepcional, la prohibición se basa en motivos estrictamente personales, independientemente de la naturaleza especial de la relación: en que al deudor no le es igual tener uno que otro acreedor. Por lo que de la misma sólo se podrán deducir los efectos que no sobrepasen los límites de la libertad contractual. Luego:

a) Las transmisiones voluntarias *inter vivos* están sujetas al veto.

b) No afecta a las transmisiones *mortis causa*. No puede esgrimirse frente al heredero, continuador de la personalidad del causante o sucesor universal del mismo, pues no se trata de un derecho personalísimo; el carácter que al mismo se le atribuye por pacto no puede alterar las normas de la sucesión por causa de muerte. Ni tampoco contra el legatario, ya que con ello se atentaría a la libertad de testar impidiendo la transmisión de un bien cuando toda la herencia se defiende a título particular; sin que se encuentre razón práctica alguna que imponga diferencias en este punto: para el deudor es indiferente que el crédito se transmita por herencia o por legado.

c) Los acreedores del titular del crédito con cesión prohibida podrán, cumplidos los requisitos legales, ejercitar éste para realizar lo que se les debe, dada su aptitud para ser objeto de la acción subrogatoria por no encontrarse entre los exceptuados expresamente por el art. 1.111 del Código civil, entre los *derechos inherentes a la persona de su deudor*, acreedor en el crédito discutido, pues tal expresión sólo abarca los personalísimos por su propia naturaleza (4), no los que adquieren carácter parecido por pacto: de no ser

(4) V. LACRUZ BERDEJO, «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *Anuario de Derecho civil*, III, págs. 1.100 a 1.132.

así se pondría en manos del insolvente un medio fácil para burlar a sus acreedores. La prohibición contractual de ceder el crédito deja sin efecto el natural poder de disposición del acreedor, pero no lo surte frente al poder de apropiación especial que la Ley concede a los que de él lo sean. Estamos ante una regla de carácter imperativo fuera de la órbita de la voluntad.

4.—Trasplantar lo sentado respecto al crédito en general al campo del crédito hipotecario es, a primera vista, sencillo. La Ley Hipotecaria admite la disposición del mismo por su titular, de forma plena, cediéndolo (art. 149), o limitada, gravándolo con hipoteca (art. 107, 4.º), desarrollando así los preceptos del Derecho Civil. Pero, igual que en el Código, ninguna norma impide que se prive o limite al acreedor de su poder de disposición, sin que la haya tampoco de este tipo con referencia a la hipoteca como tal. Y como el crédito personal puede limitarse en este sentido y el derecho real que lo garantiza sigue sus vicisitudes, forzosamente se ha de estimar posible la intransmisibilidad por pacto del crédito hipotecario.

Ahora bien, en el terreno de la hipoteca interesan tanto las normas substantivas como las formales, pues tratándose de un derecho que precisa una forma legal para su existencia, las reglas de este tipo a su propia esencia afectan. Y en nuestro punto, aun admitida su posibilidad civil, mucho importa saber si podrá o no ingresar en el Registro, que es casi tanto como decir si surtirá o no efectos reales (5).

5.—Un precepto puede ofrecerse como obstáculo insoslayable si en nuestro camino estuviera: la *prohibición de prohibiciones* que formula el art. 27 de la Ley Hipotecaria por lo que a las voluntariamente establecidas en actos a título oneroso atañe. El lugar que ocupa—en el capítulo dedicado a la inscripción en general—y el amplio enunciado que contiene, parecen imponer una ilimitada extensión, abarcando incluso al pacto que se estudia, que no es otra cosa que la prohibición de disponer del crédito hipotecario, que la traba impuesta al poder de disposición de un derecho inscrito. Mas no lo estimo así.

(5) *Casi tanto*. Pues no se olvide que fuera de aquellos supuestos raros en que se reconoce a la inscripción eficacia constitutiva y de los más generales en los que aparece un tercero protegido, los derechos reales nacen y producen sus efectos fuera del Registro. Ahora bien, son tantos estos últimos casos, que el todo sólo se queda en *casi*.

Desde un amplio punto de vista, prohibición de disponer es, como ROCA SASTRE define, «la restricción o limitación impuesta al ejercicio de la facultad dispositiva (*ius disponendi*), que normalmente integra el contenido de un derecho subjetivo, y en cuya virtud el titular del mismo puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él» (6). Pero con relación al Registro de la Propiedad sólo nos interesan las que afectan a los derechos inscribibles, esto es, según SANZ, la «limitación impuesta al poder dispositivo derivado del dominio y de los derechos reales que impide la realización de actos de disposición del mismo» (7).

Necesariamente la Ley contempla las prohibiciones de disponer refiriéndolas a los derechos absolutos, al derecho real por excelencia, a la propiedad, pero no a los que son susceptibles de una titularidad individualizada hasta el extremo, a un sólo sujeto restringida. Así no puede discutirse la inscripción de una servidumbre personal o de un derecho de preferente adquisición atribuidos exclusivamente a determinada persona (8), pues no contraría la naturaleza de estas figuras, aunque en la práctica se traduzca en la concesión de un derecho con prohibición absoluta de disponer. Por lo cual, aun configurándola así, en buena hermenéutica no podrá entenderse vedado su ingreso en los libros registrales por el citado artículo 27; éste no es extensivo a aquellos derechos cuya titularidad limitada es conforme a su propia esencia.

Por otra parte, que no estamos ante pactos ilícitos lo prueba la Ley Hipotecaria al permitir la inscripción de los que se ordenen en actos *mortis causa*, a título gratuito o capítulos matrimoniales. La razón de esta diferencia de trato estriba en querer impedir que se limite la comercialidad de un derecho que, cual el dominio, es de existencia necesaria desde el momento que su objeto exista; es un derecho de nacimiento natural, forzoso, ya que la sociedad no puede prescindir de él, a menos que prescinda de la *res*, nacida con o sin la voluntad humana. Y si bien en los actos gratuitos al dador debe reconocérsele ese mínimo derecho de contraprestación que es imponer su voluntad respecto a las negociaciones futuras, en los one-

(6) *Derecho Hipotecario*, II, pág. 359.

(7) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, pág. 442

(8) Lo mismo cabe decir del usufructo, derecho por esencia personalísimo, como lo prueban los mismos preceptos que parecen permitir su enajenación: artículos 480 v 498 del Código civil.

rosos no cabe esta razón. Pero los derechos de crédito, aunque sean también precisos para el desarrollo de la sociedad, en concreto nacen por la voluntad de los interesados, pues el objeto de los mismos, la obligación del deudor de cumplir su prestación, no puede existir con independencia de aquélla—regla general que pasa a ser absoluta en lo que a los préstamos se refiere—. Luego a quienes se les permite crearlos o no, dejarlos para siempre en el limbo jurídico de lo potencial, no cabe negarles la facultad de limitar su vida de alguna manera.

Lo expuesto concuerda con la génesis histórica del actual artículo 27, pues las varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en esta materia sentaron doctrina refiérense a la prohibición de disponer del dominio (9), como también hacen los autores que niegan efectos reales a tales limitaciones (10); y se acuerda también con quienes consideran exagerada la posición legal y justifican en cierto casos a la prohibición de disponer (11).

Tampoco debe olvidarse que la causa del veto registral a tales prohibiciones estriba en que las mismas entrañan una limitación de la libertad contractual. Pues el legislador entiende que ésta no puede ser permitida con relación a un derecho perpetuo y de existencia imperativa cual el de propiedad, ya que negar la comerciabilidad del mismo es tanto como suprimir aquélla por lo que a él se refiere, lo cual, en definitiva, se traduce en apartar del comercio de los hombres lo que está naturalmente destinado al mismo: las cosas. Mas esta razón falta cuando el objeto del derecho es precisamente una creación de tal libertad; impedir el pacto que vede su transmisión es tanto como restringir, disminuir o limitar el campo de la voluntad.

(9) Alguna hubo (29 de noviembre dt 1907) que distinguía y permitía la prohibición de no arrendar por referirse a un derecho personal, distinción equivocada a mi entender, pues si se veda la limitación no es por el derecho que pueda o no constituirse sino por la entidad absoluta de aquél —el dominio— cuya disposición se minorara.

(10) Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Prohibiciones de disponer», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, págs. 480 y sigs.; SANZ, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», págs. 205 y sigs.; VENTURA-TRAVESER, «La prohibición de disponer en la práctica jurídica» (Cuaderno número 14 de los publicados por la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación).

(11) Como ROCA SASTRE, ob. y vol. cit., págs. 395 a 397.

6.—Pasando de nuevo al crédito hipotecario, hemos de recordar que si bien la hipoteca separadamente considerada es un derecho real con vida propia, este concepto abstracto no tiene cabida en nuestro Derecho, pues su titularidad está unida a la del crédito que garantiza, potencial o actual, de forma indisoluble; si no hay crédito no hay hipoteca, y hasta dónde llegue el crédito, y no más, puede alcanzar la hipoteca. Que el derecho de crédito, precisamente por consecuencia de esa indisolubilidad, trueque su separada naturaleza personal en la real del conjunto *crédito hipotecario*, no afecta a la configuración personalísima que a su titularidad pueda habersele dado. La garantía se ha creado para reforzarlo, pero no para reformarlo. Si el crédito sólo puede ser atribuido a determinado acreedor, la hipoteca no es transferible a tercero. De otra forma se alcanzaría aquello que nuestro ordenamiento rechaza: la hipoteca independiente.

Puede alegarse que con la tesis contraria no se altera el crédito. Que al rechazar la inscripción del pacto que prohíbe ceder el crédito hipotecario sólo se le niegan efectos reales, sin alterar los obligatorios que pueda producir; como en toda prohibición de disponer, ésta despliega su efectividad *inter partes* únicamente, y por su distinta naturaleza, es lógico que la prohibición de ceder el crédito surta efectos adecuadamente a la personal del mismo y no los despliegue en el terreno real de su garantía. Con ello se incidirá en lo que hemos refutado, en la consideración abstracta de la hipoteca independientemente del crédito que garantiza, cuando la propia inscripción recoge su íntima trabazón con éste. Por esta unión precisamente, califíquese la o no de accesoriedad, hay que aceptar para el conjunto los límites o restricciones de una de sus partes, con tal que no sean incompatibles con la naturaleza de la otra o estén prohibidas por las normas que la regulan. Más aún, de considerarse impedida la registración del debatido pacto, lo que procedería es negar la inscripción de la hipoteca, pues lo contrario equivale a imponer una separación entre el crédito y la hipoteca de tal forma que ésta aseguraría un derecho más extenso que aquél por el que se constituyó, y esto sí que atenta a la esencia de la figura.

Si se inscribiese la hipoteca sin el referido pacto, como consecuencia del criterio opuesto del calificador, al surgir el tercero protegido, el crédito hipotecario se habría independizado del creado en

la obligación, por seguir en su vida una trayectoria en ésta prohibida. Pero así nos trasladamos a un plano posterior sometido al imperio de un principio hipotecario distinto: el de la fe pública. No nos interesa si el tercero podrá o no escudarse en la inscripción que tal pacto silencia—que sí que puede—; lo que importa aclarar es si el Registrador debe o no omitirlo en la inscripción de la hipoteca—que es lo que formalmente se registra, aunque en sustancia se inscribe el crédito hipotecario—. Y en vista de lo expuesto, no estando vedada la admisión registral de esta prohibición por norma alguna, no desvirtuando ni alterando la naturaleza del derecho a que afecta, se la ha de estimar inscribible, pues se trata de un límite de las facultades del adquirente de expresión obligatoria conforme al art. 51, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario. Variando los términos, es tanto como decir que el Registrador no puede inscribir omitiendo el repetido pacto.

7.—Un refuerzo de este criterio se encuentra con una interpretación lata del art. 107 de la Ley Hipotecaria. Dice el mismo que «podrán también hipotecarse: ...Cuarto. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Se trata de la hipoteca sobre hipoteca, de la llamada subhipoteca, supuesto distinto del de la transmisión del crédito hipotecario, pero que guarda relación íntima con él, pues ambos son manifestaciones del poder de disposición que al titular del crédito de la hipoteca corresponde. En este caso, la palabra *podrán* no implica una posibilidad ilimitada ante a que no caben restricciones voluntariamente impuestas, pues cuando se quiere conferir tales efectos, el legislador cuida de determinarlo, como hace en el número 3.º del propio artículo, negándolos a la prohibición de constituir hipotecas posteriores. ¿Por qué este detalle y aquel silencio? Pues porque aquí es razonable este veto legal y allí no, porque la prohibición de constituir otras hipotecas es una prohibición de disponer del dominio, contraria al criterio legal, y la de subhipotecar afecta a un derecho relativo sujeto a normas distintas y en el que es mayor la libertad contractual. En el número 3.º no se hace otra cosa que aplicar al caso concreto el art. 27; en el 4.º, el silencio de la Ley, en contraste con la clara expresión del párrafo anterior, impone una solución distinta.

8.—Supuesto que el pacto prohibitivo de la cesión es válido e

inscribible, hay que aceptar todas sus consecuencias, entre ellas la admisión de aquél que ordene la caducidad de la hipoteca si se contraviniera dicha prohibición, pues no es más que sujetar el derecho real a una condición resolutoria dependiente de la exclusiva voluntad del acreedor, lícita, por lo tanto, según el art. 1.115 del Código civil, *sensu contrario*. Si bien partiendo de la efectividad de la cláusula prohibitiva parece inútil tratar de estas especiales consecuencias, no se olvide que: 1.º Aunque el acreedor no pueda ceder su crédito, podría otorgar el negocio que normalmente produce la cesión, y esto es lo que se sanciona; 2.º Para ingresar en el Registro de la Propiedad, salvando el escollo que el calificador, frente a nuestra tesis, pudiera encontrar en el art. 27 de la Ley Hipotecaria, convendría configurar así la prohibición, pues si la vetada por la Ley dispone de un portillo abierto en la constitución de hipoteca en su garantía, a la referida a una hipoteca en su nacimiento no debe negársele la posibilidad de asegurarla similarmente en sentido inverso: con la extinción de la propia garantía a que afecta.

En resumen:

1.º El pacto prohibiendo la cesión del crédito hipotecario es válido e inscribible porque:

a) Se ampara en la libertad contractual imperante en el Derecho de obligaciones.

b) Su registración la impone el art. 51 del Reglamento Hipotecario, sin que esté comprendido en la prohibición del art. 27 de la Ley.

2.º Los mismos efectos sustantivos y formales se han de reconocer al pacto que ordene la caducidad de la hipoteca para el caso de contravenir la prohibición de ceder.

JOAQUÍN SAPENA

Notario