

El pacto de exclusión de la acción personal en la hipoteca

La reciente reforma hipotecaria tiene dos aspectos: uno positivo, consistente en los nuevos artículos injertados, que con técnica nueva robustecen y perfilan nuestro ordenamiento inmobiliario, y otro negativo, de supresión unas veces, de poda otras de los artículos sustituidos, que entrañaban una verdadera faramalla y dieron lugar a hacer de nuestra disciplina, en muchos conceptos, de una casuística inextricable. Por eso, la verdadera importancia de la reforma no se verá clara hasta que el Gobierno publique la nueva redacción de la Ley.

Dado el volumen que tal reforma implica, es de la mayor conveniencia el estudio minucioso y parcial de cada punto concreto, en orden a la novedad que encierran y sus posibles aplicaciones y desarrollos.

En muchas ocasiones, el nuevo precepto no es sólo de índole hipotecaria, aun dando a esta palabra su significación más lata, sino también de carácter sustantivo y con relevancia civil. Tal es el caso del nuevo artículo 138.

La doctrina del mismo es una novedad en nuestra legislación, aunque la tendencia y la finalidad que persigue se conseguían anteriormente, si bien de una manera restringida e indirecta, merced al procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial. Tampoco parece inspirado en ninguna legislación extranjera. Veamos a qué preocupación responde y qué ventajas puede reportar.

El citado artículo 138 dice así: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, que establece el artículo 1.911 del Código civil. No obstante, podrá válidamente pactarse

en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.»

I. El primer párrafo no hace sino confirmar y poner en claro el principio general de la responsabilidad hipotecaria, que si bien no ofrecía dudas bajo el aspecto doctrinal, no había ningún precepto en nuestro Código civil ni en la Ley Hipotecaria que lo estableciera: a saber, la responsabilidad personal ilimitada del deudor no se altera por el hecho de constituir hipoteca en garantía de una obligación. Para que esto quede bien de relieve, es fórmula de estilo en casi todas las escrituras de constitución de hipoteca, especialmente en las de garantía de préstamos, el consignarlo de una manera expresa.

De esta manera, el acreedor, conservando intacta su acción personal contra todos los bienes y derechos presentes y futuros del deudor, tiene, además, la acción real hipotecaria contra los bienes gravados, aunque pasen a poder de terceras personas. Y puede ejercitarse indistintamente una u otra.

II. Este principio, efectivamente, responde a la lógica institucional de la obligación y a la más pura ética. Ahora bien, en su desenvolvimiento pueden ocurrir casos que ya no estén acogidos en este espíritu.

Y esto lo vemos en la práctica en multitud de ocasiones:

A) De una manera general, siempre que el acreedor se adjudica la finca por falta de licitadores, el tipo de adjudicación suele ser inferior al importe del crédito. Teóricamente, el acreedor conserva su acción contra los demás bienes del deudor, por el resto; aunque, en realidad, el valor efectivo de la finca lo cubra con exceso. Decimos teóricamente, porque en la práctica la justicia se impone, y tanto unos como otros no piensan en semejante posibilidad.

Ennecerus (*Obligaciones*, II, 2.^o, pág. 317, ed. española) pone asimismo el siguiente ejemplo: «Si una finca cuyo valor ha disminuido hasta valer sólo unas 100.000 pesetas está gravada con una hipoteca por esa misma cantidad a favor de A., el cual insta

la subasta, la llamada postura mínima será completamente irrisoria. Si entonces A. hace una postura de 2.000 pesetas, sin que nadie la mejore (los acreedores hipotecarios de rango inferior no lo hacen, porque se dan cuenta de no poder saldar la hipoteca de A. sin adjudicarse la finca por más de su valor; el deudor, tampoco, por carecer de medios), la finca le será adjudicada en 2.000 pesetas y conservará, en cuanto al resto de 98.000, su crédito contra el deudor» (j !).

El Derecho alemán, para remediar esta injusticia, no tiene procedimiento ninguno, a juicio del autor, fuera del p. 826 B. G. B. (daño infligido contra las buenas costumbres), y los anotadores españoles tienen asimismo que recurrir al artículo 1.902 del Código civil, dándole una interpretación amplia y generosa.

B) Aparte de estas posibilidades, tampoco se ve muy claro que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra cualesquiera bienes del deudor, prescindiendo de los hipotecados, pudiéndole occasionar un quebranto económico innecesario, por la coyuntura, el especial destino o afección de determinados bienes.

No hay que profundizar mucho para ver la diferencia que existe entre hipotecar bienes gananciales o bienes propios del marido o de la mujer; entre hipotecar, una Sociedad Anónima, su fábrica de productos químicos o unos almacenes de la ciudad. Indiscutiblemente, en estos casos no le da igual al marido que se proceda contra los bienes gananciales que contra los suyos propios, ni a la Sociedad, que se venda su fábrica o su almacén.

No obstante, en Derecho español la solución no es tan terminante que conceda al acreedor, en todo caso, a su libre arbitrio, el ejercicio de la acción personal o de la acción hipotecaria. Sólo es posible semejante elección cuando los bienes hipotecados hayan pasado a poder de tercero. Si continúan en poder del mismo deudor, el acreedor habrá de dirigirse previamente contra ellos, según el artículo 1.447 de la Ley procesal, gozando, por tanto, el deudor, en este caso, de un *beneficium excusionis realis*, y tiene el derecho a remitir al acreedor a la finca hipotecada, para que se satisfaga previamente sobre ella.

C) El hecho de contraer una hipoteca, disminuye la solvencia del deudor injustificadamente. Los futuros acreedores han de considerar que el patrimonio del deudor que no ha sido gravado puede

ser perseguido en ejecución del crédito hipotecario, y si son acreedores meramente personales, corren el riesgo de ser perjudicados en contra de sus legítimas expectativas.

Considérese, en cuanto a la quiebra, la facultad concedida al acreedor hipotecario por el artículo 919 del Código de Comercio, en relación al artículo 166 de la L. E. C. y 132 de la L. H., que le permiten la ejecución separada e individual.

III. Reconocidos estos pequeños inconvenientes prácticos del principio de la responsabilidad personal ilimitada, no obstante, hay que mantenerlo, y la Ley reformada lo mantiene, no impone la limitación de la responsabilidad a la finca en el caso de la hipoteca. Esto es un acierto, pues aquel principio, como indicamos, es lógico, equitativo y ético.

Pero admite el pacto en contrario. ¿Hacía falta que semejante licitud se declarara expresamente en virtud de una Ley? ¿No son libres las partes de estipular lo que les convenga?

Indiscutiblemente, el precepto legal no es ocioso. En el plano contractual pueden convenirse los pactos que los contratantes estimen pertinentes a sus peculiares intereses, sobre los puntos accesorios de una determinada relación jurídica, pero no así sobre elementos esenciales de la misma, que alterarían la lógica conceptual, con evidente peligro de nulidad de lo pactado.

Así no puede haber compraventa sin cosa y precio; ni arrendamiento sin término de duración; ni prenda sin desplazamiento; ni hipoteca sin facultad de vender la cosa hipotecada; aunque las partes, y algunas veces la Ley, digan lo contrario.

Ahora bien: pactada la limitación de responsabilidad, únicamente a la finca hipotecada, ¿se contraría esta lógica jurídica o se quebranta algún precepto fundamental?

A primera vista, en contemplación del artículo 1.255 del Código civil, parece que no. Pero dado el categórico precepto del artículo 1.911, que hay que estimarlo de orden público, relacionado con el artículo 4.^º, el referido pacto habría de considerársele nulo o, por lo menos, podía ser objeto de discusión.

Por tanto, procedía admitirlo de un modo explícito, reconociendo su validez, y esto es lo que hace el segundo párrafo del artículo 138 que examinamos.

IV. Pero aparte de esta cuestión, y puesto que estamos en mate-

ria hipotecaria, cuyas disposiciones se encaminan principalmente, no a los convenios *inter partes*, sino a los efectos *erga omnes*, veamos las repercusiones del pacto de limitación de la responsabilidad a la finca hipotecada, respecto de terceros.

Las consecuencias de tal pacto en el orden hipotecario son interesantes. En primer lugar, la distinción entre deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor, tan afinada en la hipoteca ordinaria, queda casi borrada en este caso, porque desaparece el elemento que la cualifica: responsabilidad directa del deudor y responsabilidad *ob rem* del tercero. No hay, por tanto, por qué hablar de tercero en este sentido. El crédito se desconecta de la persona del deudor y queda adscrito definitivamente en la finca. En cierta manera es la finca la que debe.

Al no poderse ejercitar acción personal contra el deudor, la transmisión de la finca hipotecada es irrelevante a los efectos de la asunción de la deuda, puesto que ésta es real, de la misma finca. El primitivo deudor queda desligado y el acreedor habrá de reclamar siempre al propietario, aunque sea hipotecante no deudor o tercer poseedor. Se verifica, por consiguiente, una transmisión de la obligación, sin consentimiento y aun sin conocimiento del acreedor.

En la adquisición a título oneroso de las fincas de tal manera hipotecadas se impone siempre el descuento de la carga. No hay lugar a la retención, y el adquirente asume forzosamente el carácter de deudor, si bien con responsabilidad limitada a la misma finca.

Siendo deudor siempre el propietario, ¿cabe aplicar los derechos que la Ley Hipotecaria concede al tercer poseedor en cuanto a las mejoras?

Lógicamente, no procede darle un trato distinto y distinguir entre mejoras practicadas por el primitivo deudor y adquirente posterior. Sería de suma importancia aclarar este extremo en la nueva edición de la Ley.

Una solución equitativa sería no tener para nada en cuenta las mejoras hasta el momento de la ejecución hipotecaria; de forma que únicamente tuviera derecho el propietario al sobrante una vez cubierto el importe del crédito. Lo cual equivale a que perdiera el valor de las mejoras cuando el precio total de la finca no bastare a satisfacer el crédito.

V. ¿En qué clase de hipotecas puede pactarse semejante limi-

tación? Del texto de la Ley parece deducirse que sólo en las de garantía de préstamos. Sin embargo, no habría dificultad en admitirlo respecto de otras, como las en garantía del precio aplazado en las ventas y en general en todos los casos en que el crédito está plenamente determinado.

A) Hay que excluir las hipotecas por razón de gestión, en las que el crédito no es fijo, siendo, por tanto, hipotecas hasta una responsabilidad máxima. Aunque en las mismas la extensión objetiva de la hipoteca, por razones de seguridad y especialidad, se limita hasta una cantidad determinada, sería una inmoralidad limitar asimismo la responsabilidad del futuro deudor por los resultados de su gestión. Equivaldría a otorgarle un *bill* de indemnidad en su conducta, en manera alguna justificado en el campo del Derecho privado.

B) Quedan dentro de esta excepción igualmente las hipotecas legales, la mayoría de las cuales son hipotecas de seguridad: la del tutor, la del padre, la del marido; y, además, porque se trata de intereses que la Ley estima deben defenderse a todo trance, siendo la hipoteca legal sólo una medida más de protección, pero no la única. Baste recordar las limitaciones de disposición, las acciones y derechos de carácter extraordinario a favor del pupilo, del hijo y de la mujer.

C) Hablando de la ley de pacto, puede dudarse de si es admisible esta hipoteca en los casos en que se constituye formalmente de un modo unilateral. Tal en los de garantía de obligaciones emitidas al portador, en que no hay posibilidad, a no ser que todas las obligaciones estuvieran ya suscritas por corto número de personas, de que éstas concurran al otorgamiento de la escritura para su aceptación.

En algunos casos se apela al procedimiento de intervenir un tercero como gestor de los obligacionistas futuros. (Gay de M.: *Tratado práctico de Sociedades*, II, pág. 276.)

Sin entrar en el fondo del asunto, nos basta por ahora con considerar de que en las obligaciones al portador se da un verdadero contrato entre el suscriptor de las mismas y la Sociedad que las emite. La Sociedad hace una oferta completa en todas sus partes, que es aceptada por el hecho de la suscripción del título. Es un contrato en forma de adhesión.

No hay pues, dificultad en admitir que la Sociedad emisora de

obligaciones con garantía hipotecaria limite su responsabilidad a los mismos bienes gravados. Antes al contrario, estamos en el ámbito propio donde puede desenvolverse con más frecuencia semejante pacto.

Las grandes Sociedades, dotadas de una fuerte organización económica, son titulares, de hecho, de varios patrimonios separados, caracterizados éstos por su especial destino o campo de acción ; en estas circunstancias tienen el mayor interés en que el gravamen de elementos propios de un patrimonio no repercuta en manera alguna en los demás. Con ello se evita desorganizar las restantes unidades de explotación, cuyo principal valor reside en la coordinación de sus factores componentes, que puede ser muy superior al de cada uno por separado. De esta manera asimismo se favorece la economía pública.

Las ventajas en este aspecto son claras, pero la dificultad está en determinar la valoración de las fincas. Parece demasiado dejar en completa libertad a la Sociedad en este aspecto, pues se correría peligro de que el público fuera engañado. Se impone, por tanto, la valoración hecha por algún organismo oficial : Cámara de la Propiedad Urbana, Cámaras de Comercio, Servicio Agronómico...

VI. Repercusiones del pacto en cuanto al procedimiento de ejecución. El procedimiento extrajudicial es el que más se adapta a esta nueva categoría de hipoteca. En él se pone de relieve el ejercicio directo del derecho de realización del acreedor, sin concurso alguno del deudor, cuya posición en los casos de exclusión de su responsabilidad personal es meramente expectante.

La limitación de no poderse ejercitar dicho procedimiento habiendo terceros ha sido suprimida en la actual reforma por el artículo 129. Así, el procedimiento extrajudicial cobra eficacia y está llamado a ser la forma cómoda, rápida y habitual de realizar la hipoteca, resolviendo de esta suerte la espinosa cuestión de la simplificación del proceso de ejecución hipotecaria.

En cuanto al procedimiento sumario, vemos que muchas de sus formalidades pierden importancia con la existencia del pacto eliminando la responsabilidad personal del deudor. Tal ocurre con el señalamiento del domicilio de aquél para la práctica de notificaciones y requerimientos ; pues, trasladándose el centro de gravedad de la acción del deudor a la finca, en la hipótesis de sucesivos adqui-

rentes, el primitivo deudor queda desinteresado y será conveniente remitir la práctica de tales notificaciones y requerimientos al poseedor de la finca, cualquiera que sea.

El tipo de subasta nunca podrá ser inferior al importe del crédito, pues implicaría una contradicción que de antemano no quedaría cubierto.

La subasta en este caso presenta la singularidad de que, tanto el acreedor como el propietario, tienen interés en que sea lo más oportuna y favorable posible; y, quedando desierta, el actor habrá de optar entre adjudicarse la finca o repetir la subasta cuantas veces lo crea conveniente. Pero en el primer caso, el tipo de adjudicación es indiferente, ya que, sea igual o inferior a su crédito, su acción queda agotada. Por esto la solución sería dar carta de pago del crédito hipotecario; esto es lo preceptuado en cuanto al procedimiento extrajudicial.

Si el resultado de la subasta consiste en la adjudicación a un tercero por tipo inferior al importe del crédito, tampoco puede decirse que conserve el acreedor una especie de crédito sin acción por el resto. El crédito, no sólo la acción, queda también extinguido, pues de esta forma ha sido configurado.

Ahora bien; si la depreciación de la finca se debe a conducta dolosa o culposa del poseedor, el acreedor tendrá derecho a resarcirse, no en virtud de su crédito, sino como indemnización debida.

VII. Y para terminar, haremos resaltar que la trascendencia de este pacto implica un mayor interés por parte del acreedor en que la finca conserve su primitivo valor de estimación. El ejercicio de su derecho, por tanto, no queda limitado ni condicionado sólo al vencimiento del crédito o al momento de la subasta. Es preciso concederle alguna especie de fiscalización y la facultad de oponerse al menoscabo económico de la finca, su deterioro, mala explotación o abandono.

En este sentido es de aplicación el artículo 188 del Reglamento hipotecario, que dice así: «Cuando la finca hipotecada se deteriore, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará

providencia, mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial.»

No obstante, es preferible adoptar medidas preventivas de carácter convencional, determinando la conducta del propietario respecto a la finca: prohibición de cortar arbolado, no variar esencialmente el sistema de explotación, hacer las reparaciones ordinarias o extraordinarias que procedan, no arrendar la finca cuando, dadas las circunstancias y la protección legal de la posesión arrendaticia, fuera un obstáculo para su adquisición posterior por un tercero; impedir su división material, etc.

Todos estos puntos han de tenerse en cuenta en las escrituras en que se establezca este pacto admitido por la reforma de la Ley Hipotecaria.

LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ.
Notario.