

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIV

Enero 1948

Núm. 236

Subrogación hipotecaria

SUMARIO:

PRELIMINAR: Subrogación en general en nuestro ordenamiento hipotecario.

Estudio especial de la subrogación subjetiva en la hipoteca: a) Subrogación pasiva derivada de contrato. b) Subrogación activa como consecuencia del pago. a') Venta de finca hipotecada sin transmisión de la obligación, pero descontando o reteniendo el importe de la carga. b') Subrogación por pago de los acreedores posteriores.

Subrogación pasiva de carácter legal: 1.º Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. 2.º Hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España.

Subrogación pasiva operada como consecuencia de adquirir en un procedimiento de ejecución bienes con cargas preferentes.

La relación jurídico crediticia con sus elementos constitutivos e integrantes, tanto de naturaleza personal: acreedor (sujeto activo), deudor (sujeto pasivo), y de orden objetivo-patrimonial (prestación), para poder actuar con un verdadero nexo coactivo se requiere de la existencia de bienes, derechos o acciones pertenecientes al obligado, delimitados del patrimonio general; destacados en primera línea de garantía al servicio del acreedor, con carácter preferente y privilegiado (hipoteca, prenda y anticresis). Compatibilizándose la acción de carácter real que se esgrime contra los bienes con la personal ejercitada sobre el resto del patrimonio, en cuanto a sus elementos no especialmente afectados.

De actuar con la acción personal dimanante del crédito, la responsabilidad patrimonial, si bien es universal, tiene un carácter diluido sin concreción, y con la desventaja de poder haber sido ya afectados ciertos bienes a derechos de garantía (art. 1.911 del Código civil).

Puede también acudir a otra fórmula: seleccionando del patri-

monio general del obligado uno o varios bienes o derechos, constituyendo patrimonios separados, en los cuales y sólo en ellos podrá efectuarse la compensación para el sujeto activo de la obligación, ante el incumplimiento del deudor, el cual obtiene la destacada ventaja de estar el resto de sus elementos patrimoniales *inmunizados* de acciones que en otro caso serían dirigidas a restablecer el equilibrio jurídico, roto por la separación del sujeto pasivo del vínculo obligatorio.

Nos hemos de referir en este estudio a ciertos aspectos del derecho real de garantía, hipoteca, la cual se constituye para robustecer la obligación contraída.

Si bien el crédito u obligación es su causa jurídica, las consecuencias ulteriores al nacimiento de dicho derecho son de tan compleja y varia naturaleza, que en ocasiones aquella que fué su razón de ser institucional queda borrada, aprisionadas por efecto y exigencias del tráfico registral.

Hasta tal punto ello tiene lugar, que la posición de Heck de concebir el derecho de hipoteca y el crédito en un mismo plano, debiendo recibir jurídicamente un trato parejo en situaciones especiales, pudiera invertirse, no en el sentido que la hipoteca sea accesoría del crédito, sino éste de aquélla: cesión del crédito hipotecario, renunciando el deudor a la notificación, si ha satisfecho el crédito al cedente; en ciertos supuestos tendrá que pagar nuevamente al cesionario, por haber adquirido éste en gracia a la vigencia del derecho en el Registro.

En la hipoteca de responsabilidad limitada, y más exactamente en la de rentas o prestaciones periódicas, la actuación del crédito es débil y borrosa.

En este trabajo hemos de insistir sobre ciertos efectos peculiares del derecho de hipoteca que, producidos en su fase ejecutiva, nos llevan a situaciones especiales, toda vez que el crédito garantido con el derecho real puede dar lugar en su fase ejecutiva a cambio de posiciones obligacionales, activas y pasivas, principalmente cuando en la graduación de distintas hipotecas unas se extinguen existiendo otras de rango registral preferente.

No sólo tiene realidad en el derecho de hipoteca el efecto antes aludido de *zafarse* en ocasiones del crédito, del cual se separa *íngratamente*, no obstante deber a él nada menos que su existencia, sino que, además, actúa con propia autonomía en cierto sentido, robusteciendo otros

créditos en los que el titular garantizado garantiza a su vez a otra persona (subhipoteca), pudiendo desaparecer de la relación jurídica en virtud de la cesión de sus derechos en la hipoteca, lográndose por ella garantizar otra obligación contraída, ya para obtener una ventaja pecuniaria o por simple liberalidad.

En ocasiones el valor económico de la hipoteca, entidades de crédito territorial (Banco Hipotecario), constituye un capital social negociable en Bolsa y transmisible por cédula, sin someterse a las normas registrales, teniendo los titulares, más que una verdadera y propia garantía hipotecaria, la derivada de la capacidad económica de la entidad.

Cuando sobre un inmueble existen varios derechos de hipoteca, el rango que las mismas ostenten es de tal importancia, que según que el lugar sea preferente o inferior se producen efectos tan característicos que podemos llegar a firmar:

1.º Que la hipoteca únicamente es accesoria del crédito.

2.º Excepcionalmente el crédito puede serlo de la hipoteca.

3.º También excepcionalmente la hipoteca es accesoria de otras hipotecas, ya que su eficacia si es posterior depende de la efectividad de la primera: la ejecución de la inferior determina en el adjudicatario la subrogación en todas las cargas constatadas anteriormente en el folio hipotecario.

SUBROGACIÓN EN GENERAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO HIPOTECARIO.

El artículo 13 del Reglamento Hipotecario de 1947, recogiendo en lo substancial la doctrina del anterior, se refiere a la *subrogación* del arrendamiento. Sin existir imposibilidad legal de admitir la subrogación objetiva, y en el lado activo, estima la doctrina que el supuesto aludido por el Reglamento es a la subrogación convencional, no a la legal, en virtud del ejercicio de una acción subrogatoria y realizada en el puesto de arrendatario (1).

(1) Aunque rebasemos propiamente nuestro objeto, no podemos por menos de indicar que la redacción del artículo 13, exactamente igual que el 20 anterior, no es del todo adecuada, al exigir en la *cesión del arrendamiento* las circunstancias del número 5.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, ya que constituye esta situación la transmisión que hace el arrendatario no de la relación jurídica en su totalidad, que no podría hacer sin el consentimiento del arrendador, sino sólo de sus derechos. Al ser aquí aplicables

Encontramos en nuestra ordenación hipotecaria una referencia a la subrogación objetiva por cambio de los bienes en el artículo 183 de la Ley Hipotecaria: "La mujer podrá exigir la subrogación de su hipoteca en otros bienes del marido..."

ESTUDIO ESPECIAL DE LA SUBROGACIÓN SUBJETIVA DE LA HIPOTECA.

La subrogación puede contemplarse tanto en su lado activo, sustitución de una persona en el lugar del *accedor*, y por ende denota adquisición de su posición jurídica. Y en su lado pasivo sustitución en el puesto del deudor, la cual se produce como consecuencia de un hecho o negocio jurídico.

Ambos aspectos de la subrogación tienen su efectucción en el derecho de hipoteca, de conformidad a su regulación en el vigente ordenamiento hipotecario.

La diferencia dentro de dicha ordenación legal entre subrogación activa y cesión del crédito hipotecario estriba en lo siguiente: la última se produce como consecuencia de declaración de voluntades, proyectadas en un negocio jurídico abstracto o causal. La primera deriva del pago o de la Ley.

Conforme a la doctrina anterior distinguimos:

a) *Subrogación pasiva derivada de contrato.*

Se contiene en el primer párrafo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria. No vamos a emprender un estudio detenido de sus efectos y de sus antecedentes. En este sentido es completísima la sólida y exacta exposición que hacen Sanz y Roca Sastre (1). No obstante, nos detendremos en aquellos aspectos que interesan a nuestro objeto.

El inciso 1.º del artículo que nos ocupa, en gracia a la subrogación

más las normas de la cesión que las del arrendamiento, puede ocurrir que la cesión se haga por un solo precio, e incluso gratuitamente, lo cual no puede suceder en el subarriendo, que es un nuevo arrendamiento en gracia del anterior, con su expresión del precio o merced y demás condiciones necesarias; por ello no puede hablarse en el caso de la cesión de adelantar rentas, ya que, como acabamos de decir, incluso puede ser gratuita la cesión. Ver Federico Castro: «Cesión de arrendamiento y subarriendo». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1930. Ver Jerónimo González: *Arrendamientos urbanos*.

(1) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 352 y sigs.; *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. III, págs. 149 y sigs.

pasiva del adquirente (1), le priva de su posición privilegiada de tercer poseedor.

Sin la aceptación de la asunción de deuda operada sin acudir al procedimiento extintivo de la novación, se produce lo que la doctrina llama toma interna de deuda, en sí productora de muy limitados efectos: poder repetir el primitivo deudor, caso de cumplimiento, contra el asuncionista, nuevo deudor; pero el efecto liberatorio se opera en virtud del consentimiento expreso o tácito del acreedor, bastando con que conste de un modo cierto, pues no se presume (Sentencia de 10 de junio de 1943).

Dicho consentimiento puede prestarse en cualquier momento en el mismo contrato de asunción de deuda, antes o después.

Estima Roca Sastre que a la misma situación puede llegarse cuando el vendedor sea tercer poseedor o hipotecante por deuda ajena, si bien en tal caso habrá de intervenir el deudor personal. Dicha exigencia es imprescindible, hasta tal punto que el tercer poseedor o hipotecante por deuda ajena, al no ser obligados personalmente no pueden estipular nada en tal sentido. De ahí que la asunción de deuda concertada entre el tercer poseedor o hipotecante por deuda ajena y el comprador no produce siquiera el efecto de toma interna por inexistencia de objeto.

Si el comprador que asumió la deuda aceptada por el acreedor, y por tanto con plenitud de efectos, transmite a otro la finca hipotecada sin la obligación personal, se ofrecerán los siguientes elementos personales:

a) El deudor primitivo liberado de la obligación, como consecuencia de la asunción de la deuda.

b) El adquirente anterior del inmueble hipotecado y de la deuda, ahora responsable patrimonialmente con sus bienes y derechos, y ante acción personal ejercitada por el acreedor (art. 1.911 del Código civil).

(1) Pese a la limitación del artículo 118, a la compraventa puede darse idéntica situación en otras instituciones jurídicas. Ver Sanz, antes citado. Normalmente, precisamente en la compraventa de finca hipotecada, se dan los efectos destinados a la regulación del tercer poseedor. Pero por pacto puede prescindirse de dicha situación (el que nos ocupa) y conferir *ab-initio* al deudor la posición de tercer poseedor (art. 140 de la Ley Hipotecaria). Puede también contemplarse el siguiente caso anómalo: la transmisión de finca hipotecada en una dirección es causa de su cancelación, ya que sin ella la nueva atribución patrimonial no puede darse: Liberación de la hipoteca en bienes donados por razón de matrimonio (art. 1.332, Código civil).

c) El segundo adquirente del inmueble, y no de la obligación, que sólo responde como tercer poseedor con los bienes hipotecados.

El pacto de asunción de deuda es carente de sentido cuando al constituirse la hipoteca la responsabilidad se limita a los bienes hipotecados (art. 140 de la Ley Hipotecaria); en tal caso, la repercusión del crédito es borrosa y de débiles efectos en ciertas situaciones.

b) *Subrogación activa como consecuencia del pago.*

a') *Venta de finca hipotecada sin transmisión de la obligación, pero descontando o reteniendo el comprador el pago realizado por el deudor del importe de la carga retenida o descontada, produce subrogación activa.*

Si el deudor paga, no obstante, dicho descuento o retención, se *subroga* en los derechos del acreedor hasta que se le reintegre del total importe retenido o descontado (párrafo 2.º, art. 118, Ley Hipotecaria).

Sanz sostiene que de no ser otra la intención de los contratantes, y sobre todo si la cantidad retenida o descontada corresponde al importe del débito garantido con la hipoteca, existe un caso de asunción tácita de la deuda. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 22 de noviembre de 1943: "La circunstancia de que en la compra-venta de una finca hipotecada conste que el comprador se retuvo del precio la cantidad importe de la hipoteca para satisfacer al acreedor por delegación del vendedor, demuestra que *tácitamente* "asumió" la obligación de satisfacer la deuda, y, consiguientemente, al pagarla actuó por cuenta propia y pagó con su propio dinero, puesto que en momento alguno salió de su patrimonio para entrar en la de la vendedora."

Roca Sastre abiertamente se opone a dicha doctrina. Para dicho autor, en el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 118, más que asunción de deuda tiene lugar una simple asunción de cumplimiento o, mejor, un encargo o mandato para pago con provisión de fondos para su ejecución.

Ciertamente estimamos fundada la posición del ilustre hipotecarista. La retención o descuento del precio se concertó en un pacto con carácter exclusivamente interno, entre deudor (vendedor) y comprador, sin intervenir para nada el acreedor, cuya aceptación no es necesaria al no darse subrogación en la obligación, caso distinto del pá-

rrafo 1.º de dicho artículo 118. El vendedor atribuye al adquirente una obligación: la de pagar con el precio retenido o descontado, pero conservando dicho transmitente su situación de sujeto pasivo en la obligación.

Pueden contemplarse varias situaciones:

a) Dar conocimiento del contrato al acreedor, no para que apruebe dicha retención o descuento, ya que al ser establecida en el contrato produce por sí misma sus efectos, sino para que pueda dirigirse contra el comprador exigiéndole el cumplimiento, actuando dicho adquirente en cierto modo como depositario del deudor.

b) Pagar el comprador al acreedor, bien espontáneamente o a su requerimiento. En tal caso se libera como tercer poseedor, pudiendo instar la cancelación de la hipoteca.

El deudor, obligado en la relación jurídica de crédito, queda desligado del vínculo contraído con el acreedor.

c) Verificar el pago el deudor, bien sin instancia ejecutiva del acreedor, o ante su acción o requerimiento.

En tal caso las consecuencias derivadas del cumplimiento ofrecen caracteres distintos del supuesto b) y de la subrogación pasiva del párrafo 1.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

La subrogación activa del deudor, nuevo acreedor como consecuencia directa del pago, excluye la posibilidad de la intervención del anterior acreedor, que al ser satisfecho deja de ostentar dicho carácter.

El pago no opera extintivamente, *ipso-iuris*, respecto al adquirente del inmueble hipotecado, toda vez que existe un nexo que no es posible salvar sino en virtud de un nuevo pago o reintegro: el derivado de la retención o descuento.

Producido dicho reintegro puede procederse subsiguientemente a la cancelación de la hipoteca.

En otro caso se produce la subrogación en los derechos y garantías del acreedor. La hipoteca entonces ofrece la particularidad interesante de que actúa ejecutivamente sin lapso de tiempo intermedio, al dimanar dicha inmediatividad, del primer pago realizado, el cual precipita el reintegro inexorablemente por parte del titular de la finca hipotecada.

El artículo 230 del vigente Reglamento establece para el caso del pago previsto en el 2.º párrafo del artículo 118 que será título bas-

tante para hacer constar en el Registro (de la relación de este artículo con el 231 se deduce habrá de hacerse por nota marginal) la subrogación el acta de entrega o la escritura de carta de pago en que el vendedor manifieste que hace uso de dicha subrogación.

Nos encontramos en presencia de una hipoteca que se transmite por la sola voluntad del acreedor subrogado. Aquí la doctrina del consentimiento no se da ni en su aspecto material, ni incluso en el formal, siquiera tenga con este último el punto de contacto de operarse una determinada situación jurídica como consecuencia de una sola declaración volitiva. Se ejercen facultades legales suficientes por sí mismas para producir una modificación en cuanto a la titularidad registral.

b') *Subrogación por pago de los acreedores posteriores.*

Si de la certificación registral prevenida en al regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de conformidad a la regulación contenida en la regla 5.^a de dicho precepto, aparecen inscritas algunas cargas o derechos reales, con posterioridad al crédito hipotecario que motiva la ejecución, se notificará a los respectivos acreedores, y si dichos titulares posteriores satisfacen *antes del remate* el importe del crédito, intereses y costas originados con la hipoteca de la finca, quedarán subrogados en los derechos del actor.

El pago y la subrogación se harán constar al margen de la inscripción o inscripciones de la hipoteca, en que los mismos se subrogan y de la de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso.

No afecta dicha subrogación a:

1.º Los titulares de cargas y derechos inscritos con antelación al crédito hipotecario, los cuales no tienen que hacer uso de la subrogación, ya que con su rango preferente están plenamente garantidos.

2.º A los titulares de derechos o cargos posteriores al crédito hipotecario que se ejecuta, y que hagan constar su titularidad con posterioridad a la nota marginal de la regla 4.^a aludida.

Si los titulares de créditos posteriores están amenazados en cuanto a la fuerza ejecutiva de un derecho de garantía preferente, es de equidad la prevención del legislador, ya que de esta forma pueden hacer realmente eficaz la afección real atribuida al derecho inscrito.

Exactamente igual que en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, el pago provoca una subrogación *ex lege*, sin precisar de la anuencia del acreedor, que al verificarse dicho hecho deja de ostentar su posición jurídica.

Dicha subrogación tiene lugar, en todo supuesto de ejecución, con arreglo al procedimiento del artículo 131, y puede darse la situación de que verificado el pago por el deudor en el caso del párrafo 2.º del artículo 118, y al no haberse reintegrado de la cantidad retenida o descontada, se hace constar su subrogación en los derechos del actor en la forma indicada del artículo 230 del novísimo Reglamento, y ante la falta de reintegro ejercita el procedimiento ejecutivo-hipotecario. Los acreedores que aparezcan en la certificación de la regla 4.ª con posterioridad a la subrogación del antiguo deudor, ahora acreedor subrogado por el pago realizado, se colocan en su puesto también por el pago, pudiendo adelantar la fuerza ejecutiva de su crédito, que de otra forma no estaría en actitud de poder actuar, al menos inmediatamente.

SUBROGACIÓN PASIVA DE CARÁCTER LEGAL.

1.º *Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.*

La Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 y el texto refundido de 1946, en su artículo 157, sancionan de un modo general este tipo especialísimo de hipoteca, adoptado en la práctica y para ciertos supuestos en la Ley Hipotecaria desde 1861 (arts. 88 y siguientes).

Los comentaristas, apenas nacido el precepto, se ocuparon con afán plausible de desentrañar su contenido y efectos (1). Ciertamente hemos de afirmar que hasta ahora no puede llegarse a una solución indudable, sobre todo en lo que concierne a la conexión entre la obligación personal y el derecho real.

Todo hubiera quedado, quizá, suficientemente aclarado ante una más terminante declaración de la Ley, o, en su defecto, en el Reglamento, ya que dejar la solución de problemas de tanta relevancia sólo a la doctrina, nos lleva a situaciones vacilantes; aunque sean copiosas en sugerencias irreprochables, no tienen la autoridad de la propia Ley,

(1) Citamos sólo los nombres: Roca Sastre, La Rica, Sanz, Cosío, Pedro Cabello y Ruiz Artacho, etc.

o de la Jurisprudencia, aunque en esta última requiere mucho tiempo, pudiendo también ocurrir que llegue al silencio a este respecto por falta de casos que resolver.

Por nuestra parte, renunciamos de antemano a incrementar dichos puntos de vista, y no lo hacemos por una estudiada comodidad, sino por no constituir todavía un criterio perfectamente claro en esta materia.

Sólo quiero insistir sobre un extremo: La redacción del precepto hubiera quedado completa si se hubiera establecido en éstos o parecidos términos: *La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas sólo podrá exigirse sobre los bienes a que afecte*. Tal afirmación legal supondría dar carácter de derecho necesario a la limitación de la responsabilidad, análogamente a dicha declaración con carácter convencional del artículo 140 de la propia Ley. De esta forma la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del Código civil) derivada del crédito no sería posible.

No se ha hecho así, y en la primera parte del artículo 157 se hace la regulación de esta hipoteca, aludiendo a la exigencia de requisitos adecuados a su naturaleza garantizadora de obligaciones de tracto sucesivo y donde el capital no existe, pero sin que aparezca velada la posibilidad de ejercitar la acción sobre otros bienes del patrimonio del obligado, y luego, cuando la finca se transmite en un procedimiento de ejecución, o la adquiere un tercero por acto o negocio jurídico, se declara explícitamente una *subrogación* pasiva de obligación que libera al primeramente obligado.

Si la interpretación que se da en la práctica es la indicada, se habrá ganado en la inteligencia de un precepto que debió formularse en forma más contundente.

Volviendo a nuestro objeto: En el artículo 157 se regulan dos tipos de subrogación:

1.º La que se opera en el rematante-adjudicatario, en el procedimiento ejecutivo-hipotecario, que tiene su ámbito no sólo en la responsabilidad hipotecaria, sino en la derivada de la misma obligación. Ello nos lleva necesariamente a liberar al antiguo deudor, el cual queda ajeno a la relación jurídica constituída (1).

(1) Posición contraria a la indicada y la de los comentaristas expresados mantiene Ruiz Artacho. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril 1946.

2.º Si la finca se adquiere por un tercero fuera del procedimiento de ejecución: Aquí existe una situación mixta:

En cuanto a las pensiones y rentas vencidas y no satisfechas, sólo responde el tercero, dentro de las limitaciones de los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria. Respecto a las futuras, la subrogación es total; en cuanto al crédito personal y a la responsabilidad real hipotecaria, estando en la misma posición de subrogación pasiva que la operada en el rematante-adjudicatario.

En este sentido seguimos la doctrina de Roca Sastre, contraria a la de Sanz, el cual sostiene que sólo responderá el tercero con carácter real de las anualidades expresadas en dicho precepto y no de las restantes.

La declaración de la Ley en cuanto a la subrogación la estimamos fuera de toda duda. ¿Quiere ello decir que sea adecuada y conveniente? Sostenemos que las consecuencias que se pueden llevar a cabo de tal subrogación, aparte de producir situaciones anómalas, pueden llevarnos a desvirtuar las relaciones jurídicas contraídas con carácter contractual.

Vamos a aludir a un caso práctico: No creemos existan obstáculos legales de que el arrendador de una finca, para garantizarse de las rentas que debe satisfacerle el arrendatario, constituya sobre una finca de este último una hipoteca en garantía de la efectividad de la renta o merced. Si luego el arrendatario transmite la finca a un tercero, éste, en cuanto a las vencidas y no satisfechas responderá, incluso personalmente, como máximo, hasta cinco anualidades (artículos 114 y 115, Ley Hipotecaria), en cuanto a mayor número de rentas vencidas y no satisfechas, su responsabilidad no es personal, sino como tercer poseedor. Respecto a las futuras, la subrogación es total. Todo esto se deduce de cuanto exponemos anteriormente.

Si el arrendatario incumple el pago de la renta y el arrendador ejercita la acción hipotecaria, el rematante-adjudicatario ostentará una subrogación pasiva que calificamos de extraña. Dado el carácter sin-alagmático del arrendamiento, la subrogación se produce, no en la relación jurídica total, sino sólo en las obligaciones. Por donde existirán dos titulares: el arrendatario, que es titular de los derechos derivados del contrato de arrendamiento; el adjudicatario, de las obligaciones.

Y nosotros preguntamos: ¿Qué necesidad existía de regular instituciones inspiradas en normas extranjeras, donde se parte de verdaderas cargas territoriales, con silencio absoluto en relación al crédito, acen-

tuado el carácter abstracto en la estructura de ciertas situaciones jurídicas?

En la práctica y en la misma legislación existieron casos de hipotecas en garantías de rentas y prestaciones periódicas (la Resolución de 31 de mayo de 1892 ha inspirado en gran parte el art. 157), pero dicha regulación debió hacerse, sin perjuicio de la acción personal, contra el deudor únicamente, y de todas formas la garantía del acreedor puede lograrse sin repercutirla en el adquirente.

2.º *Hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España.*

Caso claro de subrogación legal es la que tiene lugar conforme al artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, creadora del Banco Hipotecario, y el artículo 95 de los Estatutos aprobados por Real decreto de 3 de noviembre de 1928; según dichos preceptos, si cambia de dueño la finca quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que como consecuencia de ella adquirió el transmitente.

Tampoco aquí ofrece duda la subrogación que tiene lugar de un modo estatutario, siendo a su vez una emanación de los denominados contratos de adhesión, en los que el deudor no concierta condiciones, sino que se somete a las ya preestablecidas.

La subrogación prevista a favor del Banco Hipotecario ofrece una nota especial: si el antiguo deudor, y ahora transmitente, no comunica al Banco, dentro del mes siguiente a la enajenación, dicho cambio de titular, el titular del crédito hipotecario (la expresada entidad) *podrá* exigirle, por acción personal sobre el resto de sus bienes, el reintegro íntegro del préstamo.

Por tanto, en definitiva, depende de la voluntad del Banco que dicha subrogación tenga lugar.

SUBROGACIÓN PASIVA OPERADA COMO CONSECUENCIA DE ADQUIRIR EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN BIENES CON CARGAS PREFERENTES.

Cuando sobre un mismo inmueble o derecho aparecen constituídas distintas hipotecas o cargas, se planteó al legislador de 1909 el problema de la *cancelación* o *subsistencia* de las restantes cuando una de

ellas provoca la ejecución. Optó por la vigencia de las preferentes a la que se ejecuta y la liberación o *purga* de las posteriores en rango.

En tal sentido quedó modificado el criterio de liberación total adoptado por la Ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 1.516.

La doctrina de la Ley de 1909 se recoge en la vigente en el artículo 133, aplicando la subsistencia de las cargas preferentes, independientemente de que el procedimiento ejecutivo sea o no el judicial sumario.

De acuerdo con la dirección aludida, la regla 8.^a del fundamental artículo 131 establece que en los anuncios de la subasta se hará constar la subsistencia de las cargas anteriores y preferentes al crédito del actor, entendiéndose que el rematante las acepta y queda *subrogado* en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Se repite dicho principio de subsistencia y subrogación en las reglas 10.^a y 13.^a.

En presencia de dicha formulación legal, se pregunta si la subrogación del rematante o adjudicatario es sólo en la responsabilidad propiamente hipotecaria o también en la personal derivada del crédito.

A título de antecedente necesario tenemos que referirnos a la posición de la doctrina.

Don Jerónimo González (1) exponía su posición en los siguientes términos: "Algunos juristas, celosos defensores de los cánones del Derecho romano, y aun pudiéramos decir de los dictados del sentido común..., afirman que en el caso de adquisición en pública subasta de una finca gravada con derechos o cargas preferentes al del ejecutante, continúan en vigor, si bien con carácter subsidiario, las deudas aseguradas anteriormente por el Registro, y el nuevo deudor figura al lado, o mejor dicho, al frente de los antiguos... Tal solución no se compadece con el repetido empleo del verbo subrogar, que implica sucesión total, ni con el texto literal de las citadas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal, característico del artículo 131 y siguientes, ni con la pobreza técnica del procedimiento ideado, ni con sus consecuencias económicas. Resultaría, en efecto, injusto que después de valorar la finca en un millón de pesetas y de adjudicarla por 300.000 al mejor postor, que se ha subrogado en una obligación hipotecaria de 700.000, se exigiera, andando el tiempo, al

(1) «La memoria de este año». (REV. CRÍT. DE DER. INMOB., 1929).

primitivo deudor el pago de todo o parte de la misma obligación por no haber satisfecho el citado postor tal deuda y por no haber podido el acreedor hipotecario o preferente cobrar su importe con el valor últimamente obtenido en una nueva venta de la finca hipotecada. Si al primitivo deudor-propietario se le ha descontado judicialmente, y por mandato imperioso de la ley, el importe de su deuda en el momento de satisfacerle el precio de la finca, es porque se le libera de toda responsabilidad presente y futura..."

Roca Sastre es de la misma opinión, también compartida por Sanz. Este último autor, entre otras afirmaciones, contiene la muy interesante de que la reforma de 1909, al sustituir el sistema de liquidación preferentes por el de subsistencia, lo hizo en consideración al acreedor, sin que tratara de empeorar la situación del deudor, que entonces como ahora queda liberado de su obligación.

Para dicho citado autor la reforma de 1909 no debe ir más lejos que a la protección de los acreedores, y sería injusto si para ello se agravase arbitrariamente la situación del deudor.

Guasp (1) es también partícipe en esta doctrina. Contrariamente, Blázquez (2) entiende que la subrogación no puede liberar totalmente al deudor primitivo por faltar el consentimiento del acreedor, conforme al artículo 1.205 del Código civil. A su vez, Guasp se opone a dicha orientación porque la regulación del artículo 131 es de carácter procesal, de naturaleza de Derecho público y, por tanto, de inaplicación de las normas de Derecho privado. Indudablemente dicho carácter se percibe en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria: "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado..."

Ruiz Artacho (3) es partidario de la tesis de no subrogación del rematante o adjudicatario, fundándose en los artículos 230 y 231 del novísimo Reglamento (que luego estudiaremos), y que según este autor resuelven en tal sentido la cuestión.

Por lo que a nosotros respecta nos inclinamos decididamente por los subrogacionistas. Admitido el principio de subsistencia de las cargas preferentes, si la subrogación no fuese también en la obligación,

(1) La ejecución procesal en la ley Hipotecaria. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 392, 1942.

(2) El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1944.

(3) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, octubre 1947.

no se percibe el porqué de las preocupaciones adoptadas por el legislador de expresar en los anuncios que el rematante tiene que aceptar dicha subsistencia; en cuanto a la influencia que la responsabilidad hipotecaria tiene para el adquirente, es institucional en la afección transcendente de dicho derecho de carácter netamente real, dimanante de modo directo de la adquisición del inmueble. De ahí que el procedimiento se ejercite de modo impersonalizado; *directamente contra los bienes* (artículo 129 de la Ley Hipotecaria), y como consecuencia de ello, la regla 3.^a del artículo 131 de la misma Ley sólo exige que el acreedor justifique haber requerido de pago al tercer poseedor cuando le hubiese acreditado la adquisición del inmueble.

En cambio, las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a condicionan la admisión del rematante a que acepte la subrogación; la prevención legal es explícita y especialmente dirigida a dicho posible adquirente en el remate para que preste su consentimiento, para lograrse un cambio en la relación jurídico-obligacional, donde el acreedor no interviene y en que el deudor es liberado.

Naturalmente, si la hipoteca preferente es de responsabilidad limitada (art. 140 de la Ley Hipotecaria) o de créditos o prestaciones periódicas (art. 157 de dicha Ley), la subrogación total no debe ofrecer duda (1).

Pero en la hipoteca normal se produce el mismo resultado, y ello fundamentalmente porque mantener un criterio contrario sería consagrar un reconocimiento a un posible enriquecimiento injusto, argumento que conceptuamos de gran densidad entre los formulados para defender la posición favorable a la subrogación.

Una posición de Derecho constituyente, que calificamos de intermedia, sería mantener que el rematante se subroga únicamente en la hipoteca, quedando el acreedor sujeto a la responsabilidad personal derivada del crédito, pero pudiendo exigir que previamente a la acción personal ejercitada sobre su patrimonio se accione sobre los bienes hipotecados, y sólo después y subsidiariamente contra sus propios bienes.

El problema puede complicarse en vista de la siguiente situación: el rematante adjudicatario, posteriormente a la adquisición, con la subsistencia de las cargas preferentes transmite la finca a título oneroso

(1) La referencia aquí a la hipoteca de responsabilidad limitada es en el sentido de considerar a los bienes o finca hipotecada como verdaderos patrimonios separados del general del obligado.

a otra persona. El tercer adquirente, ¿está subrogado en la responsabilidad derivada del crédito, además de la ineludible responsabilidad hipotecaria? Indudablemente, si bien esta última tiene que darse, la primera como tercer poseedor no le afecta, ni poco ni mucho. Pero, por otra parte, el rematante adjudicatario no responde con sus bienes propios, porque no fué deudor, y el primitivo deudor se liberó al producirse la subrogación, que quedó también sin efecto como consecuencia de la transmisión.

En este caso, de solución nada diáfana, no creo pueda pensarse en más acción que la real derivada directamente de la hipoteca, que es el único derecho que ha continuado pujante en todas estas transmisiones; la acción personal ha dejado jirones de cuantía, hasta aparecer casi esfumada.

El acreedor ostenta un interés en la subsistencia de la carga, más que en su liberación, en un momento en que la fase ejecutiva no está en condiciones de producirse, con los inconvenientes si ello tuviere lugar, ya que la inversión de un capital seguro quedaría adelantado. Partiendo de la subsistencia, ante la ejecución de una no preferente, pudiera pensarse que la suerte de la anterior en rango debe seguir el mismo camino, matizado por una acción exclusivamente real.

Operamos a base de hipótesis, y en el terreno del Derecho constituyente, para indicar ciertos aspectos que estimamos de interés en esta compleja materia. Situación análoga a la derivada de la regla 8.^a, y concordantes del artículo 131, es la que tiene lugar en el 155, párrafo 2.º, en el caso de ejecución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, en que el rematante se subroga en los restantes créditos hipotecarios.

A igual resultado debe llegarse en los créditos simultáneos o del mismo rango, por explícita declaración del artículo 227 del vigente Reglamento.

¿Suponen los artículos 231 y 232 del nuevo Reglamento doctrina contraria a la subrogación que nos ocupa?

Estimamos que no se produce inaplicación de la misma.

El primer párrafo del artículo 231 del Reglamento establece: "Subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, si el importe de alguna de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satis-

fecho por el deudor o tercer poseedor sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real, se entenderán estos últimos subrogados, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unos y otros, para exigir su importe al rematante o adjudicatario."

Del examen de dicho primer inciso del expresado precepto reglamentario se llega, a nuestro juicio, a las siguientes conclusiones:

a) Subrogación realizada de acuerdo con la regla 8.^a del artículo 131 en su relación con el 133 de la Ley Hipotecaria.

b) Dichas cargas preferentes fueron satisfechas con *anterioridad* por el deudor o tercer poseedor, pero existió una discordancia entre Registro y realidad, toda vez que no se procedió subsiguientemente al pago de la correspondiente cancelación de dichas cargas preferentes. Naturalmente que si se hubiesen cancelado no habría lugar posible para la subrogación.

c) El deudor o tercer poseedor que pagaron se subrogan en los derechos del actor para exigir su importe al rematante o adjudicatario.

La subrogación se hace constar en la forma que indica el segundo párrafo, por nota al margen de la inscripción de la carga o gravamen, mediante la escritura o acta notarial justificativa del pago, donde aparezca que esto se hizo por el deudor o tercer poseedor, y si en estos documentos no se expresa que se hace uso de la subrogación, se acompañará instancia al efecto del deudor o tercer poseedor.

Si verificado el pago no se produce esta *subrogación activa* en contra del *subrogado pasivamente*, nos encontramos con un rematante o adjudicatario que tiene a su favor una finca por un valor muy superior al precio de adquisición.

No obstante referirse el precepto reglamentario que nos ocupa al artículo 118, no es necesario, a nuestro juicio, que se den los supuestos de dicho precepto, ya que es de aplicación general, siquiera los efectos sean análogos a los del 2.º párrafo, o más exactamente a cualquier subrogación activa derivada del pago.

Para terminar esta exposición, vamos a referirnos a la doctrina contenida en el artículo 232: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas, si se acreditase, mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó

a contraerse o se ha extinguido, acompañando, en su caso, instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el Registro."

Este precepto reglamentario aplica en general a las hipotecas de seguridad (ya que todas las citadas ostentan dicha naturaleza jurídica) la misma doctrina que a las hipotecas ordinarias, donde el crédito u obligación consta en el Registro al mismo tiempo de constituirse por la inscripción el derecho real de hipoteca.

Distinguimos los siguientes supuestos:

Subrogación activa del 2.º parrafo del artículo 118 en estos tipos de hipotecas. Los supuestos son los siguientes:

a) Venta por el deudor de finca afecta a la hipoteca de seguridad, sin asumir el comprador la obligación que en su día pueda contraerse, pero descontando o reteniendo su importe.

b) Justificación documental de que la obligación no llegó a contraerse o se ha extinguido.

c) La subrogación está dirigida a obtener el reintegro de la cantidad retenida o descontada.

La declaración del artículo 232 está en términos de gran generalidad, ya que no habla de pago, sino de no haberse contraído la obligación o de su extinción. Ello es consecuencia de la naturaleza especial de este tipo de hipotecas, en que el crédito puede no nacer o que en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito no se utilizó el abierto al deudor.

Subrogación pasiva en las hipotecas de seguridad y subsiguiente subrogación activa regulada en el artículo 231. Si el rematante o adjudicatario se subroga en las responsabilidades derivadas de una hipoteca preferente de seguridad, si antes de dicha subrogación se ha extinguido dicha hipoteca, el deudor o tercer poseedor se subrogan a su vez en lugar del acreedor para exigirle el reintegro de la cantidad satisfecha.

En el caso de extinguirse la hipoteca por incumplimiento de la condición sin haberse realizado pago alguno, la subrogación la única finalidad que pudiera cumplir es evitar el enriquecimiento injusto que para el rematante adjudicatario representa obtener la finca a más bajo precio que su valor real.

Esta es la interpretación que damos a los artículos 231 y 232

del Reglamento hipotecario, preceptos que hasta el día son carentes de comentarios, y que por nuestra parte quisiéramos fuera la atinada.

Si ello no es así, nos damos por muy satisfechos con haber indicado (de ser factible) algún atisbo que pueda servir para ulteriores estudios, y más autorizados del que ofrecemos a la consideración de los que se preocupen por estas materia.

Si estamos alejados de haber dado con el verdadero sentido de cuanto es objeto de nuestro examen, entonces al contrastar el juicio erróneo con el exacto cimentado, aplicaremos a nuestro tema enseñanza ya percibida en otros muchos aspectos. En Derecho, cuando creemos haber dado con la solución, nos salen al paso múltiples facetas o aspectos plenamente contrarias a las primeramente aceptadas. Así como muchas veces somos polemistas con nosotros mismos, opiniones sustentadas hoy transcurrido algún tiempo, rectificamos sustancialmente. Nueva orientación que tiene más firmeza en virtud del estudio completo por la calidad de elementos puestos en juego, tanto de orden subjetivo (autoridad doctrinal del intérprete) como de orden objetivo (aportaciones de orden técnico, legal y jurisprudencial) y, sobre todo, de un alto sentido eficiente (intereses que reclamen más atención, y visión práctica y realista de los problemas).

JOSÉ M.^a LÓPEZ TORRES.

Registrador de la Propiedad.