

Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca

I

IDEA GENERAL Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. Responden los derechos de garantía, entre ellos la hipoteca, a la necesidad de sujetar un objeto al cumplimiento de una obligación, de suerte que, llegado el caso, pueda obtenerse su valor para aplicarlo al pago. La posibilidad de constituir un derecho de garantía sobre otro derecho, en principio, no se pone en duda, puesto que una cosa incorporeal puede servir como objeto de responsabilidad, lo mismo que una cosa corporal, siempre que tenga un valor patrimonial realizable mediante venta o por otro procedimiento. Pero cabe resolver con muy distintas construcciones los problemas que plantea esta clase de garantías, como luego veremos.

El titular de un crédito garantizado con hipoteca tiene, desde luego, la facultad de ejecutarla en su día para hacerse pago, si el deudor no cumple voluntariamente; pero puede asimismo interesarle obtener a su vez un crédito de un tercero, sujetándole en garantía el valor patrimonial que el crédito hipotecario supone a su favor. La ley Hipotecaria lo permite, pero sin detenerse a regular esta figura especial de garantía, a la cual dedica muy pocas palabras. Según el artículo 106, son hipotecables «los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes inmuebles», y el número 8.^º del artículo 107 autoriza «la hipoteca del derecho de hipoteca voluntaria», con ciertas restricciones. A esta figura se llama corrientemente subhipoteca, y, conforme a los

artículos citados, parece posible definirla como una hipoteca cuyo objeto es otro derecho real de hipoteca.

2. Si se compara las disposiciones transcritas con las que en otras legislaciones europeas determinan los bienes susceptibles de ser hipotecados, salta en seguida a la vista la enorme amplitud de la nuestra, por ninguna de aquéllas igualada.

Conforme al Código civil alemán, sólo puede ser objeto de hipoteca un inmueble (*Grundstück*), entendiendo por tal la finca inmatriculada legalmente en un folio registral, o un derecho real de superficie que, como es sabido, se sustantiva, formando una finca hipotecaria, debiendo abrírsele de oficio un folio especial en el caso de que se hipotecase sin estar ya inmatriculada. En resumen, sólo puede hipotecarse una finca o un derecho real sustantivado formando una finca, pero no los demás derechos reales, y, desde luego, no el de hipoteca (§ 1.113 y siguientes).

El Código civil suizo solamente admite la hipoteca sobre inmuebles inmatriculados en el Registro (artículo 196), fundos y derechos *distintos y permanentes*, que ocupan un folio especial. «Los demás derechos sólo pueden ser objeto de una garantía real, conforme a las reglas relativas a la prenda sobre créditos y otros derechos», dice Wieland.

También el artículo 1.967 del Código civil italiano excluye la hipoteca de entre los bienes susceptibles de ser hipotecados. Y tanto hace el Código civil francés.

Parece que sólo en nuestro Derecho es posible constituir una hipoteca sobre otra hipoteca.

3. El titular de un crédito hipotecario que quiere servirse de él como objeto de garantía para obtener un nuevo crédito a su favor, no puede, normalmente, disgregar sus elementos y constituir un derecho real sobre la hipoteca. El derecho de garantía que constituya ha de afectar conjuntamente al crédito y al derecho real que lo asegura, o, dicho más propiamente, el derecho de garantía tiene como objeto directo el crédito, y mediáticamente, por su condición accesoria, le queda también sometido el derecho real de hipoteca. Conseguirá, por tanto, su finalidad pignorando el crédito hipotecario.

La pignoración de un crédito garantizado con prenda o hipoteca se practicaba ya en la época del Derecho romano clásico, bajo

el Imperio (*pignus pignori, subpignus*). Según la opinión dominante (Sohm, Kipp, Winscheid), el *subpignus* confería al acreedor subpignoraticio la facultad de ejercitar el derecho de prenda, subpignorado en lugar del acreedor prendario, reclamando y haciendo vender la cosa empeñada, en las mismas condiciones y casos en que aquél podría hacerlo, esto es, por falta de pago del crédito asegurado; pero si el deudor paga voluntariamente, puede el acreedor subpignoraticio aceptar el pago. «Está—dice Winscheid (1)—en la misma situación jurídica del acreedor pignoraticio.»

El Derecho alemán siguió las huellas del romano. «En el Derecho común anterior al Código civil alemán—dice Crome (2)—, el *subpignus* se entendía rectamente como prenda sobre el crédito garantizado con otra prenda y afectaba indirectamente a la garantía.»

En el Código civil alemán el *subpignus*, la *subhipoteca*, como figuras independientes, son desconocidas. Algun autor, como Oberneck (3), emplea indistintamente la expresión «prenda sobre una hipoteca» (*Pfandrecht aneiner Hipotheck*), o pignoración de un crédito hipotecario (*Verpfändung einer Hipoteckenforderung*); pero es lo cierto que conforme al Código civil alemán, sólo cabe hablar de la pignoración de un crédito garantizado con hipoteca, sometida a las normas generales de la prenda sobre créditos. Esto influye decisivamente en su contenido. Como dice Cosack, «la prenda sobre derechos debe amoldarse a la naturaleza del derecho pignorado; así, la prenda sobre un crédito se presenta con la figura de otro crédito; la posición del acreedor pignoraticio es, en esencia, la de una persona facultada para cobrar por sí o conjuntamente con el acreedor pignorante». Y, podemos añadir, cuando el crédito pignorado tenga constituida a su favor prenda o hipoteca, para ejercitar estos derechos en vía de cobro, como accesorios del crédito. De hecho, la prenda sobre el crédito implica una cesión más o menos completa con fines de garantía. El § 1.274 del Código civil alemán dispone que la prenda sobre derechos se constituye con las formalidades propias de la cesión según la naturaleza del derecho pignorado. Según eso, la constitución de prenda sobre un crédito hipotecario

(1) *Diritto delle Pandette*, t. I, parte 2.^a, pág. 391.

(2) *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. III, pág. 887.

(3) *Reichsgrundbuchrecht*, t. II, pág. 257 y ss.

precisa consentimiento (*Einigung*) e inscripción normalmente, conforme a las reglas generales (§ 873 y ss.). Especialidad muy de acuerdo con las exigencias del principio de publicidad.

Si, pues, lo esencial es la pignoración del crédito, por virtud de la cual adquiere secundariamente el acreedor subpignoraticio derecho a ejercitárs en su día la hipoteca, naturalísimamente quedan en primer plano las facultades del acreedor subpignoraticio sobre el crédito personal pignorado, que regula el Código con gran detenimiento. Interesa ahora hacer resaltar los preceptos que se refieren a la ejecución voluntaria del crédito. Conforme a los §§ 1.281 y 1.282, precisa distinguir dos situaciones: una cuando el crédito garantizado con prenda sobre otro crédito no es todavía líquido y exigible, y otra cuando ya lo es. En la primera situación, el deudor sólo puede pagar a ambos acreedores conjuntamente (y la ley da medios para que se aseguren los derechos del pignoraticio sobre el objeto de la prestación realizada). En la segunda, «el acreedor pignoraticio tiene derecho a cobrar el crédito pignorado, y el deudor sólo a él puede pagarle».

De una manera solemne establece el § 1.153, par. 2.º: «No se puede transmitir el crédito sin la hipoteca, ni la hipoteca sin el crédito.» Y, en consecuencia, tampoco es posible gravarlos separadamente.

El Código civil suizo contiene normas muy parecidas. El *sub-pignus*, dice Wieland (1), sólo puede constituirse mediante la pignoración del crédito garantizado. El titular de la prenda sobre el crédito adquiere al mismo tiempo el derecho sobre la garantía.

La misma finalidad económica que la prenda persigue se puede obtener mediante la cesión del crédito a título de garantía—dice Wieland—, con la cláusula de que el cessionario no hará sino un uso limitado del crédito.

Conforme al Código civil francés, no se puede constituir una hipoteca sobre otra hipoteca. Cabe únicamente—dice Planiol (2)—que se dé en prenda el crédito hipotecario, y entonces el acreedor pignoraticio ejercitará en provecho propio, al ejecutar su prenda, los derechos hipotecarios de su deudor. La prenda sobre el crédito se constituye mediante entrega del documento que lo acredite, no

(1) *Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. II, pág. 314.

(2) *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, pág. 834.

tificando, además, el deudor del crédito la celebración del contrato de prenda (artículo 2.075). Esta notificación, dicen Colin y Capitant, produce en este caso el mismo efecto que en la cesión del crédito: obliga al tercero deudor, que no podrá después de ella librarse pagando a su acreedor inmediato.

II

LA SUBHIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Es difícil determinar la naturaleza jurídica de la subhipoteca, porque son escasos y poco precisos los preceptos que a ella se refieren. Son, fundamentalmente, el artículo 107, número 8.º, de la ley Hipotecaria, antes transrito, que permite hipotecar con ciertas restricciones el derecho de hipoteca voluntaria, y el artículo 151, número 4.º, del Reglamento Hipotecario, al cual no ha concedido, a nuestro juicio, suficiente importancia la doctrina patria. Según este artículo, la subhipoteca sólo es plenamente eficaz cuando se constituye con sujeción a las normas para la cesión de un crédito hipotecario (150, L. H.).

A base del primero de estos artículos, admite la doctrina, sin dificultad, la constitución de una hipoteca sobre otra hipoteca, sin examinar las consecuencias de esta construcción, y sin ocuparse de la suerte del crédito personal asegurado con la hipoteca. Galindo y Escosura se limitan a reproducir las palabras de la Exp. d. Mot. de 1861: «aunque sin una declaración expresa se sobreentendería que el derecho de hipoteca, *como los demás derechos reales enajenables*, es susceptible de ser hipotecado, se consigna en la ley para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario». Morell tampoco encuentra dificultades en esta figura. Un análisis un poco detenido las descubre, por el contrario, innumerables.

El precepto, tan lacónico, del artículo 107 de la ley Hipotecaria, no da por sí solo base suficiente para definir la naturaleza jurídica del derecho de subhipoteca, limitándose como se limita a conferir una facultad al acreedor hipotecario sin regular las consecuencias de su ejercicio. Precisa acudir a las reglas generales emanadas de

principios básicos de nuestra legislación para deducir cuál sea el verdadero objeto de la subhipoteca, su alcance y efectos y los preceptos que han de regularlos.

2. Veamos en primer lugar el objeto sobre que recae la subhipoteca. Puede hipotecarse el derecho de hipoteca voluntaria (107-8.). Pero el derecho de hipoteca se constituye siempre para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (1.857, Código civil), de la que es normalmente accesorio (en mayor o menor grado, no es ésta ocasión de especificarlo). El derecho de hipoteca está adscrito a la garantía de un crédito determinado, y no puede pasar a garantizar otro distinto sin que ocurra una de estas dos cosas: o que con este fin se la desligue del crédito primitivo y deje de estar afecta a su cumplimiento, pasando a garantizar el segundo crédito exclusivamente; o que a la responsabilidad del segundo crédito se sujeten el primero y el derecho real de hipoteca conjuntamente como accesorio de él.

La primera de estas operaciones es posible, conforme al Derecho alemán (Código civil alemán, § 1.180); pero en el español no es admisible, y aunque lo fuera, no estaríamos ya ante una subhipoteca, sino ante una figura muy distinta: la substitución del crédito garantizado. No podemos admitir, por consiguiente, sino que a la garantía del crédito subhipotecario quedan afectos el crédito hipotecario y el derecho real de hipoteca, y, según su propia naturaleza, el primero como principal y el segundo como su accesorio. Si se hipotecara el derecho real separadamente del crédito, el acreedor subhipotecario no adquiriría una verdadera garantía, primero, porque el valor patrimonial de la hipoteca sólo puede hacerse efectivo en función de pago del crédito, y ese valor patrimonial es el que busca el acreedor; y segundo, porque si el crédito quedaba a disposición del acreedor subhipotecante, podía, aceptando el pago del deudor, extinguir la hipoteca, burlando los derechos del subhipotecario (1).

Si, pues, la subhipoteca recae tanto—y aun más directamente—sobre el crédito garantizado como sobre el derecho real de hipoteca, ¿cuál será su verdadera naturaleza?

La hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles y

(1) V. Colin y Capitant, *Curso elemental de D. c.*, t. V, pág. 306.

derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, nunca sobre un crédito. La figura propia de derecho de garantía constituido sobre un crédito es la prenda (interpretando ampliamente el artículo 1.864 en relación con el 430 del Código civil). En este supuesto, la construcción de la subhipoteca habrá de hacerse en uno de estos dos sentidos: o admitiendo que la subhipoteca es una figura compleja y encierra conjuntamente una prenda de crédito y una hipoteca sobre otra hipoteca, o que se trata simplemente de una prenda constituida sobre un crédito del cual la hipoteca es accesoria y sigue su suerte. La primera solución no es aceptable, porque no da base para resolver las complejas relaciones de los dos créditos entre sí y con el derecho real de hipoteca, y porque vuelve a incurrir en el absurdo, ya antes rechazado, de presentarnos un derecho de hipoteca constituido sobre otra hipoteca accesoria de un crédito independientemente de él y sin verdadero contenido económico; ya que, en definitiva, no hace más que juxtaponer dos derechos distintos: la prenda de crédito y la hipoteca sobre la hipoteca, sin verdadera trabazón entre sí.

Por exclusión, no hay más remedio que afirmar: que la denominación de subhipoteca es poco exacta; que se trata realmente de una prenda de crédito garantizado con hipoteca; que la relación principal recae sobre el crédito, y que el derecho real de hipoteca queda sujeto únicamente como accesorio, en virtud de la clásica regla *accessorium sequitur principale*. Galindo y Escosura, siguiendo a la Exp. de Mot. de 1861, dicen que es posible hipotecar una hipoteca por su carácter de derecho real enajenable; sin embargo, en ninguna parte dice la ley Hipotecaria que sea enajenable el derecho real de hipoteca ni regula su enajenación, sino *la del crédito hipotecario* (artículo 150), que tácitamente implica la de la hipoteca misma. De donde la consecuencia lógica de su razonamiento nos lleva a afirmar que el gravamen subhipotecario recae inmediatamente sobre el crédito, y sólo por vía de consecuencia queda sujeta a él la hipoteca. Si queremos dar su verdadero nombre a esta figura, hablaremos, no de subhipoteca, sino de prenda constituida sobre un crédito hipotecario.

A primera vista, el artículo 151, número 4.º, Reglamento hipotecario, da un argumento contra esta tesis, cuando exige, para tener por constituida con plenos efectos la subhipoteca, las formalidades

dades propias de la cesión de crédito hipotecario, que, como es sabido, exceden con mucho de las necesarias para pignorar un crédito y se asimilan a las propias de la constitución de hipoteca. Esta consideración no es decisiva. Aunque los efectos de la pignoración del crédito sólo alcancen a la hipoteca en virtud de su condición accesoria, no por eso dejarán de concretarse en su día en los asientos correspondientes del Registro, a través del cual se han de producir y quedan naturalmente sujetos a las exigencias normales del principio de publicidad, no de otro modo que lo está la misma cesión del crédito hipotecario, que, como veíamos antes, sólo por su carácter accesorio transmite la hipoteca (1.528, Código civil).

Por donde resulta que una consecuente aplicación de los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico nos aproxima a la construcción aceptada en las legislaciones que antes examinábamos: La subhipoteca, en el fondo, no es ni puede ser otra cosa que la pignoración de un crédito al cual va unida como accesorio una hipoteca. En su estudio será esencialísimo determinar las facultades del acreedor subhipotecario sobre el crédito personal pignorado, de que no se ocupa nuestra ley Hipotecaria.

III

LA PREnda SOBRE CRÉDITOS

1. Admitido que la subhipoteca sea esencialmente una prenda sobre crédito, hemos avanzado poco en el conocimiento de su naturaleza, porque también la prenda sobre créditos carece de regulación expresa en el Código civil y precisa un gran esfuerzo para perfilarla.

Bien conocida es la discusión doctrinal sobre si es o no posible la existencia de derechos sobre derechos. Muchos autores (Burkel, Thon, Enneccerus, Kohler, entre ellos) niegan la existencia de derechos sobre derechos, no viendo en ellos más que una transmisión parcial del derecho a otro titular, o bien la constitución de un segundo derecho sobre la cosa al lado del primero. Es cierto, como dice Crome (1), que los romanos no formaron esta categoría

(1) *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, pág. 173.

de derechos, y sólo conocían un señorío inmediato sobre cosas corporales. Así, la prenda sobre créditos no era para ellos sino una cesión del crédito, condicionada por un fin de garantía. En las legislaciones modernas aparecen muy frecuentemente derechos sobre derechos : todo el mundo habla de usufructo de derechos, de prenda sobre derechos, etc. La tarea de la doctrina consiste en formular el fundamento conceptual y lógico de estas figuras. Sin penetrar a fondo en la cuestión, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones :

a) Un derecho no es una cosa en sentido estricto. Puede, sin embargo, como dice Winscheid, ser pensado como cosa. O, como con más precisión declara Crome (o. y l. cit.), ser equiparado a una cosa corporal, permitiendo constituir sobre él otro derecho, del mismo modo que se equiparan ciertos derechos a las cosas corporales en algunas legislaciones con finalidad distinta (derechos de superficie, minas, censos, etc.).

b) El derecho constituido sobre otro derecho no es un verdadero derecho real, sino un derecho análogo a los derechos reales. Su titular ejerce señorío sobre el derecho gravado frente a cualquier tercero. En este sentido es un derecho *absoluto*. En cuanto a su contenido, es decisiva la naturaleza del derecho gravado : según éste sea real o personal, se aproximará al régimen que goberna una u otra clase de derechos, como luego veremos al tratar de la prenda sobre créditos.

c) Cualquiera que sea el concepto que se admite del derecho sobre derecho, indudablemente, las facultades que a su titular confiere recaen sobre el objeto del derecho gravado, ya sea directamente, como opinan Kohler, Ruggiero, etc., ya mediáticamente (Winscheid, Crome). Así, en los derechos sobre derechos, el objeto inmediato es el derecho gravado, y el objeto mediato la cosa corporal sobre que recae o la prestación, según sea real o personal.

2. Conforme a lo antes dicho, la prenda constituida sobre un crédito es un derecho absoluto, cuyo objeto es el crédito y mediáticamente la prestación, que es el substrato patrimonial de la prenda. Hemos de intentar ahora orientarnos acerca de las bases de su regulación en las legislaciones positivas, fijándonos en dos puntos principales : su constitución y su ejecución.

a) Tradicionalmente se ha tenido por requisito esencial de la

constitución del derecho de prenda la entrega del objeto pignorado al acreedor para su posesión. Pero un crédito no es susceptible de verdadera posesión, y cabe únicamente ponerlo en un estado de hecho correspondiente a la posesión, creando obstáculos que impidan ejecutar el crédito a persona distinta del acreedor pignoraticio sin su consentimiento. El derecho real se sirvió para ello de las formalidades propias de la cesión de créditos: la *denuntiatio* o notificación al deudor, que no podrá después de ella librarse pagando a su primer acreedor, y la entrega de los documentos probatorios del crédito. Las legislaciones modernas siguen en general los pasos del derecho real. El Código civil alemán, § 1.274, sujeta la constitución de prenda sobre un crédito a las formalidades de la cesión, entre las cuales, para sus plenos efectos se requiere la notificación al deudor (§ 409), notificación que en algunos casos de prenda sobre créditos tiene valor constitutivo (§ 1.280). El suizo prevé la notificación como una facultad de los contratantes de la prenda (artículo 900); pero como el deudor que paga de buena fe a su primer acreedor, se libera (C. s. de l. o., art. 167), la notificación resulta una necesidad.

El Código civil francés exige la entrega de los documentos probatorios del crédito y la notificación al deudor (2.075).

No precisa citar más ejemplos. La constitución de la prenda sobre créditos se asimila en la forma a la cesión.

b) Existe viva discusión acerca de las facultades que conforme al derecho real adquiría el acreedor pignoraticio en la prenda sobre créditos. Parece fuera de duda que en caso de no ser satisfecho, podía exigir por sí mismo el pago del crédito pignorado. En cambio, se discute si podía o no vender el crédito (1).

Cuando el acreedor pignoraticio ejercitaba el crédito empeñado, si adquiría dinero lo podía aplicar a su resarcimiento, y si adquiría un objeto distinto, tenía sobre él un derecho de prenda.

Conforme al Código civil alemán, hemos visto más arriba los distintos derechos del acreedor pignoraticio, según su crédito sea o no exigible al tiempo de hacerse el pago. Cuando su propio crédito sea exigible, es él el único facultado para exigir el pago del crédito pignorado (§ 1.282). Sobre el objeto entregado como prestación

(1) V. Winscheid, ob. cit., t. I, parte 2.^a, pág. 391.

por el deudor, adquieren: el primer acreedor la propiedad, y el acreedor pignoraticio un derecho de prenda, si la cosa es mueble, o una hipoteca de seguridad si es inmueble (1.287). Cuando el acreedor pignoraticio cobre directamente del deudor una cantidad de dinero, en cuanto alcance la cuantía de su crédito valdrá el pago como si lo hubiera hecho el pignorante (1.288). En cambio, no se le permite vender el crédito pignorado.

En el derecho francés no está regulada la prenda sobre créditos con tanto detenimiento como en el alemán, y con razón se queja Planiol (1) de esta laguna. Sin embargo, se admite que siendo exigible el crédito garantizado antes de haberse satisfecho el crédito pignorado, puede exigir el pago el acreedor pignoraticio (Colin y Capitant).

En resumen, conforme a las legislaciones examinadas, el acreedor en la prenda sobre créditos adquiere la facultad de ejercitar el crédito pignorado para hacerse pago.

IV

LA PREnda SOBRE CRÉDITOS EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Careciendo el Código civil de preceptos especialmente relativos a la prenda sobre créditos, parece a primera vista que su régimen habrá de sujetarse a los contenidos en el capítulo II, título XV del libro IV, referentes al derecho de prenda ordinario. Sin embargo, estas disposiciones, dictadas en vista de un derecho real sobre cosas corporales, no pueden correctamente ser aplicadas a la prenda sobre créditos, que, como decíamos más arriba, sólo por analogía se asimila jurídicamente a los derechos reales, y en cuyo contenido la naturaleza del derecho pignorado ha de influir poderosamente. El Código civil nos da un modelo del contenido que asigna al derecho real constituido sobre un crédito en el usufructo de créditos y acciones (486 y 507). En ambos casos, el usufructo concede a su titular la facultad de ejercitar el crédito o la acción, y se transforma en usufructo de la cosa o cantidad adquirida. No de

(1) *Traité de droit civil*, t. II, pág. 773.

otro modo puede ser construida la prenda sobre créditos si se quiere hacerla encajar dentro de las líneas generales de nuestro sistema positivo. Con esta construcción, que se aproxima marcadamente a la del derecho real antes examinada, se pueden resolver armónicamente los distintos problemas que plantea la prenda sobre créditos, como hemos de ver. El acreedor pignoraticio puede ejercitar y cobrar directamente el crédito pignorado. Si la prestación consiste en metálico, lo aplica desde luego al pago de su propio crédito. Si consiste en cosa corporal mueble o inmueble, adquiere sobre ellas un derecho de prenda o hipoteca, respectivamente, y sólo podrá obtener la realización mediante venta, conforme a los procedimientos exigidos por la ley en cada uno de estos derechos.

Para comprobar la perfecta adaptación de esta concepción dentro de nuestro sistema jurídico, examinaremos sucesivamente los problemas que plantea la constitución y ejecución de la prenda sobre créditos.

2. Nada dispone el Código civil respecto a la constitución de la prenda sobre créditos. El substrato patrimonial de esta prenda consiste en la prestación que está obligado a realizar el deudor del crédito pignorado. Por consiguiente, para dar al acreedor pignoraticio la seguridad que con la prenda pretende, precisa darle medios de evitar que el acreedor pignorante pueda disponer del objeto de la prestación; la prestación debe substraerse completamente a la acción del pignorante. En la prenda de cosas corporales, se substraerá el objeto al poder del pignorante y se somete al del acreedor pignoraticio por medio de la tradición. Pero si la tradición es eficaz en aquel caso, deja de serlo en el que ahora nos ocupa. La tradición del crédito puede hacerse conforme al Código civil, mediante entrega de los títulos que acreditan su existencia; pero esto no basta para dar seguridad al acreedor prendario, porque si el deudor paga de buena fe al acreedor pignorante, el crédito se extingue (1.527), el derecho de prenda queda sin objeto y se extingue también y el acreedor prendario conserva únicamente acción personal contra el pignorante. Ha desaparecido la garantía. Por eso no puede constituirse la prenda sobre el crédito con verdadera eficacia, si no se pone un obstáculo firme que impida al pignorante cobrar y extinguir por sí el crédito y disponer libremente del objeto de la

prestación. ¡Este obstáculo no puede ser otro que la clásica «denuntatio», la notificación al deudor, que una vez practicada le impide pagar directamente al pignorante.

Por eso, como decíamos más arriba, ve muy bien el problema el artículo 151 del Reglamento hipotecario, cuando exige, para dar plena eficacia a la subhipoteca, que se constituya con las formalidades de la cesión de crédito hipotecario, entre ellas la notificación al deudor. Parece, pues, posible afirmar que la prenda sobre un crédito sólo podrá constituirse con plena eficacia cuando se ponga en posesión del crédito al acreedor pignoraticio o a un tercero, de común acuerdo (1.863), conforme a las reglas del artículo 1.464, esto es, mediante escritura pública o entrega de los títulos de pertenencia y se notifique además al deudor. Formalmente, la constitución de la prenda sobre un crédito en nada se diferencia de la cesión. Se distinguen únicamente por el fin con que la transmisión se hace, que en un caso es el de darle la absoluta disponibilidad del crédito, y en el otro se limita a proporcionarle la satisfacción subsidiaria del suyo propio.

3. Tampoco resulta del articulado del Código civil el contenido del derecho que nos ocupa. La aplicación estricta de los artículos 1.863 y siguientes lo limitaría a la mera facultad de proceder a la venta del crédito en el caso de no ser pagado. Esta conclusión no puede satisfacernos. Veamos los dos casos que pueden presentarse:

I.—Si antes de que se pida la ejecución de la prenda es exigible el crédito empeñado y el deudor lo paga voluntariamente, ¿a quién deberá hacer el pago y cuáles serán sus consecuencias? Todavía precisa distinguir dos distintas situaciones de hecho:

a) Al tiempo de pagarse el crédito pignorado no es aún exigible el crédito asegurado con la prenda. Evidentemente, no puede hacerse el pago al pignorante, como hemos visto más arriba, porque no está en posesión del crédito (v. 1.164). Ya se ha dicho que el Código civil alemán exige en este caso que el pago se haga conjuntamente a ambos acreedores.

Como en nuestro Código civil no se impone esta solución, parece que habrá de hacerse el pago al poseedor del crédito, al acreedor pignoraticio.

El efecto de este pago no puede ser la transmisión de la cosa al

acreedor pignoraticio, puesto que su facultad de ejercitarse el crédito no es absoluta, sino limitada a la finalidad de garantía. Veámos también que en la completísima regulación del Código civil alemán se da a este acreedor la facultad de intervenir en el cobro para garantizar su derecho a exigir que se ponga al objeto de la prestación en seguridad hasta que su crédito venza. La solución es muy racional, pero no tiene equivalente en nuestro Código. Lo único que cabe admitir es que el acreedor que cobra adquiere un derecho de prenda sobre la cosa pagada, pero no podrá proceder a su enajenación, conforme al artículo 1.872, sino cuando su propio crédito sea exigible y se le haya negado el pago. Es más racional la solución alemana, porque si, como será lo más frecuente, la prestación consiste en una suma de dinero, de hecho, el acreedor pignoraticio que por sí solo la reciba verá satisfecho su crédito antes de ser exigible.

b) Si el crédito pignoraticio es ya exigible al tiempo de hacerse el pago del crédito pignorado, no parece dudosos que deba hacerse al acreedor prendario y que éste adquiera un derecho de prenda sobre el objeto de la prestación. Tratándose de una cantidad de dinero, será un *pignus irregularē* y facultará al acreedor para apropiarse la cantidad necesaria para cubrir su crédito, con obligación de restituir el exceso al pignorante. Si es una cosa corporal, sus derechos y obligaciones se regirán por lo dispuesto en los artículos 1.863 y siguientes.

II.—Caso de ejecución estricta de la prenda, una aplicación rigurosa a la prenda sobre créditos de los preceptos que regulan la prenda ordinaria nos llevaría a negar al acreedor pignoraticio cualquier otro modo de ejecución que no fuese la venta del crédito en subasta conforme al artículo 1.872. Pero no se olvide que el contenido de la prenda, quiérase o no se quiera, ha de estar poderosamente influido por la naturaleza del derecho pignorado. La ejecución de la prenda no tiene otra finalidad que la de extraer del objeto pignorado su valor, para aplicarlo al pago de la deuda. Normalmente, se verifica mediante la venta del objeto, porque, en efecto, tratándose de una cosa corporal, mueble o inmueble, no conocemos otro procedimiento para obtener su valor.

Pero el objeto pignorado no siempre exige, y en algunos casos ni siquiera tolera, este modo de ejecución: piénsese, por ejemplo,

en la llamada *prenda irregular*, que se constituye entregando una cantidad de dinero, esencialmente fungible, a responder de un crédito posible o futuro; para ejecutar esta prenda, a nadie se le ocurriría apelar a la venta del dinero, y, de ordinario, se reputa al acreedor facultado para retener la parte de él necesaria a cubrir su crédito (1).

Otro tanto puede decirse de la prenda sobre crédito. La venta no es ni el único, ni siquiera el mejor procedimiento de realizar su valor: el modo específico y normal de realizar un crédito es el cobro. La venta del crédito en pública subasta es un modo antieconómico de realizarlo, porque, normalmente, o no tendría licitadores, o, de tenerlos, será con gran menosprecio, para asegurar las posibles contingencias de un litigio. Así, el fin ordinario de estas subastas sería la adjudicación del crédito al acreedor pignoraticio, el cual se verá obligado a ejercitarlo, a pesar de todo, si quiere cobrar. No precisa hacer mucho hincapié para demostrar lo antieconómico de este procedimiento, que impone gastos considerables, sin ninguna utilidad práctica y en perjuicio del crédito garantizado. Si además se tiene en cuenta que, como hemos pretendido demostrar más arriba, la prenda sobre créditos debe ser construida dentro de nuestro derecho y de acuerdo con la tradición jurídica, como cesión con fines de garantía, parece correcto concluir que puede ejercitarse la prenda sobre créditos por dos procedimientos:

1.º Ejercitando directamente el acreedor pignoraticio el crédito empeñado, para obtener la prestación y aplicar su objeto a la garantía o satisfacción del crédito asegurado (según la naturaleza del objeto, conforme a lo que antes apuntábamos).

2.º Por el procedimiento normal de venta en pública subasta, conforme al artículo 1.872. El derecho a enajenar el crédito en pública subasta, que no se puede negar al acreedor, ya que el artículo 1.872 no hace excepción en cuanto a la prenda sobre créditos, queda así sujeto a su decisión optativa en vez de ser el único medio hábil de ejecución.

Queda aparte la prenda constituida sobre créditos representados por títulos cotizables, la cual está sometida al régimen especial del párrafo segundo del artículo 1.872, y ofrece problemas de índole distinta de los que aquí nos preocupan.

(1) Vid. J. González, *Arrendamientos urbanos*, pág. 154.

V

EL CONTENIDO DE LA SUBHIPOTECA

Veamos ahora qué consecuencias se deducen de todo lo expuesto, en cuanto a la subhipoteca. Al ocuparnos de su naturaleza jurídica, hemos pretendido demostrar que la llamada subhipoteca no es, en realidad, sino una prenda constituida sobre un crédito garantizado a su vez con hipoteca; que la hipoteca queda sujeta, en este caso, no como objeto directo de otra hipoteca, sino por vía indirecta, como accesorio del crédito; y que la constitución de esta prenda ha de inscribirse en el Registro por una razón puramente formal, a los efectos del principio de publicidad, ya que, en definitiva, su ejecución puede afectar a un derecho real inmobiliario.

Con este precedente, hemos intentado bosquejar después el régimen y contenido de la prenda sobre créditos, en nuestro derecho. Lógicamente se deduce que este régimen ha de servir de base al que se asigne a la subhipoteca.

Y estas premisas nos llevan a discrepar de la opinión dominante y defendida por ilustres hipotecaristas, que parece condensarse en dos afirmaciones: respecto de la naturaleza de la subhipoteca, que se trata de una hipoteca sobre otro derecho real de hipoteca; en cuanto a su ejecución, que no confiere al acreedor subhipotecario más facultad que la de exigir la enajenación de la hipoteca (forzosamente, aunque parezca ilógico dentro de esta doctrina, del crédito hipotecario), sin especialidad ninguna, como si se tratase de una cosa corporal, de una finca. Con esta solución simplista se esfuman los numerosos problemas a que antes nos hemos referido muy ligeramente, que plantean las relaciones recíprocas de los dos créditos. Si, por el contrario, se construye la subhipoteca como prenda sobre crédito hipotecario, se producen las siguientes consecuencias:

1.^a En cuanto a la forma de su constitución, es perfectamente lógico el artículo 151 del Reglamento hipotecario, en su regla 4.^a, al exigir los mismos requisitos que para la cesión del crédito hipotecario.

2.^a Al tratar del contenido de la subhipoteca, hemos de distinguir también dos ámbitos distintos, según estudiemos los procedimientos de ejecución de la subhipoteca o nos fijemos solamente en las relaciones recíprocas de los dos créditos, en los distintos casos que pueden darse, según las épocas de sus respectivos vencimientos, etc. Respecto de este último punto, pueden reproducirse aquí las consideraciones antes expuestas a propósito de la prenda sobre créditos, ya que en lo relativo a ejecución y pago de la obligación personal, tanto da que se trate de un crédito simple, como de uno hipotecario o pignoraticio.

Veamos el caso de ejecución forzosa de la subhipoteca. El acreedor subhipotecario, ¿deberá pedir forzosamente la venta judicial de la hipoteca? (propiamente, del crédito hipotecario). ¿No podrá exigir el pago del crédito hipotecario, o, en su defecto, la ejecución de la hipoteca?

Los mismos razonamientos que empleábamos para rechazar la venta, como procedimiento exclusivo de ejecución de la prenda sobre créditos ordinaria, pueden aplicarse a la subhipoteca. La ley Hipotecaria no regula el procedimiento de ejecución de la subhipoteca, y nada nos autoriza a someterla a un procedimiento establecido por la ley, teniendo en cuenta solamente los casos en que el gravamen recae sobre una finca o derecho real, cuyo valor no puede realizarse más que mediante venta, cuando en la subhipoteca la garantía está representada por un crédito tan fácilmente realizable. Insistamos en el carácter antieconómico de aquel modo de ejecución: uno solo es el valor patrimonial que sirve de garantía a la hipoteca y a la subhipoteca, y es la finca hipotecada; de ella, en definitiva, se ha de extraer la cantidad necesaria para satisfacer el crédito subhipotecario; pero si exigimos como único procedimiento posible de ejecución la subasta, para obtener un solo valor patrimonial, habremos acumulado sucesivamente dos procedimientos ejecutivos, con lo cual se duplican innecesariamente las costas, se desvaloriza el crédito, y puede afirmarse que, al menos cuando se trate de pequeñas cantidades, la subhipoteca no constituye una verdadera garantía. Y no se diga que esta consideración económica no pesa en el aspecto jurídico, y que a los contratantes únicamente incumbe apreciar si la garantía es o no suficiente, y del mismo modo, en la hipoteca puede ocurrir que la

finca se desvalorice en la ejecución, y su precio no alcance a pagar el crédito. A esto se puede replicar: primero, que la desvalorización procedente de la falta de oferta es puramente económica y no puede ser prevista por la ley, mientras la causada por exigir una doble ejecución innecesaria puede y debe ser evitada; segundo, que la ejecución de la hipoteca mediante venta del fundo es inevitable, porque no hay otro medio de realizar su valor, y suficiente, porque el adquirente del fundo no necesita verificar una nueva ejecución, mientras, por el contrario, la enajenación del crédito nada resuelve, porque hay medio más directo y cómodo de obtener su valor mediante el cobro y porque, en fin, el cobro no se excusa y habrá de hacerlo el adquirente o adjudicatario, con la ejecución de la hipoteca en su caso, lo que demuestra que la enajenación no es suficiente.

En consecuencia, parece que al acreedor subhipotecario se pueden atribuir las siguientes facultades en cuanto a ejecución de la subhipoteca:

a) Si vencido su propio crédito, no obtiene el pago, exigir el pago del crédito hipotecario, con las consecuencias que veíamos al ocuparnos de la prenda sobre créditos; y en su defecto, ejecutar la hipoteca por el procedimiento ordinario, ejercitado directamente sobre la finca.

b) A lo sumo, como facultad suya potestativa, se le puede reconocer la de ejecutar mediante la enajenación, por el procedimiento legal, del crédito hipotecario.

Sin embargo, como antes he dicho, la opinión dominante es la contraria a estas soluciones, y estas líneas se han de mirar como un ensayo de contribución a una interpretación sistemática de nuestro derecho positivo, poco trabajado en este punto.

JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR.