

# Revisión de ideas <sup>(1)</sup>

## VIII

### VENTA DE FINCA HIPOTECADA

La desmesurada extensión que va alcanzando este trabajo nos obliga a un apretado examen del artículo 118 de la Ley.

Afirma Sanz que fué criterio de la Comisión redactora prescindir en absoluto de la teoría de la novación. Ello nos permite ahora hacer lo mismo, soslayando la entrada a fondo en el campo de sutilezas y chisporroteo de ideas, juegos de palabras y de conceptos que como brillante fuego de artificio han encendido y apagado seguidamente De Diego, Pérez y Alguer, Valverde y, en general, los tratadistas que se han ocupado de la novación y de la asunción.

En definitiva, el legislador hipotecario se limita a afirmar que la constancia, mediante pacto expreso, de la voluntad del nuevo deudor (comprador de finca hipotecada), de tomar a su cargo la obligación del pago de la deuda hipotecaria del primitivo deudor (vendedor), libera a este primer deudor una vez que haya sido consentida por el acreedor que se adhiere a aquella voluntad, expresa o tácitamente.

Hasta ahora no altera la figura de novación ni crea la de asunción. Se limita, exactamente, a lo expresado.

Parece, no obstante, que los comentaristas y tal vez el mismo legislador, opinan que se ha dado entrada en el Derecho español a

---

(1) Véanse los números 261 al 268 de esta Revista.

la modalidad germánica de sucesión de deuda o asunción como superadora de la modalidad novatoria del Código civil.

Para admitirlo habríamos de partir de que el contrato con tal pacto, a que se adhiere al acreedor, no libera al deudor delegante según el Código civil, que ahora queda superado en el tipo de asunción creado por el nuevo precepto legal.

Dudamos de que el legislador lo crea así. Y si el artículo 118 regula un caso concreto, precisamente en relación a un supuesto ya resuelto en el Código civil, nos sitúa exactamente donde nos hallábamos antes del mismo.

Desde luego, no es la solución directa del problema de sucesión liberatoria, para el que González Palomino pide la «copia del Derecho alemán». (Conferencia «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1945.) Ni tampoco la «forma» del Derecho español, en que debe irse pensando, según Cossío. (Conferencia del mismo año.)

Esta conclusión insatisfactoria nos obliga a continuar su examen.

En principio, la delegación de deuda concertada entre los deudores primero y segundo es perfecta si produce efectos liberatorios para aquél; y produce tal efecto si el acreedor se adhiere a dicha delegación perfecta y por lo tanto a sus efectos liberatorios. Lo mismo si se concierta entre el deudor sucesor o sustituto y el acreedor sin anuencia del deudor primero.

A tal sucesión perfecta llamamos novación subjetiva por cambio de deudor. Sus efectos (lo mismo que de la imperfecta) son o deben ser señalados por la Ley que, al hacerlo, define la figura jurídica de novación. Todo aparece claro hasta ahora. La duda surge de lo siguiente: la novación se basa en el *animus novandi*, que busca la liberación que identificamos con la novación perfecta, y hay *animus novandi* y, por lo tanto, liberación, si la novación se produce. Implica un círculo vicioso. Delegante y delegado, deudor sucesor, sostendrán que existe propósito liberatorio y por ende novación perfecta en la delegación aceptada por el acreedor delegatorio; pero éste afirmará tal vez que no supuso tal propósito liberatorio al consentirla expresa o tácitamente. Opinan contrariamente no sobre los efectos de la novación, sino sobre si ésta es o no es; sobre si se ha producido una sucesión, delegación, novación liberatoria perfecta o simplemente una cesión, delegación o novación imperfecta, acumulati-

va, de refuerzo, solidaria o no, etc. El problema es tan antiguo como el derecho.

El libro III, título XXIX, 3, de la Instituta, nos dice que «por la intervención de una nueva persona nace una nueva obligación, y se *disuelve* la primera transferida en la segunda» .. «se hacía novación cuando se había ido a una segunda obligación con ánimo de novar, y por eso se dudaba cuándo parecería que se hacía con intención de novar...» Vuelve a la duda, ya resuelta, por el mismo Justiniano: Código. L. VIII. T. II. XLIII-8. «Corrigiendo las perjudiciales disposiciones sobre las novaciones y extirpando las ambigüedades del antiguo Derecho, mandamos que si alguno hubiere agregado otra persona, o cambiado la obligada, o creído que se debe aumentar o disminuir la cantidad, o añadido una condición o plazo, o recibido una caución más reciente, o hecho alguna cosa, por virtud de la cual los autores del Derecho antiguo introducían las novaciones, no se innove nada absolutamente, y a ellas se agreguen por vía de incremento las posteriores, a no ser que ellos mismos hubieren remitido, a la verdad, especialmente la primera obligación, y hubieren expresado que han preferido la segunda en lugar de las anteriores. Y en general mandamos, que sólo se ha de hacer la novación por la voluntad, no por la Ley, y que si no se expresa con palabras, procede la causa sin novación...».

Es el mismo problema actual. El legislador moderno que intente resolverlo apenas podrá salir del precedente romano: podrá exigir que la conformidad o adhesión del acreedor verse sobre la liberación del primer deudor y que se exprese este propósito (en la novación objetiva versará sobre la extinción de la obligación anterior novada); o admitirá que la conformidad liberatoria se deduzca de los términos de la convención que muestren el *animus novandi* a que presta su adhesión al acreedor que, en tal supuesto, deberá conocerlos, sea directamente o por notificación; o resolverá que, aun sin conocerlos, se pueda deducir el *animus novandi* de los actos que el acreedor realice respecto a la deuda u obligación en relación a los deudores.

Por nuestra parte consideramos impropio actualmente una Ley de tipo formalista que rígidamente señale pactos esenciales para la liberación subjetiva o sucesión, así como para la novación o extinción objetiva.

Recordaremos ahora al legislador germano que en este punto concreto, diferente de los efectos de la sucesión de deuda, asunción liberatoria, acumulativa o de refuerzo, etc., se halla ante la misma confusión romana, sin que imponga normas rígidas que la impidan y, por lo tanto, sin que logre evitarla.

Veamos el Código español: a) regula la novación liberatoria por sustitución o sucesión de deudor (art. 1.205); b) exige el consentimiento del acreedor, y c) resuelve la duda romana con certeza en el artículo 1.204 respecto de la novación objetiva, «se extingue la anterior, sustituida por otra, si la antigua y la nueva son incompatibles, o cuando se declara terminantemente». Si se quiere aplicar el precepto a la novación subjetiva habrá que entender que la expresión «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya», es el término empleado por el legislador para significar «para que el primer deudor quede liberado de su obligación» (o sea, para que la obligación quede extinguida para él). Y partiendo de ello, completar la idea: para que se produzca, habrá de haberse declarado terminantemente, o que la antigua y la nueva sean incompatibles. Descartada la idea de incompatibilidad, improcedente en la figura que se discute, queda la «declaración terminante». O sea el mismo problema romano, con subsistencia de la posible duda, originadora de jurisprudencia moderna, en cierto modo contradictoria, pero que en todo caso no es tenida por los tratadistas como imposición de forma rígida alguna, admitiendo, por el contrario, que la intención novatoria puede ser deducida de los términos del contrato a que presta su adhesión el acreedor, e incluso que ésta puede ser tácita.

Con este punto de vista vemos que toman valor decisivo los términos del contrato a que se adhiere el acreedor.

Proyectando sobre este fondo el artículo 118, se traduce en que, mediante los pactos que impone, se evita la duda. Se recorta su aliento hasta tener su lugar adecuado en una Instrucción para redactar instrumentos públicos o en un Reglamento notarial al estilo del inefable artículo 169 del vigente, lo que nos hace recordar la posibilidad, anunciada por Pérez y Alguer, de vivificar en nuestro Derecho la asunción germánica, «a cuyo desenvolvimiento técnico, según aseguran, no estorba el Código Civil». Y nos lleva a asociar a la idea aquellas enigmáticas palabras de la Exposición de Moti-

vos de la Ley de 1944, base de la actual: «Las normas del artículo disciplinarán aquellos eventos por la trayectoria de una armónica y recta solución.»

Tomándolo como norma a nosotros dirigida, veamos cómo ha de influir en nuestra actuación profesional.

Antes, como ahora, en el caso de venta hipotecada, comenzamos por situar jurídicamente la operación a realizar por los contratantes, según sus propósitos.

Presenta dos modalidades: a) El vendedor-deudor se compromete con el comprador a pagar el capital de la deuda y sus intereses al acreedor. El comprador, en consecuencia, «descuenta o retiene», deja de pagar, en suma, la parte del precio igual a la deuda y se obliga a entregarlo al vendedor-deudor una vez que éste le acredite la cancelación de la hipoteca por pago de la deuda. A más, por equidad, habrá de abonar al vendedor los intereses de la deuda o precio descontado, aplazado o retenido, puesto que el comprador se lucra de la finca y del precio no entregado. Hacíamos y hacemos constar todo ello en la escritura; y b) El comprador toma a su cargo o asume el pago del capital e intereses de la deuda, subrogándose en la obligación de pagarla al acreedor. En consecuencia, «descuenta o retiene» del precio de la venta una parte igual al capital debido, a cuyo pago lo destina. También lo hacemos constar en la escritura.

Por otra parte, consideramos arbitraria la suposición de que, sabedores de la existencia de la hipoteca, hagamos caso omiso de ella en la escritura, sin enmarcarla en alguna de aquellas dos posiciones que vemos pueden, no obstante su total diferenciación, utilizar indistintamente las expresiones «descuento y retención».

Nos interesa aquí la segunda modalidad.

Después de la nueva norma hipotecaria, consignaremos expresamente los dos pactos que ordena: 1) El comprador «se subroga en el pago de la deuda hipotecaria, tomándola a su cargo»; y 2) El mismo se subroga «en las responsabilidades derivadas de la hipoteca». Este pacto, nuevo para nosotros, nos desconcierta. Ha de tener un significado diferente del anterior, puesto que en otro caso implicaría redundancia. En la operación realizada hay dos elementos: sucesión de deudores, cubierta por el pacto anterior, y venta de finca hipotecada, que tanto si se pacta como no, se transmite con,

la misma. La expresión «se subroga en las responsabilidades derivadas de la hipoteca» parece significar «se subroga en la hipoteca» o «adquiere la finca en la hipoteca». Y en último término que «la hipoteca no se extingue por la subrogación de la obligación personal del pago de la deuda». Significado innecesario, a menos que se admita que sin tal pacto se extinguiría la hipoteca.

La validez interna de ambos pactos entre los contratantes no ofrece duda para ellos ni para nosotros. Mas el efecto liberatorio que en su voluntad y ánimo se precisa, como elemento también interno, carece de eficacia jurídica si no obtiene la conformidad del acreedor, que versa ahora sobre la liberación pretendida implícitamente en aquellos pactos. Se desvanecerá la duda si aquél la presta. Se desprende la conveniencia de la notificación. De practicarse, le advertiríamos la consecuencia liberatoria de su conformidad, basándonos en el artículo 118, como antes de éste nos basábamos en el Código civil. Todo sigue igual.

En los supuestos de no notificación o en los de que practicada ésta, sea rechazada la delegación liberatoria por el acreedor o nada manifieste, el problema continúa situado en el mismo punto que antes del nuevo precepto hipotecario.

Valverde examina la novación desde otro punto de vista. Dice: «El interés jurídico del problema es este. Si la transmisibilidad de las deudas no es reconocida como una sucesión de ellas, al extinguirse la antigua (novación clásica) han desaparecido los derechos accesorios de la primera, por ende, hipoteca, fianza, etc., por lo mismo que con el cambio del deudor no perdura la obligación primitiva.» «El progreso jurídico ha hecho que en la transmisión de créditos haya desaparecido la *novación* y se admite la sucesión en ellas, esto es, permaneciendo idénticas las obligaciones aunque cambie el sujeto acreedor, pero en la transmisión de deudas, aún el derecho moderno no ha llegado, a excepción de algún Código, a la transmisión sin novación, o sea a la sucesión de la deuda.» «Y como la novación, según nuestro Código, es un caso de extinción de obligaciones, puesto que siguiendo la doctrina clásica la novación extingue una obligación por creación de otra nueva, habrá que concluir diciendo que la novación es un procedimiento de transmisión de deudas según la legislación española, y que no es admitida en ésta la sucesión de deuda sin novación, cosa muy importante, por-

que con ésta desaparecen las obligaciones accesorias de la obligación extinguida.» «Si lo que dice el artículo 1.212 (subsistencia de las garantías en la subrogación del crédito) lo dijera respecto de la sucesión de deudas, estaríamos dentro del sistema moderno de transmisión de obligaciones del Código alemán.» (Cap. VII, tomo III de su Tratado.)

Nos asombra esta última afirmación, porque el mismo autor no ignora, puesto que lo dice seguidamente, que el Derecho alemán declara también extinguidas las obligaciones accesorias al regular la asunción.

Pero queda en pie la primera: la novación del Código Civil, o sucesión liberatoria por cambio de deudor, *extingue la obligación primera*, y por ende las garantías accesorias.

Si no queremos despertar en la actitud de Don Quijote ante los molinos de viento, tendremos que examinar, antes de impugnar esta afirmación, si es necesario hacerlo por oponerse al desenvolvimiento actual del derecho. Para ello hemos de situarnos en el supuesto de que sea cierta.

Su consecuencia inmediata será que en el caso de venta de finca hipotecada, extinguido lo principal (deuda novada), ha quedado extinguido lo accesorio (hipoteca en su garantía). El acreedor queda despojado de su garantía.

Contra este resultado, aniquilador de la aplicación de la figura jurídica, pese a haber sido dado de lado por legisladores y tratadistas, sin duda por considerarlo quimérico, no hay subterfugio posible. El principio de extinción, dogmáticamente impuesto, se revelará en sus últimas consecuencias contra toda sutileza y habilidad. Ni siquiera cabrá afirmar que «el consentimiento de los interesados en las garantías permite la subsistencia de éstas», y que «se presume que la subsistencia va implícita en el consentimiento prestado, presumiblemente negado en otro caso». Aun admitiéndolo, diremos, la permanencia de las garantías, hipoteca ahora, se habrá operado presuponiendo una cancelación y una subsiguiente constitución de la misma garantía hipotecaria a favor de la deuda novada. Este resultado, que se impone partiendo del principio de extinción, nos deja donde nos hallábamos.

Un ejemplo aclarará la idea: Si se vende una finca afecta a dos hipotecas, si el primer acreedor da su consentimiento y el segundo

lo niega, podrá éste defender la extinción automática de aquella primera hipoteca y la elevación de rango de la suya. Lo mismo en el supuesto de novación objetiva, a la que dé su conformidad para la subsistencia de la hipoteca el primer acreedor, cuya validez en perjuicio de su elevación de rango rechazará el segundo acreedor. (¿Versión moderna de la duda sometida a Scevola. D. L. XX, tomo V, 21?)

Esto nos fuerza a seguir en el examen de la cuestión.

Llegamos a su raíz: Decisión de Paulo en la L. 30. D. de novacionibus. Libro XLVI, tomo II: «Si el acreedor hubiere estipulado de Sempronio con ánimo de hacer novación, de suerte que el primer deudor se separase por completo de la obligación, no se podrían obligar de nuevo las mismas cosas por el deudor posterior sin el consentimiento del primero.»

Su interpretación general, deducida de la de Pothier, aceptada por la mayoría de los tratadistas y en que se basan todas las legislaciones, es que el acreedor puede reservar las garantías válidamente si media el consentimiento de aquel a quien pertenezcan las cosas hipotecadas. Deduciendo que si éstas han pasado a tercer poseedor, es preciso el consentimiento de éste además de el del deudor.

Por el contrario, de la interpretación de Toullier, seguida por Demolombe y Giorgi, y sin eco en legislación alguna, no es preciso el consentimiento del dueño de las cosas para la eficacia de la reserva de garantías. Esta interpretación conduce directamente al abandono de la idea de extinción automática.

Por su parte, la de Pothier deja viva la idea, en la que se pone en juego, más que la eficacia de la reserva, el alcance de esta reserva en su desenvolvimiento jurídico, divergente según impere o no dogmáticamente el principio de extinción. Pero en esencia, la reserva misma, como enuncia la expresión, tiene íntimamente un espíritu contrario al imperio puro de aquel principio; y éste es tan rígido por naturaleza, que toda relajación del mismo lo destruye como dogma, como lo destruye su vivificación por insolvencia anterior del deudor, etc.

Por todo ello, debemos rechazar la creencia de que el Derecho romano, como los modernos legisladores, parte de tal dogma para derivar la caducidad de las garantías, y creer, mejor, que uno y otros se desprecupan del principio al regular jurídicamente el pro-



blema práctico que resuelven: Este juego de ideas sutiles se halla en el fondo de todas las legislaciones, antiguas y modernas, sin que muestren mayor sabiduría y más clara percepción unas que otras: si el artículo 418 del Código alemán declara extinguidas las garantías accesorias entendiendo que el acreedor hipotecario renuncia a la hipoteca, salvo que el poseedor del objeto comprado en el momento de la asunción esté conforme con ella, en esencia desenvuelve el mismo espíritu jurídico que informa, casi con idénticas palabras, los artículos de los Códigos latinos a través de las reservas, de origen romano o 838 del argentino: «El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación». 871, boliviano: «Cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido, sino por pacto expreso.» 334 del Decreto de Reforma, guatemalteco; 1.612 a 1.616, mejicano; 1.511 y 1.512, uruguayo; 1.247 a 1.249, venezolano; y en general los de todas las naciones hispanoamericanas. Con lamentable imprecisión y vaguedad, el 1.207, español, seguido por el 1.314, hondureño.

Ahora nos interesa tan sólo consignar que el artículo 118 que comentamos parece despreocupado del problema, a menos que, preocupándole, pretenda resolverlo dando al pacto de «subrogación de las responsabilidades de la hipoteca» el significado de «subsistencia de la hipoteca». Mas el alcance y eficacia de ese pacto, problema sutilísimo puesto a debate, debió ser resuelto, si le preocupó, por la Ley, única con vigor suficiente para ello, del mismo modo que el pacto primero, innecesariamente, declara al deudor vendedor delegante.

Preferimos tener todo ello por quimérico. Como será una quimera hallar diferencias fundamentales entre la asunción germánica y la novación latina; coinciden ambas en sus puntos esenciales: en exigir el consentimiento del acreedor delegatorio para la liberación (criterio que pudo romper el legislador hipotecario, máxime partiendo de que según se afirma por los hipotecaristas, el artículo 131 de la misma Ley lo hace así al regular la venta por ejecución) y en desconocer la pretendida concepción moderna de que lo principal es la hipoteca y lo accesorio la persona del deudor, que podrá

ser cierta en algún estatuto mercantil, pero que comprobamos irreal en la vida social día por día, profesionalmente.

Como supusimos, vemos que toda trayectoria jurídica, cualesquiera que sean sus eventos, tiene su principio y fin en el único y eterno mar latino.

Aquí podemos dar por terminado el examen de la «asunción» intentada por el legislador hipotecario.

Peño éste, como algo que sólo indirectamente se relaciona con ella, acomete en el párrafo segundo del mismo artículo otra empresa más real.

Si no nos equivocamos, quiere regular el supuesto de no existencia de «novación-asunción», o sea el de que el comprador no haya tomado a su cargo el pago de la deuda en la modalidad contractual que señalamos como primera al principio de este examen (compatible, no obstante, con las expresiones «descuento o retención»), y el de que el comprador se halla subrogado en dicha obligación, en la modalidad contractual que señalamos como segunda (para la que igualmente puede utilizarse también la expresión «descuento o retención»), no siendo consentida la subrogación liberatoria por el acreedor, expresa ni tácitamente. En ambos casos puede éste dirigirse contra aquel primer deudor como obligado personal respecto del crédito, o contra la finca en acción hipotecaria. Satisfecha la deuda por el obligado, en la primera modalidad, no se produce consecuencia anormal alguna; pero si no es satisfecha por él sino por el dueño de la finca no obligado personalmente, podrá dirigirse éste contra el vendedor deudor, para su reembolso, sin posible subrogación en la hipoteca, que recaería sobre su propia finca. En la segunda modalidad, satisfecha la deuda por el primer deudor, el comprador que la tomó a su cargo y *descontó o retuvo su importe*, responderá al deudor de su reembolso; y quiere la Ley que éste tenga a su favor una original subrogación en el lugar del acreedor, y por lo tanto en la hipoteca misma hasta que el comprador lo reintegre totalmente.

Como se ve, los términos utilizados por el legislador no responden con exactitud a su propósito.

Por último, por cuanto hace referencia a la subrogación de este párrafo segundo, examinaremos ligeramente el artículo 231 del Reglamento en relación con el 131 de la Ley, que constituye una asun-

ción por el rematante, de las hipotecas anteriores que quedan subsistentes, con el correspondiente «descuento» de su importe. Con ese descuento se completa el precio del remate, y como afirma Roca Sastre, carece aquél de soporte, si la hipoteca estuviera extinguida de antemano, provocando un enriquecimiento injusto del rematante, que lo ha descontado, en tanto no lo devuelva al propietario expropiado por la ejecución, a quien hubiera sido entregado. Este podrá exigirlo de aquél; y quiere la Ley que se subrogue dicho expropiado (dice deudor o tercer poseedor) y quede subrogado (según el art. 118) en aquella hipoteca ya satisfecha para garantía ahora del percibo de su importe (con lo que se afirma de paso que la subrogación judicial era una asunción liberatoria para el primer deudor). Se concreta al caso de pago anterior, pero bien se alcanza que debe ser extensiva la subrogación a los casos de prescripción, renuncia y todos los demás que impliquen enriquecimiento injusto del rematante con empobrecimiento del expropiado.

Y aquí notamos la falta de regulación defensiva de posibles acreedores posteriores que no hubiesen percibido íntegramente sus créditos a su liquidación, quienes sin duda deberían tener preferencia sobre el expropiado en la cuantía de lo no percibido.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI  
Notario

(Concluirá.)