

El plusvalor en el crédito refaccionario

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente (párrafo preliminar del artículo 42 de la Ley Hipotecaria)... Octavo. El acreedor refaccionario, mientras dure la obra objeto de refacción.» El crédito refaccionario, conforme sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril del año 1882, es el que se contrae y emplea en la construcción, conservación o reparación de alguna cosa; concepto que coincide con el ámbito que actualmente tiene este crédito. Primeramente se aplicó sólo para reparar algún edificio; después, en la construcción misma y en las naves, y, por último, en las fincas rústicas, tanto para su mejora como para su mejor explotación.

Esta evolución también se observa en el Derecho romano, primero con la denominación de *pignus insulae*, para reconstruir o reparar edificios, hasta alcanzar a las naves, con la particularidad de que un senadocensulio le concede una hipoteca legal tácita sobre el edificio o nave, y entre acreedores refaccionarios se establece un orden de prelación para el cobro, en razón inversa a su antigüedad; por apreciar que si la nave se arma o se conserva el edificio, se debe al último que presta su dinero a tal fin, que es lo que justifica la hipoteca legal tácita con preferencia a cualquier otro acreedor. No era justo que los demás acreedores se beneficiasen por el esfuerzo del último de los refaccionarios, doctrina que recogen las Partidas y conservan las Leyes de Toro.

El principio *prior tempore potior iure* no lo sigue el Derecho romano en el refaccionario; el beneficio lo percibe la cosa, y la equidad aconseja que su crédito resulte garantizado a consecuencia del plusvalor que experimenta la cosa, y en síntesis hay un doble valor: el primitivo que tenía antes de realizarse la obra, y el que aumenta una vez realizada; en el primitivo, el primero en el tiempo lo será también en el derecho, por lo que cobrarían antes que los refaccionarios; pero en el aumento experimentado, son éstos los que primeramente satisfacen su crédito y nunca debe posponerse a los demás. Mas, pese a la sutileza de los romanos, no llegaron a puntualizar tanto, contentándose con conceder una hipoteca, viniendo

do, en realidad, a constituir créditos singularmente privilegiados.

El legislador del 1861, aunque en el fondo acepta el sistema romano de hipoteca, pero se pronuncia en contra de la subsistencia de la hipoteca legal tácita, que las desecha todas, salvo raras excepciones, y en lo referente al crédito refaccionario concede anotación preventiva transformable en hipoteca con características muy análogas a las legales del artículo 168, y que en cierto modo se confirma por el Código civil al determinar el orden de pago, en sus artículos 1.923 y 1.927.

Se justifica que la Ley de 1861 sustituya la hipoteca legal tácita del Derecho romano, porque en el crédito refaccionario no pueden determinarse las cantidades invertidas ni el tiempo de duración de la obra, imposibilitando, por lo tanto, la constitución de tal hipoteca, o sería una hipoteca de seguridad o condicional más o menos discutible. Como tampoco puede dejárseles desamparados a los que prestan sus capitales en la mejora de fincas, ideándose la anotación preventiva, que desde su fecha garantiza las cantidades que se invirtieron hasta su conclusión, caducables a los sesenta días, sin perjuicio de poder transformarlas en inscripción hipotecaria.

Si la anotación del acreedor refaccionario surte los mismos efectos que la hipoteca, ¿dentro de qué tipo de los que regula el Derecho Romano pueden colocarse? Existe una indudable analogía con las llamadas hipotecas de propietario; mas, para la mejor concreción de la materia, conviene comparar los sistemas romanos y germanos, destacando las notas sustanciales en lo que pueda interesar al crédito refaccionario, y en particular en el supuesto de que existan acreedores hipotecarios anteriormente inscritos.

SISTEMA ROMANO.—La hipoteca absorbe todo el valor de la finca, toda ella responde a la obligación afecta a la primera hipoteca. Si se constituyen segundas o posteriores, están pendientes de la primera, que sólo resultan garantizadas si después de cubrir la preferente alcanza el exceso en la totalidad de la obligación de la segunda o posteriores. Si la primera se extingue, las demás ascienden de rango y ocupan la posición de la desaparecida, por lo que puede resultar injustamente beneficiada al ser distintas las condiciones en que se pactó al existir la hipoteca extinguida, si antes no ofrecía una seguridad plena, por lo que pudo pactarse un interés superior, al extinguirse la primera serán circunstancias muy diferentes al de

su nacimiento y puede haber un injusto enriquecimiento, o cuando menos una mayor seguridad.

El crédito refaccionario, como antes se expresa en el Derecho romano, tiene preferencia absoluta sobre los demás créditos.

SISTEMA GERMANO.—No distingue entre primera, segunda y posteriores hipotecas, sino que el valor de la finca se divide entre cada una de las constituidas, y de hecho se distingue la finca, que es una, y el valor, que queda seccionado o dividido entre cada una de las hipotecas, ocupando cada una de ellas una posición fija, afectando cada parte de valor a la hipoteca correspondiente; si disminuye el mismo, afectará en todas, perjudicándole en proporción a su crédito; si aumenta, el beneficio será proporcional a las respectivas cantidades aseguradas. Si se paga alguna hipoteca, esto no es motivo para que las demás se beneficien, continúan en la posición que tenían, de aquí que, como dice Nussbaum, al pagarse a un acreedor hipotecario es cuando surge la hipoteca de propietario, que, al no extinguirse, resulta que es deudor al ser dueño de la finca, pero es al mismo tiempo acreedor, al ser titular del crédito satisfecho. Este sistema ofrece dificultades técnicas para justificar la subsistencia de tales obligaciones hipotecarias, ya que si se sigue el criterio subjetivista del Derecho romano, en toda obligación precisa un acreedor y un deudor, y ésta se extingue por confusión (artículos 1.156 y 1.192 del Código civil), y el objetivista de Winchams supone relación entre dos patrimonios, que tampoco encaja en la hipoteca de propietario; de aquí que los críticos estimen que es arbitraria y de tipo formulista, al no tener presente los axiomas de la obligación.

En el fondo, nuestra Ley Hipotecaria, después de la reforma de adaptación de 1909, sigue el sistema romano de hipoteca, salvo algunas excepciones más bien rebuscadas por la doctrina, que las quieren identificar con tipos que regula el Derecho germano, mientras que los principios hipotecarios son de una clara y patente orientación hacia el Derecho alemán.

En el crédito refaccionario se identifica en el párrafo último del artículo 59 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a sus efectos con la hipoteca; en el artículo 60 corrobora la razón fundamental de sustituir la hipoteca por la anotación preventiva, al no exigir que se determinen fijamente las cantidades que se entregan, bastando con los datos precisos para su liquidación. El 61 nos lleva a concretar

la cuestión planteada al decir que hay que determinar el valor de la finca cuando estuviere afecta a obligaciones reales inscritas, y entonces es cuando podemos destacar la analogía con el sistema germano en lo referente a la hipoteca de propietario; hay división del valor: uno, el que se le da a la finca antes de la obra objeto de refacción, y el otro, el plusvalor o aumento experimentado por consecuencia de la obra realizada; el primero, que, conforme al artículo 64, responde a los acreedores inscritos con preferencia a los refaccionarios, mientras que el plusvalor los preferentes son estos últimos, a tenor literal del último párrafo del susodicho artículo 64. «El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto a lo que *exceda* en el valor de la finca al de las obligaciones anteriormente mencionadas, y en todo caso respecto a la *diferencia* entre el precio dado a la misma finca antes de la obra y el que alcanzare en su enajenación judicial.» Criterio completamente diferente al del Derecho romano, pues aquí no absorbe todo el valor de la finca hipotecada la primera hipoteca, sino que hay división: el acordado y el que aumente como consecuencia de la obra.

Por circunstancias especiales, la Ley de Reconstrucción de Inmuebles dañados por la guerra, de 9 de septiembre de 1939, en su artículo 4.º, dice: Que se partirá proporcionalmente entre los respectivos derechos e intereses cada uno de los inmuebles, entre los que prestaron cantidades para la reconstrucción y los anteriores acreedores de préstamos hipotecarios. Encarga la valoración a peritos y empleados de las oficinas de Regiones Devastadas, en los artículos 5.º y 6.º, y el 7.º, a tenor literal, preceptúa «que una vez firme la valoración a que se refiere el artículo anterior, el propietario podrá pedir anotación en el Registro de la reducción de cargas...». De forma que reduce el valor actual, por lo que queda un mayor margen para que con mayor facilidad puedan cobrar tales refaccionarios. Prescindo de hacer crítica alguna, porque es una Ley excepcional y que no se propone más que facilitar la reconstrucción, y además es una Ley transitoria que pudieron acogerse a este privilegio hasta 1940.

Insistiendo en el transcrito artículo 64 de la Ley Hipotecaria, en el caso de concurrir acreedores inscritos y refaccionarios, pueden resultar perjudicados los hipotecarios si el valor dado no alcanza a cubrir su crédito, o los refaccionarios, si el plusvalor no llegó a

ganar la cantidad invertida ; de aquí que sea preciso que los acreedores anteriormente inscritos presten su consentimiento, o en su defecto, la resolución judicial consiguiente. De estas faltas o excesos en las cantidades obtenidas de la finca pueden surgir diversas cuestiones que, como ni la Ley ni la Jurisprudencia han llegado a conclusiones concretas, nos podemos plantear diversas hipótesis y proponer las soluciones más apropiadas.

Primera hipótesis.—Si el dueño de la finca paga su crédito al refaccionario, y los hipotecarios anteriores no llegan a cubrir el suyo con el valor que se le dió a la finca, ¿responderá a sus créditos el plusvalor consecuencia de la obra objeto de refacción? Si se sigue el sistema germano, se originaría una hipoteca de propietario y los acreedores hipotecarios no podían optar a ese plusvalor, mas si al pagarse a los refaccionarios se fusiona ese plusvalor conforme al sistema romano, la hipoteca más antigua absorbe todo el valor de la finca y se extenderá también al aumento experimentado.

Ambas soluciones son admisibles en buena lógica, pues conforme a los artículos 61 y 64 de la Ley Hipotecaria, que precisa el acuerdo de los acreedores inscritos (o resolución judicial en su defecto), valorar la finca antes de la obra con el fin de proteger a los refaccionarios, el dueño al pagar se subrogaría sin perjudicar la circunstancia del pago. Por el contrario, conforme al criterio intrínseco del Código civil y de la Ley Hipotecaria, que se exterioriza en artículos ya referidos ; tanto la obligación como la hipoteca se extingue por el pago y en lo sucesivo no habrá que hacer referencias más que al valor real de la finca y además, conforme a los artículos 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca se extendería a las mejoras y dándole un valor extensivo comprendería a la obra refaccionada como tales mejoras ; mas esta última posición tropezaría en la práctica con los mismos dueños, que serían los más interesados en retardar el pago a los refaccionarios, pues los hipotecarios inscritos, al ir a la ejecución, no podrían exceder del valor que se dió a la finca antes de la obra.

Estas dificultades se podían salvar por un procedimiento análogo al de la subhipoteca (número 8 del artículo 107), consignando el dueño la cantidad asegurada con la hipoteca, subrogándose la subhipoteca en las cantidades consignadas, que es el mismo que se sigue en el número 9 del artículo 107 en la hipoteca de comprador

de los bienes sujetos a pacto de retro en el caso de ejercitar su derecho el vendedor, que quedará libre la finca hipotecada, sustituyéndose la garantía hipotecaria por la pignoraticia de las cantidades entregadas al comprador.

Segunda hipótesis.—Si se pagan a los acreedores hipotecarios inscritos y los refaccionarios no cubren sus créditos, ¿se extendería el derecho de los refaccionarios al valor que se dió a la finca? El problema reviste los mismos caracteres que la anterior hipótesis y se podrían proponer las mismas soluciones, ¿más y si la finca se hubiese transmitido a un tercero a título oneroso? (Pues a título gratuito o transmisión hereditaria no tendrían la consideración de tercero.) Indudablemente se podría aplicar el artículo 112, y si las mejoras realizadas no fueran de reparación, seguridad o transformación, el artículo 187 del Reglamento hipotecario, con todas sus dificultades prácticas y más si tratamos de diferenciar las mejoras excepcionales de las demás. Mas al ser el crédito refaccionario de un carácter privilegiado, es dudoso si se aplicaría el artículo 112, y a más, en cierto modo, los mismos dueños podrían considerárseles como terceros respecto del aumento de valor y partes en el valor que se le dió a la finca antes de la obra.

Tercera hipótesis.—Si se enajena la finca por el procedimiento judicial sumario a instancia de los acreedores anteriores inscritos, ¿se extingue el derecho de los refaccionarios o quedan subsistentes conforme al párrafo último del artículo 131 de la Ley Hipotecaria? Si nos atenemos a su letra, el exceso del valor que se dió se entregaría a los refaccionarios al ser acreedores posteriores, mas siendo privilegiado este crédito, en realidad son hipotecas paralelas, que cada una tiene por garantía las cantidades asignadas y, por tanto, quedaría subsistente. Se complica más el problema al relacionarlo con el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que adopta sistema contrario al del 131, e incluso se sigue aplicando en la práctica en el mismo procedimiento judicial sumario.

Cuarta hipótesis.—Si la enajenación se realiza a instancia de los acreedores refaccionarios, ¿podrán hacerlo por el procedimiento determinado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria? A pesar de la equiparación de efectos en el artículo 59 entre la hipoteca y la anotación preventiva de los acreedores refaccionarios, se opondría el artículo 130, que precisa fijar el valor de la finca, y éste sólo se de-

termina en lo que se refiere a los acreedores anteriormente inscritos; además, sería imposible fijarle, ya que en el contrato (o escritura) de constitución, ni se saben las cantidades invertidas, ni el aumento del valor de la finca, que sería el tipo que habría de tomarse, aunque, desde luego, más que dificultades técnicas, son meramente formalistas.

Quinta hipótesis. — Si la enajenación se hace por parte de los refaccionarios y el plusvalor alcanza a cubrir sus créditos y hay un remanente, mientras que los hipotecarios no satisfacen los suyos, ¿estará afecto este exceso para cubrir lo que le faltara a los hipotecarios? Está relacionada la cuestión con la de considerar a los dueños como partes o terceros que antes planteamos y además, como hay consentimiento por los hipotecarios para la fijación de un valor de la finca, implica en cierto modo una renuncia tácita al plusvalor que se origina por la refacción.

Sexta hipótesis. — Si los acreedores hipotecarios cobran sus créditos y hay un remanente y los refaccionarios con el plusvalor no llegan a cobrar el suyo, ¿quién tendrá preferencia sobre el remanente, el dueño o el refaccionario? Los romanos nos dirían que si la finca se conserva gracias a los acreedores refaccionarios, éstos nunca deben perjudicarse, y en el fondo de nuestras leyes late la misma solución, aunque aparentemente aparezca en idéntica situación a la hipótesis anterior.

Todos los supuestos planteados se motivan por la regulación escueta de la Ley y el Reglamento hipotecario de esta institución; proponiéndome destacar la analogía existente en ciertas situaciones con la llamada hipoteca de propietario de Derecho germano, pero que, desconocida por el legislador del 61 y desechando la clandestinidad de las hipotecas en el Derecho romano, no llega a recoger en las reformas posteriores la sustantividad del Derecho alemán, por lo que resulta un sistema híbrido al aceptar las bases romanas de la hipoteca, y en el aspecto registral los principios de publicidad y especialidad originados en el sistema germano. Hoy, esclarecida y conocida por la doctrina la hipoteca de propietario en los casos planteados, se resolvería sin dificultades técnicas. El poco uso que se hace en la práctica de estas instituciones, por lo que la Dirección General no ha tenido ocasión de resolver algunos de los problemas planteados.

ANGEL SÁNCHEZ MATA.