

LA TRANSMISIÓN DEL BIEN HIPOTECADO EN LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS Y EN LA HIPOTECA INVERSA

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Doctora en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, don Luis BARDAJÍ MUÑOZ, don Casto PÁRAMO DE SANTIAGO, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y don Antonio TAPIA HERMIDA.

Extracto:

LA transmisión del bien hipotecado y su efecto sobre la obligación garantizada es la cuestión más controvertida en el caso de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Con motivo de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley Hipotecaria (LH) se ha discutido sobre la asunción automática *ope legis* de la deuda por el adquirente del bien hipotecado, tanto en la transmisión forzosa como en la voluntaria. Tal asunción de la deuda no encuentra justificación legal. Tampoco existe justificación para el rechazo que parte de la doctrina hace de la figura del hipotecante no deudor o titular del bien hipotecado no deudor en el supuesto de la hipoteca *ex* artículo 157 de la LH. En esta modalidad de hipoteca no hay razón alguna para que se excepcionen reglas generales y esenciales de nuestro sistema y régimen hipotecario. Lo mismo cabe decir de la hipoteca inversa, una figura de reciente regulación legal y que se ha introducido tímidamente en nuestro mercado hipotecario y en el tráfico financiero-bancario. Con la hipoteca inversa se trata de facilitar a determinadas personas en circunstancias de dificultad económica el acceso a recursos económicos para complementar así sus pensiones y poder mantener o elevar un poco su calidad de vida. Característica esencial de esta hipoteca es que el crédito garantizado no será exigible hasta el fallecimiento del beneficiario del mismo; nota típica ésta que marcará en la práctica el régimen transmisivo del bien gravado con hipoteca inversa. Junto a ello, destaca el hecho de que el acreedor podrá cobrar su crédito hasta donde alcancen los bienes de la herencia; esto es, no se configura legalmente esta hipoteca inversa como una hipoteca de responsabilidad limitada al bien hipotecado.

Palabras clave: hipoteca, hipoteca de rentas, hipoteca inversa, transmisión.

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.
 1. Generalidades: concepto y elementos formales, personales y reales de esta hipoteca.
 2. Naturaleza y características de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.
 3. Transmisión de la finca hipotecada. Efectos sobre la obligación garantizada y el adquirente del bien.
 - A) Teoría subrogacionista.
 - B) Teoría no subrogacionista.
 - C) Otras teorías.
 - D) Conclusiones. Efectos de la transmisión del bien hipotecado sobre la obligación garantizada.
- III. La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca inversa.
 1. Concepto y características de esta nueva figura hipotecaria.
 2. La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca inversa.

I. PLANTEAMIENTO

La constitución de una hipoteca no supone ninguna limitación a las facultades de disposición del hipotecante con respecto del bien hipotecado. Este podrá ser transmitido a cualquier tercero, quien lo adquirirá con la carga hipotecaria (cfr. art. 104 LH).

Esta posibilidad de que el hipotecante pueda movilizar su patrimonio sin ninguna limitación es una de las ventajas e incentivos de la constitución de la hipoteca frente a otras garantías.

Con la transmisión del bien hipotecado se produce una diversificación subjetiva de la responsabilidad real y personal en esta situación ¹: el transmitente del bien seguirá siendo deudor, mientras que el que al final sufrirá la responsabilidad por el crédito impagado con la ejecución forzosa de la hipoteca será el adquirente del bien.

Esto será así, salvo que el adquirente del bien asuma también la deuda.

En este sentido se ha discutido en la doctrina si en el caso de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas prevista en el artículo 157 de la LH se produce una asunción automática *ope legis* de la deuda por el adquirente del bien, tanto en la transmisión forzosa como en la voluntaria de este.

Tal debate doctrinal tiene lugar con motivo de lo señalado en el párrafo tercero del artículo 157 de la LH y las peculiaridades de la obligación garantizada y de este tipo de hipoteca, que pese a su ejecución subsiste en garantía de las rentas aún no vencidas.

Otro caso en el que la transmisión del bien hipotecado puede dar lugar a controversias es el de la nueva figura de la hipoteca inversa. Sobre ella la doctrina apenas ha comentado nada, sin embargo, su configuración y notas características plantean el problema de qué sucede cuando se transmite el bien y, en consecuencia, el adquirente se convierte en el titular del principal y probablemente único bien con el que el acreedor podrá finalmente ser satisfecho de su crédito.

¹ La transmisión del bien hipotecado supondrá la diversificación subjetiva de la responsabilidad personal y real, si bien tal diversificación puede haberse manifestado anteriormente en caso de que al constituir la hipoteca el dueño de la finca, el hipotecante, no sea el deudor de la obligación.

A continuación se analizarán ambas figuras y los problemas que la transmisión del bien hipotecado puede hacer surgir en las relaciones jurídicas hipotecaria y obligacional.

II. LA TRANSMISIÓN DEL BIEN HIPOTECADO EN LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS

1. Generalidades: concepto y elementos formales, personales y reales de esta hipoteca.

Se trata de una modalidad hipotecaria regulada en el artículo 157 de la LH, completado por el artículo 248 del Reglamento Hipotecario (RH).

Por hipoteca en garantía de rentas periódicas puede entenderse, en palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «la hipoteca constituida en garantía de una obligación que tiene por objeto rentas, pensiones o prestaciones periódicas análogas»². Más completa es la definición dada por GARCÍA URBANO: es «la [hipoteca] constituida en garantía del pago de una cantidad de dinero, o de una prestación, susceptible de ser convertida a metálico, cuyo devengo se produce paulatinamente en más de una ocasión»³.

Es esta una figura que aun siendo una novedad introducida por la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 (LRH), que la reguló por primera vez de forma individualizada, lo cierto es que su existencia venía siendo reconocida por toda la doctrina ya desde la promulgación de la LH de 1861⁴.

² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 4.^a ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 313.

³ GARCÍA URBANO, José María: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 676.

ROCA SASTRE, por su parte, aporta una definición de esta hipoteca en la que pone de manifiesto su postura acerca de la naturaleza de esta figura. Así señala que: «Es la hipoteca constituida en garantía de una obligación impersonal, en el sentido de *ob rem*, de duración temporal o perpetua, consistente en pagar, en plazos periódicos, una determinada renta, pensión o prestación en dinero» (ROCA SASTRE, Ramón M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *Hipotecas*, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 487).

⁴ La doctrina cita como antecedentes históricos de ese artículo 156 de la LRH (que pasó a ser el art. 157 actual LH) y como preceptos en los que, por regular figuras análogas, veía la doctrina admitida ya desde 1861 la hipoteca en garantía de rentas los siguientes: a) La hipoteca constituida en garantía de censal, prevista en Cataluña (cfr. los arts. 330-335 Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que han sido sustituidos por la Ley catalana 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, en cuyos arts. 6 y 15 se prevé respectivamente la posibilidad de constituir hipoteca en garantía del censal y de la pensión vitalicia o «violario»); b) Los artículos 88, 89 y 90 de la LH de 1861 (que se mantienen en la ley vigente), reguladores de una hipoteca legal en garantía de legados de rentas o prestaciones periódicas impuestas por el testador a cargo de algún heredero o legatario, sin declarar personal esta obligación. En este mismo sentido, se cita también el artículo 46 de la LH de 1861 (actual art. 47) cuando señala que «el legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho»; c) El artículo 788 del Código Civil (CC), que reconoce como válida la «disposición que imponga al heredero la obligación

Su regulación por el artículo 157 de la LH no está exenta de críticas con motivo de su redacción, pero sobre todo, por las lagunas que contiene ⁵.

De ello se han derivado distintas posturas doctrinales acerca de su naturaleza jurídica, que vienen a su vez determinadas por las diversas teorías defendidas sobre la existencia o no de subrogación automática de la deuda por parte del adquirente de la finca hipotecada con la mera enajenación de esta ⁶.

Como toda hipoteca para su perfecta constitución requiere escritura pública e inscripción (cfr. arts. 1.875 CC y 145 LH). Esa escritura pública puede haber servido asimismo para documentar el acto de constitución de la obligación de pagar la renta o tratarse de otro distinto. Por otro lado, puede tratarse de un acto constitutivo *inter vivos* o *mortis causa*, siendo claramente admitida la posibilidad en uno y otro caso de la constitución unilateral de la hipoteca (cfr. arts. 138 y 141 LH y 248 RH).

Como requisitos específicos del título constitutivo de esta garantía, de acuerdo con lo previsto por los artículos 157 de la LH y 248 del RH y lo indicado por la doctrina ⁷, cabe señalar los siguientes datos que se deben expresar en el mismo:

- a) El acto o contrato por el que se haya constituido la obligación de pago de las rentas.
- b) Los datos identificativos de las personas del deudor, acreedor y, en su caso, los del hipotecante no deudor (figura ésta cuya posible existencia es tajantemente negada por los defensores de la teoría subrogacionista) y los de los constituyentes de la obligación rentaria en el caso de que no sean ni acreedor ni deudor.

de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas» bajo determinadas condiciones. Así, «si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele» y «si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca»; d) Los artículos 1.605 y siguientes, especialmente los artículos 1.659 y 1.660 del CC, reguladores de los censos; e) Los artículos 1.802 a 1.805 del CC, que regulan el contrato de renta vitalicia; f) El artículo 1.861 del CC, que reconoció la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de «toda clase de obligaciones»; g) En la LH de 1909 se señalan como preceptos vestigio de la hipoteca de renta los artículos 114, 115, 117, 127, 131 (reglas 5.^a, 8.^a y 13.^a), 134, 135, 147 y 183.

En esta materia, cfr., entre otros, CABELLO DE LA SOTA, Pedro: «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas», *AAMN*, tomo V, 1950, págs. 88 y ss.; GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 671 y ss.; y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 488-493.

⁵ Acerca de la utilidad práctica de esta figura cfr., entre otros, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 493-495.

⁶ Además, la defensa de una u otra tesis incide en la calificación de esta hipoteca de renta como un supuesto en el que se manifiesta la pretendida crisis del principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito. Y es que los partidarios de la tesis subrogacionista defienden con ello que en este caso es la deuda la que sigue a la hipoteca; o, dicho de otro modo, a la responsabilidad real le sigue automáticamente la obligación personal, de modo que esta se convierte en accesoriedad de la garantía (eso sí, ante el caso de la enajenación del bien, pues antes el funcionamiento de esta hipoteca de renta es como una hipoteca normal). Cfr., entre otros, DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 320-321.

⁷ *Id.*, entre otros, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 692-693; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 518; y CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 142-144.

- c) El plazo, modo y lugar en que se ha de satisfacer la renta o pensión, así como la cuantía de la misma (o, si no es una prestación dineraria, su valor equivalente en dinero).
- d) La fecha en que ha de satisfacerse el pago de la última prestación periódica (al menos indicar el hecho o condición que determine ese último vencimiento).
- e) Sobre la necesidad de señalar un valor de capitalización de la totalidad de prestaciones a pagar que pueda servir, por ejemplo, con motivo de la remisión o redención por parte del dueño del inmueble, la doctrina se halla dividida. Lo cierto es que nuestra legislación no exige tal determinación y su necesidad podría negarse teniendo en cuenta el carácter temporal de las rentas y de esta hipoteca. Sin embargo, no está prohibida la posibilidad de que las partes acuerden otorgar esa facultad al dueño del bien gravado, y, de hecho, es conveniente adoptar ese pacto (aunque para dar cierta estabilidad a esa relación obligatoria de pago de las rentas, es lógico señalar una especie de *vacatio* inicial durante la cual la redimibilidad esté excluida) previendo futuras dificultades, como la expropiación de la finca o la ejecución de una carga preferente o ante sucesivos incumplimientos del deudor⁸.
- f) Igualmente se resalta la conveniencia, que no obligatoriedad, de señalar un máximo de responsabilidad total por principal, intereses y costas. Es una modalidad de garantía hipotecaria perfectamente compatible con la hipoteca de máximo.

En cuanto a los elementos personales, hay que decir que rigen las reglas de capacidad propias de toda relación hipotecaria y obligatoria.

En el contrato o acto de constitución o imposición de la obligación de pago de las rentas pueden concurrir personas que a la postre no sean ni acreedor ni deudor de esa obligación ni el sujeto activo o pasivo de la hipoteca.

⁸ Cfr., entre otros, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 693; SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda de M. Navarro, Madrid, 1945, págs. 434 y ss., particularmente pág. 439, nota 11; CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 121, 143 y 161 y ss.; y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 497-498. Este último autor, partidario de la redimibilidad de esta hipoteca, a la que llega a calificar de sustancial, aunque no se pueda imponer al acreedor de la renta, considera que, asimismo cabe pactar la exclusión de esa posibilidad de redención. Para SANZ FERNÁNDEZ, sin embargo, la redención es una idea «extraña a la hipoteca, cuya extinción deberá tener lugar normalmente como consecuencia de la extinción de la obligación principal»; y añade que «haber admitido la redención hubiera equivalido a conceder al deudor la facultad de eximirse de la obligación a su arbitrio, con olvido de las reglas fundamentales que regulan el pago en nuestro Derecho» (SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, *op. cit.*, pág. 439, nota 11). Para paliar en cierta medida esa consecuencia de la redención, que además de dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación olvida las razones que subyacen a la constitución de la misma (razones que motivarían la constitución de una obligación de prestación periódica y no la prestación de un capital concreto), es por lo que se defiende la conveniencia o necesidad de un período inicial en el que la redención no pueda ejercitarse. Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS diferencia entre posibilidad de redención del dueño de los bienes que motive la extinción de la hipoteca (que considera inadmisibles) y redención de la obligación como facultad que cabe pactar en el título constitutivo a favor del deudor (*vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 319, nota 16). Donde sí se reconoce expresamente la redención como causa posible de extinción del censal y de la pensión vitalicia es, respectivamente, en los artículos 9 y 16.1 b) de la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, de Cataluña.

Por ejemplo, puede que la obligación y la imposición de la constitución de la hipoteca se deban a una disposición testamentaria en la que el testador (estipulante y constituyente unilateral de la hipoteca) determine a cargo de uno de sus herederos (deudor personal) la obligación de pagar a favor de otra persona (acreedor de las rentas e hipotecario) una renta y para ello, además, imponga la constitución de una hipoteca sobre un bien de ese heredero (hipotecante deudor) o de otra persona (hipotecante no deudor). O que dos personas (estipulantes) acuerden que una de ellas (deudor) deba pagar a un tercero (acreedor de las rentas y acreedor hipotecario) unas determinadas prestaciones periódicas y en garantía de esa obligación se constituya hipoteca sobre un bien del deudor o de un tercero (hipotecante no deudor).

Sobre la posibilidad de que exista un hipotecante no deudor (o fiador real, como muchos autores lo denominan) hay que poner de manifiesto cómo los partidarios de la teoría subrogacionista consideran que esta posición subjetiva no cabe en la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas pues en ésta siempre el propietario del bien gravado es deudor obligado al pago de esas rentas⁹. Sobre tal afirmación se volverá a prestar atención más adelante al tratar de la transmisión de la finca hipotecada.

Por lo que se refiere a los elementos reales, hay que diferenciar el objeto hipotecado (al que se le aplicarán las normas contenidas en los arts. 106 y ss. LH¹⁰) y el objeto garantizado (la renta o prestación periódica).

Respecto de este último, hay que señalar que las notas que caracterizan a esa renta son¹¹:

- a) Su carácter temporal. Las prestaciones tienen un límite temporal final determinado desde el inicio por una fecha concreta o por referencia a un evento o condición, como puede ser el

⁹ Cfr., entre otros, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 682-687; y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 515. Este último autor expresamente afirma que esta hipoteca de renta «repele toda posibilidad de fianza real hipotecaria o hipotecante por débito ajeno». Por la misma razón no cabría tomar en consideración la figura del tercer poseedor. En contra se manifiesta GARCÍA URBANO, quien acepta sin reserva alguna la presencia en estas hipotecas de ambas figuras (*vid.* GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 686). CABELLO DE LA SOTA, por su parte, es algo ambiguo al opinar sobre la admisibilidad de la figura del hipotecante por deuda ajena y fiador real: considera que es admisible en el momento de la constitución de la hipoteca pero en cuanto se transmite la finca hipotecada, la bifurcación entre débito personal y responsabilidad real ya no tiene cabida, pues el adquirente asume por ley la deuda; pero, en cualquier caso, aun existiendo hipotecante por deuda ajena, también se le consideraría deudor por ser propietario del bien hipotecado (*vid.* CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 148 y ss.).

Por otro lado, hay que señalar que ante el supuesto de que uno de los estipulantes constituyentes de la obligación de pago de la renta no fuera a su vez el beneficiario de la misma sino que fuera un tercero, en caso de incumplimiento este sujeto no podrá ejercer la acción hipotecaria (cuyo ejercicio sólo pertenecerá al acreedor hipotecario, que siempre es el titular del derecho a obtener las rentas), pero «podrá ejercitar frente al deudor las acciones que en la *relación de valuta* se hubiere reservado. No más» (GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 685).

¹⁰ En principio las reglas sobre los bienes y derechos susceptibles de ser hipotecados no sufren alteración alguna, aunque ROCA SASTRE advierte de que, «dada la prolongada duración que la hipoteca de renta normalmente ha de tener», ciertos derechos reales, como el usufructo, «son poco aptos para soportar una hipoteca de esta clase» (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 516).

¹¹ *Vid.*, entre otros, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 687-690.

fallecimiento del beneficiario (cfr. art. 248 RH). Durante algún tiempo la doctrina polemizó sobre la posibilidad de garantizar con esta hipoteca obligaciones de pago de renta perpetuas, pero tras la redacción del artículo 248 del RH y su exigencia de que en la inscripción se haga constar la fecha o evento que determina su extinción, quedaron pocas dudas de que la perpetuidad de las rentas para esta hipoteca quedaba excluida ¹².

- b) Debe tratarse de prestaciones periódicas. Obligaciones de tracto sucesivo o de devengo fraccionado y regular. Lo esencial es la periodicidad, pero no importa la duración de los distintos períodos de vencimiento, o la igualdad entre ellos, o si las cantidades a pagar son fijas o variables en cada momento. No es necesario que el devengo de las rentas sea anual (puede pactarse por mensualidades, quincenas, trimestres...), aunque a efectos de la aplicación del artículo 114 de la LH la renta se calculará por anualidades.
- c) En principio la prestación garantizada puede no consistir en dinero, aunque, eso sí, para la constitución de la hipoteca la renta ha debido pactarse en dinero o determinarse una valoración pecuniaria de esa prestación de dar, hacer o no hacer ante el caso de su incumplimiento ¹³.

2. Naturaleza y características de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

Existen distintas posturas en nuestra doctrina acerca de la caracterización de esta hipoteca como de naturaleza ordinaria (y tradicionalmente accesorio) o especial (en la que los elementos principal y accesorio de la relación se invierten, fundamentalmente ante el caso de la enajenación del bien hipotecado). Se la compara con la figura del censo y también se habla de que lo que garantiza es una obligación *propter rem* ¹⁴.

¹² Cfr., en este sentido, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 687-688; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 516-517; RUIZ ARTACHO, Juan: «La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas», *RCDI*, núm. 215, abril, 1946, pág. 219 (quien defendía la posibilidad de garantizar rentas perpetuas, pero hay que tener en cuenta que cuando manifestó esa opinión aún no se había redactado el vigente art. 248 RH); y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, págs. 315-316. Este último autor, tras considerar que lo dispuesto en la legislación hipotecaria presupone que no se admite la hipoteca en garantía de rentas perpetuas y afirmar que existe un principio jurisprudencial por el que no caben obligaciones rigurosamente perpetuas, indica que podría entenderse que «la figura subsiste al modo que fue recogida en el Código Civil francés, o al modo que es acogido el censal en Cataluña: el deudor de rentas perpetuas nunca estará obligado al pago del capital, pero, respetando el plazo mínimo eventualmente convenido o señalado, podrá *optar* por seguir pagando la renta o por extinguir la obligación pagando el capital. Después del plazo mínimo convenido, la perpetuidad se entenderá que está establecida sólo en beneficio del deudor y que perderá el beneficio en los casos establecidos en el artículo 1.129 del CC» (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 315, nota 4).

¹³ ROCA SASTRE al respecto señala que ningún precepto impone que la renta se fije en dinero, pero, a su juicio, debería haberlo: esto constituye una laguna del artículo 157 de la LH (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 517).

¹⁴ Ramón M.^a ROCA SASTRE caracterizó esta figura como semejante a la *Rentenschuld* del Derecho alemán y como institución en la que tiene lugar el juego propio de las prestaciones censales (quedando, por tanto, siempre unido el débito con la responsabilidad real). *Vid.* ROCA SASTRE, Ramón M.^a: «La nueva ley de reforma hipotecaria (Breve examen informativo-crítico)», *RGLJ*, núm. 3, marzo, 1945, págs. 322-323. *Vid.* también CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 111 y ss. y 133-135: este autor en su análisis de esta hipoteca afirma que sus notas esenciales son típicamente censales, diferentes a las de las hipotecas accesorias normales, aunque también existen diferencias importantes con los censos.

En cualquier caso, hay que afirmar que se trata de una verdadera hipoteca (y no de un censo o una carga real) que, como de su propia denominación se deduce, garantiza una obligación de realizar periódicamente una prestación¹⁵; no garantiza una obligación de entrega de un capital determinado. De este modo, cada una de las prestaciones constituye en sí misma una obligación garantizada con la hipoteca y su vencimiento determina que, en caso de incumplimiento, la hipoteca pueda ser ejecutada parcialmente.

Esta es la segunda de las características principales de esta hipoteca: ante el incumplimiento de la prestación periódica el beneficiario de la misma y acreedor hipotecario puede dirigirse contra el patrimonio del deudor o directamente en contra del bien hipotecado. Esto, claro está, siempre que no se haya pactado la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada *ex* artículo 140 de la LH¹⁶.

Consecuencia de ello es que la hipoteca puede ser ejecutada parcialmente ante cada incumplimiento por cualquiera de los procedimientos admitidos en nuestro Derecho (y no solo el proceso sumario al que alude el art. 157 LH). Pueden existir tantas ejecuciones parciales como incumplimientos de concretas prestaciones haya. Y aquí radica la gran peculiaridad de esta modalidad hipotecaria: su ejecución no implica la extinción sino que esta hipoteca subsiste en garantía de las rentas aún no vencidas. El rematante de la finca adquirirá ésta con la carga hipotecaria (cfr. art. 157, párrafo tercero, LH)¹⁷.

Ahora bien, cuando el deudor sistemática y continuamente incumple su obligación pueden surgir problemas. El acreedor tendría que acudir a la tarea onerosa de iniciar sucesivas ejecuciones parciales. Si bien nada obsta a que tal circunstancia se prevea en el título constitutivo de la obligación y de la hipoteca y se determine un importe de la renta capitalizada o un proceso a seguir para ello, de manera que en estos casos (u otros que se prevean) la hipoteca en garantía de rentas se convierta en garantía de un capital con el fin de proteger mejor al acreedor ante los abusos del deudor¹⁸.

¹⁵ DE COSSÍO Y CORRAL afirma que esta nueva modalidad de hipoteca introducida en la reforma de 1944 no tiene nada que ver con la *Rentenschuld* alemana, sino que es una hipoteca causal y accesorio, «en cuanto no supone por sí sola el derecho a cobrar una renta derivado de la misma constitución de la hipoteca, sino solamente garantía de un crédito derivado de un título obligatorio» (DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, *Derechos reales y Derecho hipotecario. Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y José León Alonso, Civitas, Madrid, 1988, pág. 324).

¹⁶ Sobre esta posibilidad de que la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas se pacte además con una limitación de responsabilidad sobre los bienes hipotecados hay quien la ha negado con base en la literalidad del artículo 140 de la LH y su alusión al préstamo hipotecario únicamente y no a otro tipo de obligación o negocio jurídico, siendo el concepto de préstamo extraño a este tipo de hipoteca en garantía de rentas. En este sentido, *vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 495, nota 21. DE LA RICA, por su parte, defiende que en cualquier caso, el pacto de limitación de la responsabilidad a los bienes hipotecados (aunque tal pacto se haya previsto en la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas) implica que la obligación desaparece desde el principio: cfr. DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, pág. 321. CABELLO DE LA SOTA, sin embargo, defiende la admisibilidad de este pacto: *vid.* CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 132-133 y 138-139.

¹⁷ Al hilo de esta peculiaridad de la hipoteca en garantía de rentas ROCA SASTRE advierte de que esa subsistencia de la hipoteca a pesar de su ejecución durante todo el tiempo para el que fue constituida «debe ser tomada en cuenta al objeto de que la cosa hipotecada ofrezca un margen de valor o tenga suficiente rentabilidad, a fin de que pueda contarse en su día con licitadores rematantes en las posibles ejecuciones forzosas sucesivas. Esto quiere decir que la ley solamente debería permitir que el capital, importe de la hipoteca de renta, afectara a una parte del valor en renta (no en venta) de la cosa hipotecada», como lo hace el ordenamiento suizo en la carta de renta (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 519).

¹⁸ Esto entronca con lo que se dijo sobre la posibilidad de señalar un importe de capitalización de la renta. La autonomía de la voluntad juega un importante papel en este caso, ya que al no existir ninguna disposición legal que lo prohíba, las partes

3. Transmisión de la finca hipotecada. Efectos sobre la obligación garantizada y el adquirente del bien.

Es este el campo donde nuestra doctrina libra la batalla propia de la hipoteca en garantía de rentas.

El choque de opiniones viene motivado por lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 157 de la LH. En él, tras reconocer al acreedor de las rentas la posibilidad de acudir al procedimiento judicial sumario regulado en los artículos 129 y siguientes de la LH ¹⁹ (aunque, como ya se ha señalado, lo cierto es que puede acudir a cualquier tipo de procedimiento y no solo a este), se indica que «el que remate los bienes gravados con tal hipoteca *los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos* producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicará a este sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos 1.º y 2.º del 115 de esta ley».

Con esa expresión que se ha subrayado, nuestro legislador ha sembrado dudas acerca de los efectos que esa transmisión de la finca puede tener sobre la posición deudora de las rentas: ¿existe una asunción automática *ope legis* de la deuda por el adquirente de la finca liberándose asimismo el primitivo deudor de toda responsabilidad?; ¿la ley refiere tal consecuencia sólo al caso de ejecución forzosa o también al de enajenación voluntaria de la finca? A continuación se examinará qué ha dicho la doctrina al respecto.

A) Teoría subrogacionista.

Es la tesis defendida por ROCA SASTRE, DE LA RICA, CABELLO DE LA SOTA y LÓPEZ TORRES ²⁰, entre otros autores.

podrán pactar la capitalización. Así pues, ante los sucesivos incumplimientos del deudor, el acreedor podrá hacer aquello que le permita el título constitutivo de su renta: si éste le faculta para, ante determinadas circunstancias, exigir la capitalización de las rentas futuras de un concreto y largo período de tiempo o hasta el momento del término final señalado en la inscripción de la hipoteca, podrá hacerlo; si no se prevé nada, sólo podrá acudir a esas ejecuciones parciales o intentar la aplicación extensiva o análoga de preceptos reguladores de rentas o pensiones. En este último sentido, GARCÍA URBANO señala que «dada la amplitud de los términos de algunos artículos, como el 90 o el 97 del CC, no veo inconveniente para que el Juez autorice a capitalizar la renta de un largo período y a ejecutar la garantía hipotecaria en su totalidad para reducir a metálico el importe de las futuras rentas, asegurar su satisfacción y evitar la onerosa tarea de iniciar sucesivas ejecuciones parciales» (GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 681, nota 21). En cualquier caso, como se dijo al tratar la cuestión de la capitalización y la redención, hay que valorar y tener en cuenta las razones que motivaron la constitución de una prestación periódica y no del pago de un determinado capital a favor de una persona.

¹⁹ Ahora, tras la Ley 1/2000, hay que entender que la remisión se hace al art. 129 LH y al Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades previstas para los bienes hipotecados en su Capítulo V.

²⁰ *Vid.* LÓPEZ TORRES, José M.ª: «Subrogación hipotecaria», *RCDI*, núm. 236, enero, 1948, págs. 9-12. Este autor defiende la subrogación en la hipoteca y en la deuda del rematante y del tercer adquirente en la transmisión voluntaria, porque es así como lo señala el artículo 157 de la LH. Sin embargo, critica que se haya acogido esta figura del modo que se ha hecho, pues esa subrogación da lugar a situaciones anómalas y a «desvirtuar las relaciones jurídicas contraídas con carácter contractual» (LÓPEZ TORRES: «Subrogación hipotecaria», *op. cit.*, pág. 11); critica haber acogido una institución inspirada en ordenamientos extranjeros, con instituciones de carácter abstracto (en cuanto al crédito) y donde existen verdaderas zonas territoriales.

Entienden que ante la transmisión del bien gravado con hipoteca en garantía de prestaciones periódicas se produce automáticamente un cambio en la posición subjetiva de deudor obligado a cumplir esa prestación. Esta obligación pasaría *ope legis* al adquirente de la finca hipotecada.

ROCA SASTRE funda tal afirmación en que «esta asunción constituye una razón vital para la existencia o actuación de la hipoteca de renta» y aunque el artículo 157 de la LH no es explícito en este sentido, hay que interpretarlo así, por ser lo único admisible ²¹.

Este precepto de la LH contempla expresamente el caso de la transmisión de la finca gravada con la hipoteca en garantía de rentas por su ejecución forzosa en reclamación de prestaciones vencidas y no satisfechas.

Y el artículo 157 de la LH es claro: el rematante adquirirá el bien con subsistencia de la hipoteca y «de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento». Es decir, aunque no se usen los términos «subrogación» o «asunción de la deuda», hay que entender, a juicio de los partidarios de esta teoría, que ante la ejecución forzosa de la finca por rentas vencidas e impagadas, la hipoteca subsiste en garantía de las prestaciones aún no vencidas y el adquirente, mientras sea dueño de la finca, asumirá la obligación de satisfacer la renta en el futuro y hasta el vencimiento final de la obligación. Tal conclusión, en su opinión, debe imponerse por la lógica y esencia de este tipo de garantía.

Además, según ROCA SASTRE, el hecho de que se hable en este precepto de la subsistencia de la obligación a pesar de la enajenación forzosa de la finca, aunque no se utilice el término «subrogación en la deuda», es suficientemente indicativo de que hay una intención subyacente en esa idea de subsistencia. Y es que, si el legislador no hubiera querido que el rematante asumiera esa obligación, no tendría sentido que se refiriera sin más a su subsistencia, por tratarse esta de una cuestión que se presupone ²².

Por su parte, DE LA RICA pone de manifiesto en defensa de esta tesis la distinción entre los posibles rematantes de la finca. Así, si, en caso de que sea el propio acreedor pensionista ejecutante el que se adjudique la finca, la hipoteca y la obligación se extinguen ambas a la vez por confusión de derechos (quedando liberado el deudor), debe llegarse a la misma conclusión de liberación total del deudor cuando el rematante sea otra persona. Ésta sería, a su juicio, la solución más justa y por eso es la que se acoge en el párrafo tercero del artículo 157 de la LH. El que adquiere los bienes en la subasta los adquiere con la hipoteca y, al mismo tiempo, con la obligación; y, respecto del primitivo deudor personal, éste queda totalmente liberado ²³.

A consecuencia de esta disposición, DE LA RICA afirma que lo que se ha introducido en nuestro ordenamiento es la posibilidad de que el deudor se libere a su voluntad de su obligación hacien-

²¹ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 504.

²² *Vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 505-506.

²³ *Vid.* DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, págs. 318-319. Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, *op. cit.*, pág. 433; y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 524.

do que esta recaiga sobre otra persona. Le basta con no cumplir, pues sabe que con la ejecución el que adquiera los bienes cargará en el futuro no sólo con la responsabilidad real hipotecaria sino también con la obligación personal. Así sostiene que «hemos construido un tipo de hipoteca que se aproxima más y más a la figura de la hipoteca autónoma, o, por lo menos, se deja a la voluntad del deudor que esto ocurra»²⁴.

Otros argumentos de la teoría subrogacionista son²⁵:

- a) El mismo criterio subrogacionista es acogido por el legislador en el artículo 155, segundo párrafo, de la LH al regular la hipoteca en garantía de títulos.
- b) La subrogación se produciría igualmente por aplicación de las reglas 8.^a y 13.^a del artículo 131 de la LH (en la versión anterior a su modificación por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil).
- c) Normalmente el rematante adquirirá el bien habiendo descontado de su postura el valor de las rentas pendientes; pero si, además, el deudor (que si no se entiende asumida automáticamente la deuda por el adquirente, seguirá siéndolo) satisface las rentas que vayan venciendo, el adjudicatario se enriquece injustificadamente²⁶.
- d) Es el criterio más justo, pues, si no se diera tal solución, el deudor tras perder la cosa aún seguiría debiendo parte de la deuda.
- e) El artículo 157 de la LH excepciona al artículo 118 de la LH.
- f) Se trata de una subrogación que actúa *ope legis*, sin necesidad de que concurra el consentimiento del acreedor, pues, en opinión de CABELLO DE LA SOTA, el artículo 1.205 del Código Civil, que exige tal consentimiento, resulta derogado por la Ley Hipotecaria, especialmente en sus artículos 131 (desde su introducción en la LH de 1909) y 157²⁷.

Hasta aquí el caso de que la transmisión de la finca se haya debido a la ejecución hipotecaria y a la subasta de ese bien con motivo del impago de alguna de las prestaciones ya vencidas. Es a este supuesto al que se refiere el segundo inciso del párrafo tercero del artículo 157 de la LH. En su redacción esta teoría basa fundamentalmente, como se ha visto, su defensa de la subrogación automática en la deuda por el rematante.

¿Pero qué sucede si se transmite voluntariamente la finca a un tercero? Aquí el precepto se muestra aún más confuso.

²⁴ DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación», *op. cit.*, pág. 319.

²⁵ Cfr. GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 699-700.

²⁶ A esto GARCÍA URBANO apunta acertadamente que eso mismo pasa en toda ejecución: *vid.* GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 700, nota 53.

²⁷ *Vid.* CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 130-131 y 148.

ROCA SASTRE y DE LA RICA se apoyan en su expresión «iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero», para afirmar que también en este caso el adquirente de la finca asumirá la deuda, produciéndose la liberación del deudor transmitente del bien. Serían aplicables en este supuesto los mismos argumentos argüidos para defender esta teoría en el caso de ejecución de la finca²⁸. La lógica y la unidad de esta institución imponen, a su juicio, que se acoja un mismo tratamiento para todas las enajenaciones de la finca hipotecada, ya sean voluntarias o consecuencia de una ejecución judicial.

Ahora bien, según la mayoría de los partidarios de esta teoría, en este supuesto de enajenación voluntaria concurre una especialidad: el adquirente será deudor pleno (con responsabilidad tanto sobre la finca hipotecada como sobre el resto de su patrimonio) de las prestaciones aún no vencidas, pero respecto de las prestaciones ya vencidas e insatisfechas su responsabilidad se limita a lo señalado en los artículos 114 y 115, párrafos primero y segundo, de la LH: sería una responsabilidad meramente hipotecaria con el límite de dos anualidades más la parte vencida de la anualidad corriente (o, en virtud de pacto, cinco anualidades), tal y como el artículo 114 de la LH prevé para los intereses, y con posibilidad de ampliación de la hipoteca para cubrir el resto de pensiones no satisfechas con base en el artículo 115 de la LH²⁹. Por su parte, el anterior dueño del bien sería el deudor personal de esas rentas insatisfechas que hubieran vencido con anterioridad a la transmisión de la finca³⁰.

²⁸ Aunque así lo defiende ROCA SASTRE, este autor, ante el silencio del artículo 157 de la LH, reconoce que es aconsejable que en el momento de la transmisión voluntaria de la finca se señale en la escritura o documento que hará de título transmissivo el convenio de las partes al respecto, en cuanto a la asunción de la obligación de pago de las prestaciones futuras por el adquirente. Aun no previéndolo, opina este autor, se llegaría a la misma conclusión al interpretar el artículo 157 de la LH, «pero es preferible dejar desvanecida toda duda o base de discusión» (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 514-515). Así pues, como puede comprobarse, en la práctica, a falta de convenio de las partes (es decir, de asunción voluntaria, expresa y convencional de la deuda), el hecho de que esa asunción actúe *ope legis* dependerá en la práctica de la actuación de las partes y de la decisión del juez ante el conflicto existente. Y esto es así porque el artículo 157 de la LH no es claro en la determinación de las consecuencias de la transmisión (especialmente en la voluntaria) de la finca sobre la obligación garantizada.

²⁹ Al respecto, hay que destacar cómo en el artículo 156 de la LRH de 1944 se remitía al artículo 115 de la LH al completo; mientras que cuando este precepto se introdujo ya en la LH actual la remisión se limitó a los primeros dos párrafos. Sobre esa remisión a los párrafos primero y segundo del artículo 115 de la LH, omitiendo el párrafo tercero, donde contempla la facultad del acreedor de pedir ampliación de la hipoteca sobre otros bienes del deudor cuando la finca hipotecada sea de propiedad, no del deudor como es el supuesto de los dos primeros párrafos, sino de un tercero, ROCA SASTRE entiende que la no alusión en el artículo 157 de la LH a ese párrafo tercero del artículo 115 de la LH obliga a entender que en lo que pensaba el legislador era en que el dueño del bien hipotecado en garantía de una obligación rentaria siempre era deudor de dicha obligación: «como todo propietario de la cosa gravada con hipoteca de renta es deudor personal de las rentas o pensiones que venzan durante su señorío dominical, el acreedor podrá obtener ampliación de la hipoteca para asegurar aquellas rentas o pensiones debidas por el propietario y que no estén cubiertas conforme al sistema del artículo 114 de la ley» (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 512). Del mismo parecer es CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, pág. 146. Sin embargo, RUIZ ARTACHO (autor no partidario de esta teoría subrogacionista) considera que, a pesar de que no se aluda al párrafo tercero del artículo 115 de la LH, cuando el propietario de los bienes sea un tercero (que, en su opinión, no tiene por qué ser deudor personal) el acreedor también podrá pedir la ampliación de la hipoteca sobre otros bienes del deudor, y ello porque esa omisión es debida a que el artículo 157 de la LH en el último inciso de su tercer párrafo sólo pretendía «señalar efectos de la hipoteca con relación a tercero y no en cuanto al deudor» (RUIZ ARTACHO: «La hipoteca...», *op. cit.*, pág. 226).

³⁰ *Vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 504 y ss.; y DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, págs. 319-320.

Respecto de esa cuestión de qué sucede con esas rentas insatisfechas anteriores a la transmisión y que no cubre la responsabilidad real del adquirente subrogado en la deuda, REY PORTOLÉS critica esa solución dada por ROCA SASTRE de considerar que respecto de ellas solo responde, personalmente, el deudor transmitente: «ello significaría que anómalamente (art. 1.169 CC) la obligación se habría escindido entre dos sujetos, dando lugar de esta suerte a una atípica asunción

CABELLO DE LA SOTA, sin embargo, considera que el límite señalado por el artículo 114 de la LH solo puede ser referido a los terceros titulares de un derecho real inscrito (pero que no sea el de dominio) sobre el bien hipotecado. Al hipotecante no deudor y al tercer poseedor no les afectaría esta limitación dado que se eludió la remisión al párrafo tercero del artículo 115 de la LH ³¹.

Para este autor, además, es aplicable íntegramente el artículo 116 de la LH, dado que en esta hipoteca las pensiones tienen el juego propio de las prestaciones censales. En consecuencia, se garantizarían todas las prestaciones vencidas y no satisfechas aunque la finca esté en manos de un tercer poseedor. Este adquirente asumiría la obligación y la responsabilidad real respecto de todas las pensiones atrasadas, sin aplicación de las limitaciones establecidas por el artículo 114 de la LH. Por lo tanto, el acreedor tendrá que dirigirse contra el dueño actual de la finca, que deberá responder, sin perjuicio de las acciones que pudieran reconocérsele contra el anterior dueño (verdadero deudor de las prestaciones insatisfechas que vencieron en el período durante el que disfrutó de la propiedad de la finca) ³².

Ahora bien, sí que jugaría aquí el límite de la prescripción: así, el adquirente de la finca responde personal y realmente de las rentas impagadas durante los últimos cinco años, pues las anteriores habrán prescrito conforme al artículo 1.966 del CC. Todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros titulares de derechos reales inscritos (no de dominio), que tampoco se verán perjudicados por la eventual ampliación de hipoteca *ex* artículo 115, párrafo segundo, de la LH ³³.

En conclusión, para estos autores, el adquirente del bien hipotecado en garantía de rentas o prestaciones periódicas es siempre deudor de la obligación garantizada, ya se haya transmitido el bien por la ejecución de la hipoteca ya se trate de una transmisión voluntaria.

Con la finca se adquirirá no sólo la responsabilidad real hipotecaria (como en toda hipoteca normal, aunque la especialidad aquí se manifiesta por la subsistencia de la hipoteca a pesar de su ejecución, para garantizar las rentas aún no vencidas), sino también la obligación de cumplir con una prestación periódica mientras sea dueño del bien gravado. El primitivo deudor quedaría liberado totalmente para el futuro, sin que pueda repetirse nada contra él ³⁴.

En opinión de los defensores de esta teoría, el dueño del bien gravado es siempre deudor de la obligación garantizada, de modo que rechazan rotundamente la posibilidad de que ante este tipo de obligación de prestación periódica se constituya hipoteca en garantía de deuda ajena. Nunca se producirá una separación entre la posición de deudor personal y sujeto pasivo de la hipoteca, tal y como

que ni siquiera sería acumulativa sino *distributiva*» (REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada», en REY PORTOLÉS, Juan Manuel: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 145).

³¹ Vid. CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 147-148 y 155.

³² Vid. CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 134-135.

³³ Vid. CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, pág. 156.

³⁴ Del mismo modo sucede en el Derecho suizo, en la carta de renta: cfr. artículo 851 del CC suizo y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 510, nota 47.

puede ocurrir en la hipoteca normal. Por esta misma razón, ROCA SASTRE califica a la obligación garantizada con esta hipoteca como de «obligación *ob rem, propter rem* o *in rem scripta*»³⁵.

Esta hipoteca es accesoria de la obligación en su origen; pero, afirma DE LA RICA, cuando un tercero adquiere la finca es la obligación la que se convierte en accesoria, «en anejo inseparable de la hipoteca»; «en estos supuestos la obligación personal se adhiere inseparablemente a la responsabilidad real, y si *ab initio*, fue el sustentáculo principal de una garantía accesoria, luego se convierte, a su vez, en una accesoria o yuxtaposición de ésta, de tal modo, que quien sufra la responsabilidad real de la finca, por razón de título dominical, ha de soportar además, como un anejo o suplemento, la obligación derivada del crédito personal»³⁶.

SANZ FERNÁNDEZ, sin embargo, entiende que la solución de la asunción automática de la deuda, que defiende para el supuesto de la ejecución del bien hipotecado, no puede aplicarse al caso de transmisión voluntaria o extrajudicial de la finca³⁷.

Destaca la diferencia existente entre los incisos segundo y tercero del párrafo tercero del artículo 157 de la LH. El primero de ellos se refiere al adquirente de la finca a partir de un procedimiento de ejecución, determinando claramente su subrogación en la deuda. Pero, en el último inciso no se hace referencia a la obligación garantizada, sino tan sólo a la hipoteca: «iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero». Además, advierte, no existe referencia al supuesto del tercer poseedor sino de la existencia de un tercero, en sentido amplio; esto viene avalado por la remisión hecha a los artículos 114 y 115 de la LH, que aluden al supuesto de tercero en sentido lato, mientras que no dice nada del artículo 116 referido al tercer poseedor³⁸.

Ante esto, SANZ FERNÁNDEZ concluye que el caso de la transmisión extrajudicial voluntaria de la finca hipotecada, en cuanto a sus efectos sobre la obligación garantizada, no está previsto en el artículo 157 de la LH, de modo que serán aplicables las reglas generales; entre ellas, la posibilidad de que esa transmisión no conlleve la asunción de la deuda por el adquirente, salvo que este y el acreedor así lo consientan.

A juicio de SANZ FERNÁNDEZ demuestra tal afirmación lo siguiente: «a) La consideración de que el párrafo primero del artículo comentado, configura esta forma de garantía como una hipoteca normal,

³⁵ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 512. En contra de esta calificación se manifiesta DE COSSÍO Y CORRAL (*vid.* DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, *op. cit.*, pág. 325). Cfr. CABELLO DE LA SOTA: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 112 y ss. Este autor diferencia entre dos situaciones: que la obligación rentaria se haya constituido designando una persona obligada, o sin designación concreta de ese sujeto sino a través de una obligación *ob rem*.

³⁶ DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, págs. 320-321.

³⁷ *Vid.* SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, *op. cit.*, págs. 438-439.

³⁸ ROCA SASTRE, por su parte, entiende que en el artículo 157 de la LH con el término «tercero» se hace referencia al tercer adquirente o tercer poseedor de la finca hipotecada, y en su opinión eso viene confirmado por la remisión que hace al artículo 114 de la LH (cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 510). Asimismo, sobre los peligros de equiparación entre los «intereses de un capital» y las «rentas, pensiones o prestaciones periódicas» y la aplicación sin más a la hipoteca de rentas del sistema de limitación de intereses que el artículo 114 de la LH establece en defensa del tercero, *vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 507-509.

es decir, de carácter accesorio, en que se permite el juego independiente y la transmisión, asimismo independiente, de crédito e hipoteca. b) La circunstancia de que ni expresa ni tácitamente se prohíba la constitución de hipoteca en garantía de deuda periódica ajena, cuya admisión sería absurda si no se admitiera después la transmisión independiente de una y otra. c) La indudable aplicación que, dado el silencio del artículo 156³⁹, hay que dar al artículo 118, destinado a regular esta hipótesis»⁴⁰.

B) Teoría no subrogacionista.

La redacción del artículo 157 de la LH parece dar a entender que es el rematante el que «adquiere» la deuda con la finca, pero la interpretación del precepto cabe hacerla en otro sentido.

Lo que propone esta tesis, defendida entre otros por RUIZ ARTACHO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y REY PORTOLÉS⁴¹, es considerar que el precepto se limita a señalar que, junto a la especialidad de que subsista la hipoteca ejecutada, hay que tener en cuenta que aún subsiste la obligación de pagar las pensiones futuras. Pero se limita a indicar la permanencia de la obligación sin imponer al rematante su asunción. Esa obligación seguiría estando a cargo del deudor⁴².

Afirman que del artículo 157, párrafo tercero, de la LH solo se puede inferir que tras la ejecución de la hipoteca tanto ésta como la obligación (al ser de tracto continuado) perduran; pero no cabe derivar ninguna consecuencia sobre el cambio del sujeto pasivo en la obligación: ésta permanece inmutable en todos sus aspectos, y la única que cambia su sujeto pasivo es la hipoteca (pues es de esencia a toda garantía hipotecaria que el sujeto pasivo de la misma sea el dueño del bien hipotecado).

Y en el caso de que la transmisión sea voluntaria sucedería lo mismo: tampoco se produciría esa pretendida subrogación en la deuda por el adquirente. Este solo tendrá la responsabilidad real derivada de la hipoteca que grava el bien adquirido, aunque, eso sí, limitada en los términos señalados por los artículos 114 y 115, párrafos primero y segundo, de la LH⁴³.

Los defensores de esta teoría ponen de manifiesto fundamentalmente los graves inconvenientes que supone acoger la teoría subrogacionista y, en defensa de la no asunción automática de la deuda

³⁹ El número del precepto comentado pasó a ser en la actual Ley Hipotecaria el artículo 157, al que hay que entender hecha la referencia actualmente.

⁴⁰ SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, op. cit., pág. 439.

⁴¹ Vid. REY PORTOLÉS: «La pretendida...», op. cit., págs. 142 y ss.

⁴² A este respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma que «el dueño (el adquirente de la finca) puede tener la carga de pagar la deuda, pero nunca la obligación personal de hacerlo» (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, op. cit., pág. 314).

⁴³ Cfr., entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La hipoteca inmobiliaria», en DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.): *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos reales*, Colex, Madrid, 2004, pág. 571; DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, op. cit., pág. 325; RUIZ ARTACHO: «La hipoteca...», op. cit., pág. 226; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, op. cit., pág. 317.

por el adquirente, alegan, además de la interpretación indicada de esa expresión conflictiva del artículo 157 de la LH, lo siguiente ⁴⁴:

- a) Como pilar angular de su fundamentación se refieren a los artículos 1.205 del CC y 118 de la LH, que exigen el consentimiento del acreedor para que el deudor quede liberado de su obligación y un tercero asuma la deuda. No existe ningún motivo para que se excepcione este precepto en el caso de la hipoteca en garantía de rentas; ni la redacción del artículo 157 de la LH es base suficiente para ello ni para presumir un consentimiento tácito del acreedor.
- b) Respecto del argumento basado en las reglas 8.^a y 13.^a del artículo 131 de la LH (precepto que fue modificado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), señalan que realmente estas normas se refieren a obligaciones reales y que lo que buscan es simplemente que al posible rematante se le informe de las cargas que quedarán subsistentes sobre el bien ejecutado y, para evitar contiendas posteriores, se le requiere que con carácter previo al remate acepte dichas cargas. Pero se trata de una mera norma procesal, de la que ni siquiera puede extraerse una exactitud plena en cuanto a su contenido, pues en muchos casos es difícil la tarea de señalar la preferencia de un gravamen e, incluso, en muchos casos los créditos privilegiados o cargas preferentes tienen una existencia extrarregistral. Por todo ello, las consecuencias que de estas reglas pretenden derivar los defensores de la teoría subrogacionista carecen de fundamento ⁴⁵.
- c) También alegan el principio de accesoriidad, por el que lo accesorio (la hipoteca) siempre sigue a lo principal (el crédito), y no al revés, como propugna la teoría subrogacionista. Por eso los cambios en la titularidad de la finca no pueden afectar a la obligación ni imponer un cambio en la posición del sujeto pasivo obligacional.
- d) El rechazo de los defensores de la subrogación a la figura del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, carece de base legal y jurisprudencial. El admitir esa asunción automática supone negar la posibilidad de que deuda y responsabilidad real se separen y tal rechazo no se infiere de nuestro ordenamiento ni de nuestra jurisprudencia.
- e) Una vez admitida la posibilidad de que exista un hipotecante no deudor o un fiador real, no hay inconveniente en admitir la posibilidad de que en este tipo de hipoteca, como en todas, sean diversas las personas que asuman la obligación personal y la responsabilidad hipotecaria. De modo que la transmisión de la finca hipotecada no conlleva *per se* la transmisión de la deuda garantizada.
- f) De igual modo es criticable la solución dada al caso de que el rematante de la finca sea el propio acreedor pensionista. Determinar la extinción de la obligación por confusión de derechos no hace sino dar lugar a resultados injustos ⁴⁶.

⁴⁴ Cfr., entre otros, GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 701-704; REY PORTOLÉS: «La pretendida...», *op. cit.*, págs. 144-146; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 318; y RUIZ ARTACHO: «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 222 y ss.

⁴⁵ Sobre este artículo 131 de la LH y su crítica como argumento de la asunción automática de la deuda por el rematante, *vid.* REY PORTOLÉS: «La pretendida...», *op. cit.*, págs. 130 y ss. y 144.

⁴⁶ Al respecto, GARCÍA URBANO señala un ejemplo de la injusticia que se puede cometer en determinados casos: «A cede finca a B a cambio de una determinada renta; B constituye hipoteca sobre la finca; B no paga y A ejecuta, adjudicándose

- g) Otra injusticia que se comete con la defensa de la teoría subrogacionista que ponen de manifiesto los que niegan esa asunción automática de la deuda por el adquirente es la de propiciar el fraude, pues al deudor le basta con no pagar para desligarse de toda responsabilidad real y personal. Incluso se le premia por no cumplir alguna de las prestaciones con la exoneración de pagar las demás.
- h) Afirman que no es comprensible la consideración que se tiene para con el deudor, siendo como es el único que ha incumplido, argumentando a favor de la asunción automática de la deuda el hecho de que sería injusto que el deudor además de haber visto salir de su patrimonio la finca ejecutada se viera obligado a continuar pagando la renta.
- i) Además, esa subrogación opera con total desconocimiento del vínculo obligacional (no atiende al tipo de obligación, que puede ser de hacer algo para lo que el adquirente y nuevo deudor no está capacitado o que le resulte excesivamente incómodo, ni tampoco al hecho de que en muchas ocasiones esas rentas se convienen *intuitu personae*) y de la solvencia del nuevo deudor (lo que, sin duda, es de sumo interés para el acreedor, a quien como consecuencia de la insolvencia de ese adquirente se le obliga a acudir a la ejecución de la hipoteca).
- j) Por último, advierten estos autores de los inconvenientes que para el mercado supone acoger la teoría subrogacionista: los potenciales adquirentes de bienes hipotecados en garantía de prestaciones periódicas se lo pensarán mucho antes de acordar tal adquisición, pues saben que con ello asumen también una deuda personal (a lo que muchos no estarán dispuestos), de la que responden no sólo con el bien hipotecado sino con todo su patrimonio.

En el marco de la teoría de la no subrogación automática en la deuda, DE COSSÍO Y CORRAL acoge una postura particular, indicando que en la hipoteca de rentas el rematante, igual que el tercer adquirente, solo asume la obligación de «soportar la ejecución en la medida señalada por los artículos 114 y 115 de la LH»⁴⁷.

C) Otras teorías.

Junto a estas teorías que podíamos denominar principales, nos encontramos con otras secundarias o minoritarias.

En principio, así pueden denominarse las tesis que introducen ciertos matices diferenciales en las teorías principales indicadas. Es el caso de la postura defendida por CABELLO DE LA SOTA, quien, como se ha indicado, además de afirmar la subrogación en la deuda del rematante y del adquirente de

la finca por no haber posturas dignas y consignando a favor de B el exceso entre el importe de lo adeudado y el valor de remate. Resultado: B, que adquirió la finca y ha venido disfrutándola sin llegar a pagar nada, incumple su obligación, ve perder la finca, pero retiene el importe del exceso del valor. A, que se desprendió de su finca, tiene que acudir a una ejecución, y pagar ese exceso para recuperar la finca, pero nunca llegó a percibir una sola pensión» (GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 702, nota 55).

⁴⁷ DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, *op. cit.*, pág. 325.

la finca hipotecada, propugna que el adquirente asume no solo la obligación de pagar las pensiones futuras sino también la de cumplir con todas las rentas ya vencidas e impagadas, siempre que no hubieran prescrito, y sin que se pueda acudir a la aplicación en su favor del artículo 114 de la LH ⁴⁸.

Igualmente cabe citar a SANZ FERNÁNDEZ, que se postula a favor de la subrogación automática, pero sólo en el caso de la transmisión judicial, no en la voluntaria ⁴⁹.

También nos encontramos con la propuesta de considerar que el adquirente asume la deuda pero el primitivo deudor no se libera, sino que ambos (adquirente y deudor) son responsables solidarios frente al acreedor ⁵⁰.

Tal postura, igual que la defendida por CABELLO DE LA SOTA, carece de fundamento legal (incluso se contradice con el propio tenor literal del art. 157 LH) y proporciona al acreedor una sobreprotección injustificada.

Otra interesante tesis es la propugnada por GARCÍA URBANO ⁵¹, quien señala que el principal argumento en contra de la subrogación automática se encuentra en el artículo 1.205 del CC. Pero advierte de que el artículo 157 de la LH dice lo que dice y será por algo, pues para indicar meramente que el deudor sigue siéndolo y el adquirente sólo responde con la finca no era necesario este precepto.

Entiende que, lógicamente, alguna explicación hay que dar a esa expresión conflictiva del artículo 157 de la LH; no se trataría tanto de criticar la teoría subrogacionista sino de dar una explicación más lógica y que suponga menos inconvenientes a la referencia del artículo 157 de la LH a la adquisición del bien hipotecado con subsistencia de la hipoteca y «de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento».

En consecuencia, este autor propone lo siguiente: «El adquirente de finca gravada con hipoteca rentaria se convierte, por ministerio de ley, en fiador personal del deudor, sea el inicial u otro diferente, por haber mediado, en este último caso, consentimiento del acreedor» ⁵².

Esto es, el adquirente del bien gravado responderá de la deuda pero no será deudor; responde únicamente como fiador y su situación jurídica se regirá por las reglas de la fianza (arts. 1.822 y ss. CC). De este modo el acreedor podrá dirigirse contra este adquirente para ejecutar la finca hipotecada, pero también podrá actuar a través de la acción personal contra el resto de su patrimonio. Después el adquirente tendrá derecho de repetición contra el deudor ⁵³.

⁴⁸ *Vid.* lo señalado al respecto en el apartado dedicado a la teoría subrogacionista.

⁴⁹ Véase nota 48.

⁵⁰ Cfr. GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 697-698.

⁵¹ *Vid.* GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 704-706.

⁵² GARCÍA URBANO: «Comentario al artículo 157 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 705.

⁵³ Por supuesto que el deudor sigue siéndolo y responderá como tal, salvo que el acreedor haya consentido su sustitución por otra persona, que si es ese adquirente, implica ya una asunción convencional de la deuda, acorde con los términos del artículo 1.205 del CC, de modo que el adquirente adquiriría la condición de deudor en sentido pleno y no de fiador.

Esta situación de fiador se mantendrá mientras siga siendo dueño del bien gravado y cuando deje de serlo solo responderá de aquellas rentas que se devengaron y no fueron satisfechas durante el período en que ostentó la propiedad del bien.

Para obtener la condición de fiador no se necesitaría el consentimiento del acreedor y para perderla tampoco sería necesario dicho concurso.

D) Conclusiones. Efectos de la transmisión del bien hipotecado sobre la obligación garantizada.

El artículo 157 de la LH, en su apartado tercero, es sin duda un precepto muy confuso en su redacción, lo que ha motivado estas diferentes interpretaciones doctrinales respecto del alcance que debe darse a la transmisión de la finca hipotecada en garantía de una obligación de prestaciones periódicas.

Pero no hay que olvidar que lo que se regula en esta norma es una hipoteca y, como tal, participa de la naturaleza, esencia, funciones y efectos de cualquier hipoteca.

Ciertamente tiene peculiaridades. Como las tienen todas las modalidades hipotecarias. Pero esas especialidades se basan en las propias características de la obligación garantizada y ello no debe motivar su desnaturalización como derecho real de garantía.

La particularidad de la hipoteca en garantía de rentas reside, como ya se ha señalado, en que la obligación garantizada es de tracto continuado o de vencimientos sucesivos, lo que exige reconocer al tratamiento de la propia obligación y de la garantía ciertas notas especiales.

Notas como la subsistencia de la hipoteca a pesar de su ejecución: la hipoteca seguirá garantizando el cumplimiento de las sucesivas y futuras pensiones. O el hecho de tener que advertir de la subsistencia de la obligación a pesar de la ejecución de la hipoteca, porque, así como en las hipotecas ordinarias que garantizan la entrega de un capital con la ejecución de los bienes hipotecados normalmente se obtiene el importe necesario para cumplir la obligación y así extinguirla, en este caso, la ejecución de la hipoteca (salvo que venga motivada por el impago de las últimas pensiones devengadas) supone la obtención de un capital para el pago de las rentas causantes de la ejecución pero no la extinción por pago de toda la obligación, pues seguirán venciendo otras pensiones garantizadas.

Por eso no está de más esa advertencia del artículo 157 de la LH al rematante de que subsiste la hipoteca y la obligación. Así toma desde ya conciencia de que su adquisición no es libre de cargas, pues, en este caso, sobre el bien sigue pesando la hipoteca ejecutada y en garantía de la misma obligación, por las nuevas prestaciones periódicas hasta su total vencimiento (señalado en la inscripción de la garantía: cfr. art. 248 RH). Ciertamente es que podría haberse redactado mucho mejor este precepto. Utilizar la expresión de «adquirir la finca con subsistencia de la hipoteca y de la obligación» parece que, a primera vista, da a entender que el rematante adquiere la finca, la hipoteca y la obligación.

Por otro lado, no hay que olvidar que, como en todas las situaciones de fianza personal, el fiador ostenta frente al acreedor el beneficio de excusión sobre los bienes del deudor (cfr. art. 1.830 CC).

Así lo interpretan los defensores de la teoría subrogacionista. Pero no es así. En ningún momento se habla de adquisición de la hipoteca ni de la obligación, sino de «subsistencia». No se habla de subrogación en la deuda. El rematante no asume la deuda por *ministerio legis*. Lo único que se señala es que el rematante tiene que tener en cuenta que su adquisición no ha sido consecuencia de una ejecución hipotecaria cualquiera; que el bien sigue gravado por esa hipoteca en garantía de una obligación también subsistente, pero, eso sí, de la que sigue respondiendo personalmente el deudor. Únicamente se indica la permanencia de la obligación sin imponer su asunción por el adquirente.

Podría decirse que esto no era necesario señalarlo porque ya se sobreentendía: tal vez, pero, repito, tampoco está de más advertir al rematante de su situación. Esa advertencia viene suscitada por la especialidad de la obligación garantizada (una obligación de tracto continuado).

Menos justificado es, a mi juicio, sacar conclusiones como la «subrogación *ope legis* en la deuda» (con las graves consecuencias que de ello se derivan para el adquirente de la finca, el acreedor pensionista e, incluso, para el tráfico y el mercado hipotecario) sin que en el precepto se hable de asunción o subrogación. Una excepción como ésta a la necesidad del consentimiento del acreedor prevista en el artículo 1.205 del CC y 118 de la LH para la novación en la posición deudora, exigiría que, por lo menos, el legislador hubiera manifestado claramente tal intención. Y no ha sido así.

ROCA SASTRE afirma que la subrogación en la deuda del rematante y adquirente de la finca es de esencia al funcionamiento de esta hipoteca⁵⁴. ¿Por qué? La seguridad y garantía de la obligación garantizada la puede proporcionar la hipoteca perfectamente aunque el responsable personal y el real de la deuda sean diversas personas. Así se reconoce en todas las hipotecas y no se entiende por qué en este caso no puede ser así; por qué el dueño de la finca debe ser siempre deudor. Las ventajas que de esto último pueden derivarse son ínfimas comparadas con los inconvenientes resultantes, puestos de manifiesto por los partidarios de la teoría no subrogacionista.

Algunos sostienen que el criterio subrogacionista es el más justo, pues, de lo contrario, el deudor, tras perder la finca, seguiría debiendo las prestaciones futuras. Pero la cuestión es que fue él quien asumió desde el principio esa obligación de prestaciones periódicas y sabía que, de no cumplir con alguna de ellas, podría ejecutarse la hipoteca y perder, en su caso, la finca.

Además, se trata de una obligación de tracto continuado y la esencia de su garantía hipotecaria radica en que puede ejecutarse parcialmente cada vez que se incumpla una prestación. No es comprensible por qué se le hace al deudor objeto de toda la protección cuando es justamente el que ha incumplido.

Por otro lado, este criterio de injusticia se sustenta por el hecho de que no admiten las figuras del hipotecante no deudor y del tercer poseedor; pero si en buena lógica las admitieran, entonces en ese caso esa injusticia no sería tal o, al menos, lo sería en la misma medida que en cualquier modalidad de hipoteca: el que perdería la finca sería el propietario del bien, no el deudor. Entonces, ¿qué injusticia

⁵⁴ Vid. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 504.

habría? Se empeñan en imponer la asunción de la deuda (con lo que no tendría cabida la situación de propietario no deudor) como criterio para impedir que se cometan injusticias sobre el deudor, cuando precisamente la injusticia sólo tiene lugar como consecuencia de negar la posibilidad de esa diversificación de la responsabilidad personal y real en distintas personas. Es decir, argumentan con la injusticia su teoría de la subrogación, siendo la defensa de esta tesis la motivadora de tal injusticia.

Por iguales motivos hay que criticar que se defienda, como hace DE LA RICA ⁵⁵, que, si el rematante es el propio pensionista acreedor, la obligación se extinga, porque eso sería admitir una situación injusta: entonces, el pensionista, por el incumplimiento voluntario del deudor y por el hecho de que, al ser la única o mejor opción, se le adjudique a él la finca, se queda injusta e injustificadamente sin su derecho a cobrar una pensión periódicamente tal como se determinó en su tiempo a su favor por ambas partes acreedora y deudora o por un tercero.

En este caso, es cierto que la hipoteca se extinguiría, pues en nuestro ordenamiento no se admite la hipoteca de propietario (a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán), pero no cabe decir lo mismo de la obligación: ésta subsiste y lo hace en la persona del deudor personalmente obligado a la prestación desde el principio. El acudir a la figura de la confusión de derechos supone negar al acreedor su derecho a la prestación y ésta es una consecuencia injusta de la insistencia en aplicar la regla de la asunción automática de la deuda por el rematante, sin reparar en el perjuicio que ello conlleva para el pensionista.

Y esta misma solución es aplicable al caso de que el rematante sea un tercero: subsiste la hipoteca (el propietario de la finca no es el acreedor hipotecario y, por tanto, no se daría el supuesto de la hipoteca de propietario) y también la obligación «hasta su vencimiento» (pues se trata de una obligación de tracto continuado en la que las prestaciones siguen devengándose a pesar de la ejecución de la hipoteca que garantiza esa obligación), pero a cargo del primitivo deudor: no hay, por tanto, asunción automática de la deuda por el adquirente y liberación del deudor.

Del mismo modo resulta injusto, y propicia el fraude, que con la defensa de la teoría subrogacionista se dote al deudor de la facultad de liberarse de la obligación incumpliendo la misma y haciendo que recaiga sobre otra persona ⁵⁶.

Es cierto que aquí como en todas las obligaciones se deja a la voluntad del deudor la satisfacción del interés del acreedor: el deudor puede cumplir o no voluntariamente con la prestación; si es que no, se procede a la satisfacción forzosa y ya está.

Pero el problema en este caso radica en que el deudor impone a su voluntad el cambio de deudor, desconociendo las razones que motivaron el nacimiento de una obligación de prestaciones periódicas (y no una de entrega de un capital determinado) y la situación de solvencia del nuevo deudor; circunstancia ésta que claramente interesa al acreedor, pues puede perjudicarlo (posible perjuicio que

⁵⁵ Vid. DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, págs. 318-319.

⁵⁶ Cfr. DE LA RICA Y ARENAL: «La obligación...», *op. cit.*, pág. 319.

es el fundamento de la exigencia de su consentimiento para la novación del deudor, de acuerdo con los artículos 1.205 del CC y 118 de la LH, que en absoluto quedan derogados por el art. 157 LH).

Esta misma postura de no asunción automática de la deuda es la que defiende también para el adquirente voluntario de la finca hipotecada.

Ciertamente la expresión de «iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero» no es afortunada, sino más bien confusa. Sin embargo, si se han de aplicar los mismos efectos que los que se deducen del inciso anterior, como se ha expuesto y a falta de declaración legal de la existencia de subrogación en la deuda, tampoco debe entenderse que el adquirente voluntario de la finca asuma automáticamente la deuda. Simplemente se producirán los efectos de subsistencia de la obligación y de la hipoteca; y esto aun cuando se ejecute la hipoteca sobre el bien ya propiedad del tercero.

Además, utilizando el mismo argumento que ROCA SASTRE⁵⁷, aunque con objetivos distintos, la lógica y la unidad de la institución imponen acoger la misma solución para cualquier adquirente de la finca hipotecada (se trate de una transmisión voluntaria o forzosa).

Como en toda hipoteca cabe que las posiciones de responsable personal y responsable real recaigan sobre personas distintas. El responsable personal cambiaría en caso de asunción voluntaria de la deuda por el adquirente con el consentimiento del acreedor (arts. 1.205 CC y 118 LH) o por la imposición de dicha subrogación por la ley (lo que no se produce en este caso). El responsable real hipotecario es siempre el dueño del bien gravado, por la propia naturaleza de la hipoteca: ésta otorga la facultad de perseguir el bien para su ejecución cualquiera que sea su poseedor actual.

El rechazo⁵⁸ de los defensores de la subrogación a la figura del hipotecante no deudor o del tercer poseedor carece de base legal y jurisprudencial y cercena las bases sobre las que se fundamentó el crédito territorial y su protección, eliminando del mercado potenciales adquirentes de bienes hipotecados. No hay por qué hacer excepciones sobre esta cuestión en la hipoteca en garantía de rentas.

Eso sí, respecto de ese tercer poseedor adquirente voluntario de la finca hipotecada, se prevé una especialidad: únicamente responderá (pero solo con el bien hipotecado) en los términos previs-

⁵⁷ Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 506 y ss.

⁵⁸ Pero el caso es que estos mismos autores se plantean en ciertos casos la posibilidad de estas figuras subjetivas y la negación por tanto de una subrogación *ope legis* en la deuda. Así, SANZ FERNÁNDEZ niega la asunción de la deuda en el caso de la adquisición voluntaria de la finca; pero da unas razones que bien valen para el supuesto de la adquisición en subasta judicial (*vid.* SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, *op. cit.*, pág. 439). Asimismo, ROCA SASTRE también muestra dudas en el caso de la adquisición voluntaria: ante el silencio del artículo 157 de la LH, reconoce que es aconsejable que en el momento de la transmisión voluntaria de la finca se señale en la escritura o documento que hará de título transmissivo el convenio de las partes al respecto en cuanto a la asunción de la obligación de pago de las prestaciones futuras por el adquirente. Aun no previéndolo, opina este autor, se llegaría a la misma conclusión al interpretar el artículo 157 de la LH, «pero es preferible dejar desvanecida toda duda o base de discusión» (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 514-515). Así pues, este autor reconoce que su postura sobre la subrogación *ope legis* en la deuda puede ponerse en duda, aconsejando el pacto de asunción de deuda: lo reconoce para la transmisión voluntaria pero en mi opinión lo mismo cabría decir de la transmisión forzosa.

tos por el artículo 114 de la LH para los intereses; responderá de las pensiones vencidas e insatisfechas en el momento de la ejecución correspondientes a dos anualidades más las vencidas en la anualidad corriente (con posibilidad de que se pacte la cobertura hipotecaria por cinco anualidades). Igualmente cabría pedir ampliación de la hipoteca, en los términos señalados en los párrafos primero y segundo del artículo 115 de la LH.

Así pues, en mi opinión, no existiría asunción automática de la deuda por el adquirente de la finca hipotecada en ningún caso. No hay base legal suficiente para ello y, sin embargo, existen razones de justicia e interés para el mercado y para el funcionamiento y esencia del crédito hipotecario que imponen la aplicación de las reglas típicas de toda hipoteca. La posibilidad de que exista un tercero no deudor dueño de la finca es clara en todas las hipotecas y el caso de la hipoteca en garantía de rentas no merece ser considerada como una excepción.

La consideración como una modalidad hipotecaria más es lo más lógico y plausible en estos casos, resultando del todo punto innecesario acudir a construcciones extrañas como la subrogación automática en la deuda u otras propuestas como la de GARCÍA URBANO de considerar al adquirente como un fiador personal del deudor.

Negando la subrogación automática se rechaza también el supuesto que sirve de base a parte de la doctrina para calificar a la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas como un supuesto de crisis del principio de accesoriedad. Esto es, en consecuencia dejaría de tener base jurídica razonable el afirmar que, con la asunción automática de la deuda por el adquirente de la finca, es la obligación la que sigue a la hipoteca, es la responsabilidad personal la que sigue a la responsabilidad real, invirtiéndose, en consecuencia, los clásicos términos principal y accesorio de la relación. Negado el presupuesto, debe negarse su consecuencia.

III. LA TRANSMISIÓN DEL BIEN HIPOTECADO EN LA HIPOTECA INVERSA

1. Concepto y características de esta nueva figura hipotecaria.

La hipoteca inversa, pese a que se ha ido introduciendo tímidamente en nuestro mercado hipotecario y económico por algunas entidades bancarias (especialmente Cajas de Ahorro) bajo la denominación de hipoteca pensión, no ha sido objeto de regulación legal hasta ahora, con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. En la disposición adicional primera de esta ley de reforma se acoge la regulación relativa a la hipoteca inversa⁵⁹.

⁵⁹ En el anteproyecto de esta Ley se denominaba también a esta figura «hipoteca pensión», expresión no acogida ya en el proyecto de ley ni en la Ley 41/2007.

Según la definición de esta figura hipotecaria prevista en la Ley 41/2007, se entenderá por hipoteca inversa «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que se cumplan determinados requisitos que se señalan a continuación:

- «a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.
- b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- c) Que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.
- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.»

De esta definición resulta criticable el haber incurrido en una grave incoherencia con el sistema hipotecario general.

La hipoteca en nuestro ordenamiento se define como un derecho real constituido en garantía de un determinado crédito; pero no como el crédito garantizado con hipoteca. Esto es, en su definición la hipoteca no viene explicada como una asimilación o identificación con el crédito garantizado pues son claramente derechos subjetivos de distinta naturaleza: real, la hipoteca; personal, el crédito garantizado.

Sin embargo, esta Ley 41/2007 utiliza el término «hipoteca inversa» para referirse no al derecho real sino al «préstamo o crédito garantizado con hipoteca» con determinados requisitos.

Centrando la cuestión en la razón de ser de esta institución, puede señalarse que a través de esta hipoteca lo que se pretende es proporcionar a propietarios de viviendas la vía para obtener determinado importe de dinero, ya sea en un solo pago ya sea periódicamente en forma de rentas, de una entidad de crédito (prestamista), que se asegurará la devolución de esas cantidades entregadas (más los intereses y otros conceptos devengados) con el valor del inmueble en el momento en que proceda esa restitución.

Se prevén como instrumentos eficaces para que determinadas personas de edad avanzada o con incapacidad grave, con pensiones bajas económicamente, con dificultades económicas y para obtener liquidez mediante otros mecanismos financieros, y que cuenten con una vivienda propia, ya pagada y sin cargas hipotecarias sobre ella, puedan conseguir un complemento dinerario a sus pensiones que les permita hacer frente a los gastos de conservación o reparación de la vivienda, u otros gastos extraordinarios, así como mantener e, incluso, mejorar su calidad de vida, sin necesidad de vender el bien más preciado de su patrimonio cual es su vivienda.

Las entidades de crédito a la hora de conceder estas hipotecas atienden al valor del inmueble gravado y a la previsión de revalorización del mismo, así como a una estimación de la esperanza de vida de los beneficiarios. Y es que es esencial a estas hipotecas el hecho de que la devolución del préstamo no será exigible ni personalmente ni por la vía de la ejecución hipotecaria hasta que fallezca el solicitante o el último de los beneficiarios designados; y en la mayoría de los casos (sobre todo teniendo en cuenta el perfil de las personas a las que esta figura está dirigida) ante la ejecución forzosa lo más probable es que el acreedor prestamista se encuentre con que el único bien o el de más valor del patrimonio del beneficiario sea esa vivienda gravada.

Esto determina un importante riesgo para la entidad prestamista por cuanto puede haber errores en las previsiones de revalorización, de modo que al final el importe debido (las cantidades prestadas, más los intereses, más otros conceptos devengados y que se hayan pactado que se incluyan: vgr. las primas de seguros, comisiones, gastos de constitución, impuestos, etc.) suponga una cuantía económica superior al valor del inmueble en ese momento final y, en consecuencia, la garantía se manifieste insuficiente⁶⁰.

Ante esta situación, como es lógico y habitual, las entidades prestamistas tratarán de repercutir esos riesgos en el prestatario, lo que se traducirá en un aumento de costes de constitución para éste (costes bastante superiores a los de constitución de una hipoteca ordinaria). Esos riesgos señalados junto con ese aumento de costes para el prestatario pueden desincentivar el acudir a la constitución de esta hipoteca inversa.

Lógicamente, si se quiere incentivar la constitución de estas hipotecas, hay que intentar de algún modo reducir esos costes. Por ello se han previsto en la Ley 41/2007, en la disposición adicional primera que regula esta hipoteca, una exención en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y reducciones en los honorarios notariales y registrales.

Otro inconveniente que plantea esta figura hipotecaria, además de esos riesgos y aumento de costes comentados, es que, teniendo en cuenta que la deuda sólo será exigible al fallecimiento del prestatario y, por tanto, los deudores serán sus herederos, ello puede motivar un endeudamiento innecesario y, hasta cierto punto, irreflexivo e irresponsable por parte de determinadas personas, pues de la deuda no responderá el ahora prestatario solicitante sino sus herederos.

Como características distintivas de esta figura hipotecaria se contemplan las siguientes:

- a) En principio, es característico de esta hipoteca el que se constituya sobre la vivienda habitual del solicitante. Así se señala en la definición que sobre esta figura se da en el apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007.

⁶⁰ En previsión de esta situación será frecuente que se contrate un seguro sobre esa contingencia que cubra la diferencia del valor del bien gravado en el momento final de exigibilidad del crédito y la cantidad total adeudada.

Esta limitación objetiva centró diversas enmiendas parlamentarias en el Congreso de los Diputados ⁶¹ respecto del proyecto de ley que señalaba esa misma definición; enmiendas tendentes a que se eliminara dicha restricción y se extendiera la posibilidad de constituir hipoteca inversa sobre bienes inmuebles del solicitante que no fueran vivienda habitual. Estas enmiendas no prosperaron, pero fueron reiteradas en el Senado ⁶² donde por la vía de una enmienda transaccional ⁶³ se incluyó un nuevo apartado décimo en esta disposición adicional primera que indica: «Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante».

Pese a esta previsión, puede mantenerse la afirmación de que es característica típica de la hipoteca inversa el constituirse sobre la vivienda habitual por cuanto, además de señalarse así en la definición legal prevista (que no se modificó tal y como se preveía en las referidas enmiendas parlamentarias sino que supuso la introducción de un nuevo apartado décimo en la disp. adic. primera de la Ley 41/2007), en ese mismo nuevo apartado introducido en el Senado se señala: «A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición». Por tanto, para esos casos la regulación será totalmente distinta y deberá atenderse a la cláusula de supletoriedad prevista en el último apartado (el undécimo): «En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable».

- b) Estas hipotecas sólo pueden ser concedidas por entidades de crédito o entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de las condiciones, requisitos y límites que en cuanto a su actuación imponga a las entidades aseguradoras su normativa sectorial.
- c) El solicitante y los distintos beneficiarios designados de ese crédito deben ser personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas por una dependencia severa o gran dependencia. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se intentó por algunos grupos parlamentarios extender esta disposición a personas afectadas por cualquier tipo de dependencia (aun moderada) así como a las personas con discapacidad, si bien finalmente no prosperaron esas enmiendas ⁶⁴.
- d) Ese solicitante o esos beneficiarios pueden disponer del importe de ese crédito o préstamo mediante una disposición única inicial o a través de disposiciones periódicas durante un plazo determinado de tiempo señalado en el contrato (puede incluso acordarse que se

⁶¹ Se trata de las enmiendas núm. 98 del Grupo Parlamentario Popular y núm. 122 del Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana de Cataluña: *vid.* BOCG. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007.

⁶² En el Senado se presentaron en este sentido las enmiendas núm. 64 del Grupo Parlamentario Popular y núm. 22 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés: BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 (d), de 6 de noviembre de 2007.

⁶³ *Vid.* Diario de sesiones del Senado. VIII Legislatura. Comisiones, núm. 535-2007. Comisión de Economía y Hacienda. Sesión celebrada el 14 de noviembre de 2007; y el informe de la ponencia del Senado donde se incluyó la referida enmienda transaccional como nuevo apartado 9 bis de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007: BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 (f), de 21 de noviembre de 2007.

⁶⁴ *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007; y BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 (d), de 6 de noviembre de 2007.

trate de rentas vitalicias, si bien probablemente no sea tan habitual por el mayor peso que alcanzará entonces la otra variable a tener en cuenta a la hora de conceder esta hipoteca, cual es, junto a la eventual revalorización del bien inmueble, la de los años de esperanza de vida del solicitante y beneficiarios desde que se acuerda el préstamo).

Este contrato de préstamo se articulará probablemente bajo la forma de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; cuenta corriente de crédito en la que se anotarán las cantidades de las que se ha dispuesto y los intereses, gastos y comisiones que a lo largo de la duración del contrato se hayan devengado. La cantidad debida finalmente será la que arroje el saldo resultante de la liquidación de esa cuenta corriente a la fecha del vencimiento de la obligación.

- e) La vivienda debe ser tasada y asegurada contra daños de acuerdo con lo previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

La tasación del inmueble es importante a la hora de constituir toda hipoteca, pero más aún en esta figura por cuanto esa valoración determinará el importe del préstamo y el punto de partida para la previsión de la revalorización del inmueble que al fin y al cabo constituye el «valor» de la garantía real constituida, y posiblemente, el único valor que pueda lograrse en la ejecución forzosa en el momento del fallecimiento del beneficiario.

- f) Esencial en este contrato es que la deuda sólo será exigible y la garantía ejecutable al fallecimiento del prestatario o, si así se estipula, al fallecimiento del último de los beneficiarios designados.

Puede señalarse en el contrato de constitución del préstamo y de la hipoteca un determinado plazo en el que la cuantía del préstamo pueda disponerse por el prestatario. Esto es, puede que el vencimiento del crédito o préstamo garantizado sea anterior al momento de su exigibilidad (que es el del fallecimiento del prestatario o último beneficiario). Una vez vencido ese plazo, la cuantía producirá los intereses convenidos pero no podrá reclamarse todo ello hasta que fallezca el beneficiario (o el último de ellos, si son varios).

A este respecto debe advertirse que se prevé expresamente un supuesto de vencimiento anticipado del crédito. En caso de que el bien hipotecado se haya transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario «el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente» (segundo párrafo del apartado quinto de la disp. adic. primera de la Ley 41/2007, introducido durante la tramitación en el Congreso del proyecto de ley, que inicialmente no lo preveía). Sobre este supuesto concreto se volverá más adelante cuando se aborde específicamente la cuestión de la transmisión del bien hipotecado en la hipoteca inversa.

En ese momento del fallecimiento del prestatario o beneficiario serán sus herederos los que podrán cancelar el préstamo y la hipoteca, dentro de un plazo que previamente se haya estipulado

desde el fallecimiento del beneficiario ⁶⁵, mediante el abono de esas cantidades debidas (cantidad principal, con intereses y otros gastos devengados). Si estos herederos deciden no reembolsar esos débitos, el acreedor podrá ejecutar la garantía sobre la vivienda hipotecada, pero también podrá dirigirse contra otros bienes de la herencia dejada por el deudor beneficiario: en la ley se señala expresamente que, en el caso de que los herederos no desembolsen esas cantidades debidas, «el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». Añadiéndose, además, que no resultará a estos efectos aplicable el párrafo segundo del artículo 114 de la LH ⁶⁶.

En el borrador del anteproyecto de esta ley únicamente se preveía la reclamación del acreedor a los herederos limitada a la vivienda gravada sin que pudiera dirigirse contra otros elementos de su patrimonio, salvo que el beneficiario hubiese enajenado la vivienda a un tercero (para lo que se requería previa autorización mediante acuerdo con la entidad prestamista). De modo que se estaba configurando la hipoteca inversa como una hipoteca de responsabilidad limitada prevista en el artículo 140 de la LH, en tanto que el bien se mantuviese bajo la titularidad del deudor prestatario.

Esta disposición cambió en el proyecto de ley que ya preveía la posibilidad de que el acreedor se dirigiera contra el resto de bienes de la herencia; previsión que, pese a las diversas enmiendas parlamentarias presentadas tendentes a limitar las posibilidades de cobro al bien hipotecado, se ha mantenido en la Ley 41/2007.

De modo que nuestro legislador ha decidido configurar esta hipoteca inversa, no como una estricta hipoteca de responsabilidad limitada, como en un principio se pretendía y como parece derivarse de la concepción tradicional de esta modalidad hipotecaria también prevista en otros países europeos como Francia e Inglaterra, sino que se le reconoce al acreedor la posibilidad de dirigirse contra otros bienes de la herencia ⁶⁷.

⁶⁵ Normalmente se señalará en el contrato de concesión del préstamo y de constitución de la hipoteca un plazo a partir del fallecimiento del prestatario durante el cual los herederos podrán decidir entre pagar lo debido, incluso a través de la venta voluntaria del bien hipotecado, o negarse a ello dejando al acreedor expedita la vía de la ejecución forzosa o hipotecaria (opción ésta que será la oportuna en el caso de que no existan herederos conocidos). Transcurrido ese plazo podrá considerarse entonces vencido y exigible plenamente el crédito y podrá procederse a ser satisfecho por las vías oportunas. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se presentaron varias enmiendas tendentes a que se fijara ya en la ley un plazo para el pago por los herederos de las cantidades debidas, con el fin de evitar ciertos abusos de las entidades financieras prestamistas al fijar en el contrato un plazo demasiado corto para ese pago; concretamente se proponía que se señalara legalmente que ese plazo debía ser al menos de dos años desde el fallecimiento: *vid.* BOCG. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007; y BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 (d), de 6 de noviembre de 2007. Sin embargo, esas enmiendas no prosperaron.

⁶⁶ El párrafo segundo del artículo 114 de la LH señala: «En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

⁶⁷ En un principio, tal y como se preveía, la regulación de la hipoteca inversa en el borrador de anteproyecto de ley de reforma y modernización del mercado hipotecario, se configuraba como una hipoteca de responsabilidad limitada al bien gravado, eso sí, mientras el bien permaneciera bajo la titularidad del prestatario. Si se hubiera transmitido ese bien (tras la previa autorización del prestamista), entonces la entidad acreedora podría dirigirse en ejecución forzosa contra otros bienes del patrimonio del beneficiario causante; solución ésta que es la misma que se señala en el proyecto de ley y en la Ley 41/2007, si bien, en estos últimos, sin aludir previamente a una diferenciación de trato según se haya o no transmitido el bien.

Los herederos serán deudores también como continuación de la persona de su causante, pero su propio patrimonio no responderá de la deuda: solo responderá el patrimonio del causante. Viene a equipararse esta situación a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario: las deudas del causante sólo alcanzarán el valor de los bienes de la herencia, sin que los herederos respondan con su patrimonio.

No se trata en rigor de una hipoteca de responsabilidad limitada, en la que las posibilidades de satisfacción del acreedor solo pueden recaer en el bien hipotecado; pero tampoco hay una extensión total de la responsabilidad personal al patrimonio del deudor o deudores, en este caso los herederos, pues esa responsabilidad personal se limita a los bienes dejados por el causante.

Pese a todo, y aun teniendo en cuenta que el resto de bienes del causante no hipotecados serán probablemente escasos atendiendo al tipo de personas beneficiarias de este tipo de garantía hipotecaria, con lo que sin duda la mejor opción de satisfacción del crédito será la de acudir directamente contra el bien hipotecado, no está de más conceder esa posibilidad al acreedor de dirigirse contra otros bienes. Una posibilidad que se acomoda mejor a lo dispuesto en nuestro sistema hipotecario general y proporciona mayor seguridad a las entidades prestamistas incentivando la constitución de este tipo de hipotecas. El rechazo desde la propia ley a la opción de la acción personal carecería de justificación clara y suficiente.

En consecuencia, al acreedor le asistirá una acción real hipotecaria contra el bien gravado y una acción personal contra el resto de los bienes de la herencia. Así debe interpretarse este inciso del apartado sexto de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007: de esta forma resulta coherente con el sistema y régimen general hipotecario.

Ahora bien, obviamente siempre queda la posibilidad de que las partes voluntariamente acuerden configurar la hipoteca como de responsabilidad limitada al amparo del artículo 140 de la LH.

En lo no previsto en la regulación de esta hipoteca inversa por la nueva ley y su normativa de desarrollo será de aplicación otra legislación que resulte aplicable al caso, que será, fundamentalmente, la derivada del CC y la normativa hipotecaria. Así lo prevé el apartado undécimo de esta disposición adicional primera de la Ley 41/2007.

Dentro de esa normativa supletoria (a la que sin duda habrá que acudir en la medida que la regulación que de la hipoteca inversa se hace es bastante escueta), teniendo en cuenta las notas que caracterizan a esta figura, habrá que convenir que deberá prestarse especial atención a lo dispuesto sobre la hipoteca, en general, y sobre la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito (art. 153 LH), en particular.

Podría pensarse que, especialmente cuando la disposición del préstamo se realiza de forma periódica bajo la forma de rentas, esta figura hipotecaria puede encontrar claras similitudes con la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas prevista en el artículo 157 de la LH. Sin embargo, no es así: no cabe entre ambas hipotecas una analogía normativa.

Ciertamente en ambos casos el deudor de la obligación es el dueño del bien gravado. Pero la obligación garantizada en cada supuesto es distinta y con ella el acreedor hipotecario: mientras que en la hipoteca prevista en el artículo 157 de la LH esa obligación es de pago periódico de unas rentas (obligación de tracto continuado) y el acreedor hipotecario es el receptor de esas rentas, en la hipoteca inversa la obligación es de la devolución de un préstamo o crédito que, éste sí, se ha entregado periódicamente pero que en un determinado momento debe devolverse en su totalidad y, en principio, en una sola vez, siendo el deudor de tal obligación el receptor de las rentas (y tras su fallecimiento sus herederos) y el acreedor hipotecario la entidad prestamista de esas rentas.

2. La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca inversa.

En el caso de la hipoteca inversa hay que tener en cuenta que el bien hipotecado es probablemente el bien más importante o, incluso, el único bien del patrimonio del beneficiario.

Los deudores de los préstamos garantizados con este tipo de hipoteca, como ya se ha señalado, son principalmente personas con dificultades económicas, de edad avanzada o incapacidad grave que no pueden acudir a otros mecanismos de financiación, y que acuden a esta figura hipotecaria con el fin de obtener un complemento a sus pensiones y así mantener o elevar un poco su calidad de vida. Para la constitución de estas hipotecas las entidades de crédito sólo les exigen ser titulares de una vivienda (ya pagada y sin cargas), sin que se les exija ningún tipo de ingreso económico: el prestamista, a la hora de decidir la concesión de este préstamo y la constitución de la hipoteca, centra su atención en el valor del bien y en su revalorización prevista. De ahí los riesgos que estas entidades asumen y el aumento de los costes de esta hipoteca.

Aun teniendo la posibilidad de, en caso de ejecución forzosa por impago de los herederos, dirigirse contra otros bienes de la herencia, sabe el prestamista que esa vivienda hipotecada constituye el principal y, en algunos casos, único, valor con el que podrá ser satisfecho.

Pero no hay que perder de vista que aquí nos encontramos con una hipoteca que, por mucho que cuente con ciertas especialidades, en ningún caso rompe con los principios y reglas generales que inspiran nuestro sistema hipotecario.

Entre estas reglas está el principio de que la constitución de la hipoteca no limita la facultad de disposición del bien gravado por el deudor ni excluye la responsabilidad personal de éste *ex* artículo 1.911 del CC (responsabilidad que a su fallecimiento pasará, en su caso, a los herederos).

Y respecto a la transmisión del bien hipotecado en la Ley 41/2007, al igual que en el proyecto de esa ley, ya no se prevé una disposición como en el borrador del anteproyecto, en el que se advertía de que «salvo pacto en contrario, el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento». Ya no se exige el consentimiento o permiso del acreedor para poder transmitir el bien hipotecado. Pero lo que sí se acoge en la Ley 41/2007 es la

previsión de que la transmisión de la finca hipotecada podrá constituirse como un supuesto de vencimiento anticipado del crédito. Así, se le reconoce al acreedor la facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo garantizado, salvo en el caso de que la garantía sea sustituida suficientemente.

Es esta claramente una previsión tendente a la desincentivación de la venta del bien hipotecado. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este caso, pese a la declaración de vencimiento anticipado del crédito, lo cierto es que no se ve excepcionada la previsión esencial a la hipoteca inversa de que «la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario» [apdo. c) del apartado primero de la disp. adic. primera de la Ley 41/2007]. Por tanto, la consecuencia de ese vencimiento anticipado será la de que el crédito o préstamo venza y el prestatario no perciba más cantidades, pero su exigibilidad se demora hasta el momento del fallecimiento del beneficiario. Entre tanto, esas cantidades vencidas producirán intereses que posteriormente serán también exigibles junto con el resto de las cantidades debidas.

De modo que, puede decirse que la transmisión del bien hipotecado por el prestatario tendrá lugar en aquellos casos en los que a éste, atendidas sus circunstancias personales y económicas, le sea más beneficioso vender la vivienda que continuar recibiendo el préstamo: esto es, cuando el vencimiento anticipado del crédito no le perjudique demasiado (así, por ejemplo, porque sabe que le queda poco tiempo de vida; o porque haya mejorado de fortuna; o incluso porque ya existía previsto en el contrato un término concreto de vencimiento del préstamo anterior a esa venta).

Y le puede ser más beneficioso en la medida que sabe que el crédito no será exigible hasta que él fallezca.

El problema principal de la transmisión del bien hipotecado a un tercero en la hipoteca inversa se produce porque, en ese caso, el prestatario dejará de ser propietario del bien pero ha disfrutado ya del préstamo o incluso puede seguir percibiéndolo (especialmente cuando se ha dispuesto de él en forma de rentas periódicas y siempre que el acreedor no haya decidido declarar vencido anticipadamente el crédito), permaneciendo como deudor del mismo, mientras que el que al final soporta la responsabilidad real hipotecaria es ese tercero adquirente.

Hasta aquí ciertamente es el mismo problema que puede surgir en cualquier hipoteca en la que se produce la diversificación subjetiva de la responsabilidad real y de la personal.

Pero en este caso puede ser más grave por cuanto ese bien es el principal y, tal vez, único valor con el que podrá ser satisfecho el acreedor prestamista en el caso de que los herederos del prestatario decidan no pagar voluntariamente todo lo finalmente adeudado. Supuesto este bastante probable tras la transmisión del bien a un tercero: lógicamente, los herederos del prestatario, que serán deudores (por continuidad a su causante) de la obligación de devolver todo lo entregado más los otros conceptos devengados, no tendrán ningún interés en pagar esa deuda, pues, pese al pago, no podrán beneficiarse de la revalorización que haya sufrido el bien inmueble gravado (de esa revalorización se beneficiará el tercer adquirente, en mayor o menor medida según sea el momento y el precio bajo el que adquirió esa

vivienda). Y de nuevo hay que recordar que esa vivienda será probablemente el principal valor del patrimonio de la herencia, por lo que probablemente los herederos decidan no aceptarla.

En definitiva, el hecho de la transmisión del bien lo que conlleva es que los herederos del prestatario decidan que sea ese tercero adquirente el que sufra totalmente la responsabilidad real por la deuda garantizada, por cuanto será también él el que se beneficie de la revalorización del inmueble. Pero este tercero sólo responderá hasta el límite señalado como responsabilidad hipotecaria; límite de cuantía que, si no se ha hecho una adecuada y ajustada apreciación de todas las variables intervinientes en este caso, especialmente la de los años de esperanza de vida del beneficiario durante los cuales, si no el capital principal del préstamo, al menos los intereses seguirán devengándose, puede ser insuficiente respecto de la deuda finalmente debida (con el consiguiente perjuicio de la entidad prestamista). Ciertamente la ley prevé que el acreedor podrá dirigirse contra otros bienes de la herencia, pero debe volverse a tener en cuenta que probablemente no haya muchos bienes más aparte del que se hipotecó.

Esta circunstancia de que al final en la práctica será el tercer adquirente el que responda del préstamo, mientras que el transmitente disfruta o ha disfrutado de ese crédito, será tenida en cuenta por los posibles compradores de la vivienda y en la mayoría de los casos desincentivará esa compra, o, por lo menos, se hará en unas condiciones que supongan para el tercero un beneficio.

Esto es, el tercero buscará que el precio de compra sea lo más bajo posible atendiendo a la deuda que finalmente deberá soportar y calculará si la revalorización que prevé tenga el bien adquirido será superior a esa deuda, lo que le incentivaría a no dejar que se ejecute el bien sino pagar él la deuda quedándose con la vivienda libre y con su revalorización (cfr. art. 686 LEC).

A este respecto, entiendo perfectamente posible la realización de esa compraventa con pacto de descuento o retención, así como la eventual aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 118 de la LH.

Una alternativa a esa configuración de la responsabilidad personal tras la transmisión del bien hipotecado acogida en la Ley 41/2007 podía haber sido la de determinar la asunción automática de la deuda con esa transmisión, del mismo modo que se ha pretendido por algunos autores en el caso de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Es decir, contemplar la obligación garantizada como una obligación *ob rem* de modo que el que fuera titular del bien sería también el deudor de la obligación de devolver a su vencimiento el préstamo concedido y disfrutado (bajo la forma de pago único o periódico) por el beneficiario del préstamo (transmitente del bien).

Para entender esto así debiera haberse previsto expresa y claramente en la ley esa asunción automática de la deuda; no como en el caso del artículo 157 de la LH, en el que su redacción tan confusa ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinales, pero que en cualquier caso lleva a concluir que tal subrogación automática no tiene lugar, tal y como se ha expuesto.

De todos modos, tampoco entiendo que hubiese tenido una justificación legal suficiente el hecho de imponer esa asunción automática de la deuda en este caso. Considero más apropiada la opción pre-

vista en la Ley 41/2007 de no limitar la responsabilidad por la deuda al bien hipotecado sino ampliarlo al resto del patrimonio del causante («hasta donde alcancen los bienes de la herencia»).

Hay que tener en cuenta a este respecto cuál es la razón de ser y el objetivo de este tipo de garantías: proporcionar a personas con dificultades económicas pero que cuentan con un bien muypreciado y valioso (su vivienda) el acceso a una fuente de financiación que, por otros medios, dada su situación económica, no lograrían.

Por todo ello, no encuentro un especial motivo que justificase la imposición de la asunción automática de la deuda por el adquirente del bien. Asunción *ope legis* que si se acogiera supondría, sin embargo, una más que probable desincentivación para la adquisición del bien (y la consiguiente falta de movilización del patrimonio inmobiliario del prestatario), pues el adquirente pasaría a responder de la deuda no solo con el bien gravado sino con todo su patrimonio.

Asimismo, en lugar de determinar legalmente esa asunción o subrogación en la deuda por el hecho de la transmisión del bien, podrían ser las propias partes las que acordaran voluntariamente esa asunción de la deuda por el adquirente (con el necesario consentimiento del acreedor: arts. 1.205 CC y 118, párrafo primero, LH).

Realmente no hay nada que lo impida, sin embargo, la lógica me lleva a entender que difícilmente se daría este caso en la práctica, salvo que ese adquirente prevea una revalorización del inmueble muy superior a lo estimado en un principio y que sirvió de base para la determinación de la cuantía del préstamo concedido al transmitente y cuya devolución pretende asumir.

En cualquier caso, y a modo de conclusión, cabe afirmar que ante la transmisión del bien hipotecado con hipoteca inversa, junto a las especialidades y notas propias de esta modalidad hipotecaria y el especial régimen transmisivo y de responsabilidad previsto, hay que tener en cuenta la regulación de la hipoteca en general. Un régimen general hipotecario y civil existente que, sin duda, y con las adecuadas adaptaciones al caso, servirá de gran ayuda para solucionar cuestiones confusas o eventuales problemas que surjan con la nueva figura de la hipoteca inversa.