

RESUMEN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

*Por mandato imperativo contenido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la posición de nuestro ordenamiento jurídico es clara puesto que se establece —incluso desde la ley anterior de 1988—, la nulidad de la gestación por sustitución. No obstante como consecuencia de que la figura es admitida en otros ordenamientos, surge el problema de la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero como consecuencia de esta técnica de gestación por sustitución. La Dirección General de los Registros ha resuelto que solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a fin de evitar el tráfico de menores y primando siempre el superior interés del menor que se traduce en su derecho a una identidad única.*

ABSTRACT

SURROGATE MOTHERHOOD

*By the imperative mandate given in Act 14/2006 of 26 May on assisted human reproduction techniques, the position of our legislation is clear. Our laws state, even in the earlier Act of 1988, that surrogate motherhood is not legally valid. Nevertheless, because surrogate motherhood is accepted in other countries' laws, there arises the problem of how to register the birth of a child abroad gestated by a surrogate mother. The Directorate-General of Registries has decided that such births may be registered only if a judgment from a competent court declaring who the parents of the baby are is submitted with the registration application, in order to avoid any trafficking in children. The child's interest is always to be placed first, and that interest means the child has a right to a single identity.*

1.3. Derechos reales

*SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HIPOTECANTE DEUDOR A LA FINCA HIPOTECADA. A VUELTAS CON EL AUTO 111/2010 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Antonio de Nebrija*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA HIPOTECA.—III. LA HIPOTECA ES ACCESORIA A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA.—IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: DACIÓN EN PAGO.—V. ARGUMENTOS LEGALES.—VI. CUESTIONES ECONÓMICAS Y DE LA PRÁCTICA BANCARIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, ha causado gran sorpresa y expectación, no ya solo entre los juristas, sino también entre los medios de comunicación y los particulares que han visto en el mismo, una esperanza real de liquidar y extinguir sus préstamos garantizados con hipoteca con la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor, y por el importe obtenido por ella en la subasta correspondiente.

De este modo, y tal y como se desprende de los fundamentos jurídicos del Auto en cuestión, un deudor hipotecante pone fin a su deuda, la extingue, cuando se adjudique al acreedor la finca dada en garantía, aunque el importe de la obligación principal que se asegura con aquélla, sea superior al valor actual de la finca ejecutada.

El patrimonio personal del deudor queda «a salvo» de una nueva ejecución por la cantidad pendiente de cobro, aunque la obtenida en subasta sea menor que el importe real de la deuda asegurada. Todo ello, como a continuación veremos, porque se considera que la finca se tasó por el acreedor hipotecario en una cantidad suficiente para satisfacer el préstamo hipotecario, y por lo tanto, la adjudicación del inmueble debe valer, ser suficiente, para satisfacer al acreedor.

El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir la deuda, es irrelevante para el magistrado ponente, pues el inmueble se tasó previamente en una cantidad suficiente para cubrir la deuda, y no se ha solicitado su modificación. Su adjudicación, entonces, a modo de dación en pago, debe ser *pro soluto* y extinguir la deuda completamente.

La adjudicación de la finca, en consecuencia, sea cual sea el valor por el que se produce tal adjudicación, extingue no solo la hipoteca, sino también la obligación principal: el préstamo. El acreedor hipotecario ejecutante no puede, en este caso, dirigirse contra el patrimonio del deudor para intentar cobrar lo pendiente de pago, contraviniendo, a nuestro parecer, los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor, y desconociendo la naturaleza y función de garantía de la hipoteca, su carácter accesorio, y una pluralidad de preceptos legales vigentes en nuestro ordenamiento.

Los hechos que dieron lugar a la presente resolución fueron éstos:

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., concedió a don J. A. L. y doña M. L. R., un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 59.390 €, que se amplió posteriormente en 11.865,39 €. Ante el impago de las cuotas, BBVA inició la ejecución hipotecaria correspondiente. La subasta quedó desierta y se dictó auto de adjudicación de la finca a favor del acreedor hipotecario ejecutante (BBVA), por el importe de 42.895 €. A continuación el banco solicitó que se prosiguiera ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 € de principal y 8.438,86 € de intereses, costas y gastos. Se denegó dicha solicitud, en instancia, por Auto de 13 de noviembre de 2009, permitiéndose únicamente que se siguiera ejecución por intereses y costas, pero no por el principal. Se recurrió dicho Auto, cuya apelación resolvió la Audiencia Provincial con el Auto de referencia, que vamos a analizar en este trabajo.

La Audiencia Provincial, como ya hemos dicho, denegó el recurso de apelación y confirmó el Auto recurrido.

Los principales fundamentos de derecho en los que basa su resolución son los siguientes:

Fundamento de derecho TERCERO, b): «La segunda parte o línea argumental del recurso vendría dada porque el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado, el valor obtenido es de 42.895 €, ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca inicialmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75.900 €.

Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que recordemos era de 71.225,79 €.

Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno, en ese caso, continuar la ejecución por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, salvo el tema de intereses y costas...».

A continuación, en el apartado c) del Fundamento TERCERO, el magistrado ponente da una serie de argumentos de carácter moral, más bien enfocados a justificar el descenso del precio del inmueble ejecutado por la crisis financiera general que en estos momentos vivimos. Afirma que sin que la misma sea culpa directa del BBVA (acreedor ejecutante), «no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva, bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929». Por eso, y alegando el artículo 3 del Código Civil sobre la interpretación histórica de las normas, en función del tiempo y circunstancias en que deben aplicarse, concluye diciendo que: «moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tendido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, ..., sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso que la alegación que justifica su pretensión esté basada en unas circunstancias que sencillamente y como vulgarmente se dice ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”».

Sin entrar a valorar esta última argumentación que, a nuestro juicio, carece de fundamento jurídico alguno, no podemos por menos que decir, y utilizando la expresión nada jurídica, pero por otra parte acorde con el fundamento que se acaba de exponer, que este fundamento responde más bien al

dicho popular de: «que cada palo aguante su vela»; y con este argumento moral difícilmente justificable en derecho, se salta los principios esenciales de la ejecución hipotecaria, la función de garantía del derecho real, y las normas correspondientes del CC, LH y LEC como a continuación explicamos.

## II. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA HIPOTECA

Cuando el Auto afirma que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario impide continuar la ejecución contra otros bienes del deudor, porque debe considerarse pagado con aquélla, se está obviando que la hipoteca es un derecho real de garantía, cuya función esencial es, precisamente, garantizar el cobro de una deuda.

Los derechos reales de garantía aseguran el cumplimiento de una obligación principal, mediante la afección de un bien determinado y su realización de valor, para poder satisfacer aquélla, sea quien sea el poseedor de la cosa dada en garantía, y con carácter preferente y oponibilidad *erga omnes*. Es decir, el acreedor, una vez incumplida la obligación principal por el deudor, puede ejercitar el *ius distrahendi*, propio de los derechos reales de garantía y vender el bien para, con el importe obtenido con su venta, cobrar su deuda y satisfacer su crédito, de manera preferente.

Las garantías reales facilitan, mejoran y aseguran el cobro de los créditos a los acreedores, ya que si al dirigirse al patrimonio de su deudor para intentar cobrar, como consecuencia del artículo 1911 del Código Civil, en éste no hubiera ya bienes, pues, por ejemplo, se han enajenado a favor de terceros, el acreedor siempre podrá dirigirse contra el bien concreto sobre el que se estableció la garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre actualmente. De este modo, son un «plus», un extra, a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), pues cuando no se puede cobrar por ese procedimiento, al no quedar ya bienes en poder del deudor, el acreedor tendrá un instrumento más, que es ejercitar el derecho de garantía, el *ius distrahendi*, vender el bien, lo tenga quien lo tenga, y cobrar su crédito.

Son concluyentes en este sentido, y a la hora de explicar la función de garantía de este tipo de derechos reales, las palabras de LACRUZ BERDEJO (1), que afirma: «El derecho de crédito —personal— es relativo, es decir, eficaz solo *inter partes*; que vincula la conducta del deudor, pero quedando afectado en su garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. En estas condiciones es posible que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo aquel interés del acreedor. Pues bien, un intento de remediar esta limitación y de prevenir este riesgo consiste en dotar —de algún modo— al derecho de crédito de la inherencia y de la reipersecutoriedad, propias de los derechos reales, de tal modo que se mantengan afectos a la garantía también sus bienes pretéritos, es decir, los que se hallen en poder de un tercer adquirente... Para producir este efecto se grava con un derecho real —absoluto, *erga omnes*, dotado de reipersecutoriedad— de garantía el bien o bienes de que se trate».

---

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191.

GÓMEZ GÁLLIGO explica esta relación de garantía o aseguramiento de los derechos reales de garantía de la siguiente forma: después de afirmar que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, añade que «una seguridad más firme la obtiene el acreedor mediante la constitución de los derechos de garantía, con los que uno o más bienes determinados quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de ésta» (2).

Consecuentemente, cuando existe un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación, el acreedor tiene a su favor, una doble responsabilidad: a) la personal del deudor (art. 1911 CC), como en toda obligación, y b) la real, pues el bien dado en garantía responde con su valor en venta de la misma obligación, esté donde esté. El acreedor puede dirigirse vía personal o vía real para tratar de cobrar la obligación incumplida, y nada impide que ejercite una detrás de otra si no hubiera alcanzado a cubrir su deuda. La responsabilidad real no excluye la personal, ni viceversa. Esto es así porque, como ya hemos dicho, la garantía hipotecaria amplía la responsabilidad, esa es su función, y de esta forma asegura o favorece el cobro del crédito al acreedor.

En este sentido, véanse las palabras de LACRUZ BERDEJO (3): «El deudor puede cualificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento por su parte. Puede también ampliar aquella responsabilidad patrimonial universal si un tercero ofrece alguno o algunos de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos». Y continúa este autor diciendo que «esta garantía específica, preferente y real, no excluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Como dice el artículo 105 LH, la hipoteca *...no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil...*, cuando el bien gravado se halla en el patrimonio del deudor la concurrencia de las dos afectaciones en garantía de su responsabilidad —personal e ilimitada, real y preferente, respectivamente— no plantea cuestión: la alteración se reduce al orden de prelación de bienes y a la preferencia satisfactoria del crédito; se hace efectiva la responsabilidad por vía del gravamen real, se anteponen los bienes pignorados o hipotecados (art. 681 y sigs. LEC); y con el precio obtenido en la realización de su valor se satisfará el crédito garantizado sin que se imponga al acreedor ejecutante la *pars conditio creditorum*. En cambio cuando el bien objeto del gravamen real no se halla en el patrimonio del deudor —sea porque constituyó el gravamen un tercero, sea porque el deudor lo constituyó, enajenó después el bien gravado— el acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor, puede optar entre el ejercicio de su acción crediticia —personal— contra el deudor agrediendo todo su patrimonio en *pars conditio* con otros eventuales acreedores, o bien dirigirse —a través del que sea titular— contra los bienes gravados y con carácter preferente».

El derecho de hipoteca es un derecho real de garantía sin discusión, como se desprende de los artículos 1858 del CC, y 129 y sigs. de la LH, y además ha repetido la jurisprudencia en varias ocasiones (4). Por lo tanto, cumple esa función de aseguramiento propia de aquellos, que no excluye, sino que amplía, la responsabilidad patrimonial del deudor. En este sentido, es concluyente y

---

(2) GÓMEZ GÁLLIGO, J., *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009, pág. 54.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, págs. 191-194.

(4) Véase, por todas, la STS de 3 de julio de 1997 y la RDGRN de 3 de abril de 1998.

claro el artículo 105 LH, que ya se ha mencionado, pues expresamente afirma que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones y no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código Civil».

La función de garantía propia de la hipoteca como un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor es contraria a la resolución que aquí se comenta, pues no puede obligarse al acreedor a perseguir únicamente los bienes hipotecados, cuando son un simple refuerzo de la responsabilidad personal del deudor, que persiste, y por tanto nada impide al acreedor a continuar ejecución contra él y su patrimonio.

Cosa distinta sería si se hubiese establecido expresamente por el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria que contempla el artículo 140 LH, al afirmar que «no obstante lo dispuesto en el artículo 105 LH —no exclusión de la responsabilidad patrimonial universal del deudor— podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del deudor».

Se contempla en este artículo la posibilidad de concretar la responsabilidad hipotecaria a los bienes hipotecados, en cuyo caso no podría seguirse ejecución hipotecaria mas allá de dichos bienes, como se plantea en el supuesto del Auto. Esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, pero debe pactarse expresamente en la escritura de constitución de hipoteca, y si no se hace, estaremos ante la regla general de superposición de dos responsabilidades, la real y la personal. Si en la práctica no suele ser habitual el establecimiento de este pacto expreso es porque, al limitarse la responsabilidad a la real, el acreedor hipotecario ve limitada su garantía de cobro, y por eso no suele acceder a su establecimiento, y si lo hace, suele repercutir en un tipo de interés mas elevado en sus préstamos hipotecarios que pudieran compensar de alguna forma la disminución de garantías.

Como afirma PRETEL SERRANO (5), este pacto no ha tenido ninguna utilización en la práctica, lo que demuestra el hecho de que no hay ni una sola sentencia del Tribunal Supremo ni resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en este sentido. A continuación añade que, a su modo, de ver esto se debe a que «no hay ninguna razón para que el acreedor prescinda anticipadamente de la responsabilidad universal del deudor. Muy al contrario: no solamente es la responsabilidad universal junto a la garantía hipotecaria, la que desea el acreedor, sino que es muy frecuente que, normalmente por las entidades de crédito, se exijan además otras garantías accesorias, que incluso llegan a desvirtuar el sentido de la figura del derecho real de hipoteca».

Es decir, la posibilidad que se apunta como solución en este Auto, ya existe en nuestro ordenamiento, pero no se utiliza, por la disminución de la función de garantía que supone.

Lo que no se puede pretender es, como se ha explicado, limitar sin más la responsabilidad del deudor a la hipotecaria, eludiendo la afección del resto de sus bienes en cumplimiento del artículo 1911 del Código Civil, como aquí

---

(5) PRETEL SERRANO, J. J., «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.

se pretende, pues se desnaturalizaría la función propia de un derecho real de garantía, que no es otra que ampliar la responsabilidad personal del deudor.

### III. LA HIPOTECA ES ACCESORIA A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA

Como derecho real de garantía, la hipoteca es accesoria de la obligación principal que asegura. Esto quiere decir que depende de la misma tanto en su existencia como en sus vicisitudes, y extinción.

La accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que se hace inviable la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura, tal y como se deduce de los artículos 1857, 1876 y 1528 del Código Civil.

La jurisprudencia en muchas ocasiones se ha manifestado a favor de la accesoriedad de la hipoteca como, por ejemplo, en las SSTs de 26 de marzo de 1999, 6 de octubre de 1995, 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989, 13 de julio de 1984, 30 de enero de 1984, 22 de noviembre de 1963, 8 de noviembre de 1960, 19 de mayo de 1958 y 23 de abril de 1957, y las RRDGRN de 22 de junio de 1995, 17 de agosto de 1993, 3 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1988, 23 de diciembre de 1987, 26 de mayo de 1986, 4 de julio de 1984; Resoluciones de 23 de mayo de 1964, 2 de noviembre de 1959, entre otras muchas. Baste ver, por todas ellas, lo que afirma la STS de 29 de junio de 1989: «...por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquélla subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil».

Hoy en día son muchos los autores que empiezan a dudar de que, en todo caso, la hipoteca sea accesoria del crédito, y encuentran determinados supuestos en los que no se cumple exactamente la accesoriedad de la hipoteca, sino que, más bien, perciben una mayor separación e independencia de la hipoteca con respecto al crédito garantizado (6). Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son: la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada, hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto, asimismo, en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente

---

(6) En este sentido, como voces que ponen en tela de juicio la accesoriedad de la hipoteca, podemos ver a DE LA RICA Y ARENAL, R., «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327. En este artículo hace una extensa y brillante exposición de sus ideas, al cual me remito desde estas líneas, por traspasar los límites de este trabajo; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, págs. 83-115; LACAL, P., «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 140-144; MOXÓ RUANO, A., «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68; REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 25-56.



a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario, que requiere negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario, en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por la accesoriedad, es otro ejemplo de cómo este principio, desde luego no es dogma, y que tiene varias fisuras.

En consecuencia es cierto que la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito quiebra en varias ocasiones, y que por eso no puede considerarse como un dogma absoluto e insuperable, tal y como hemos defendido en otras ocasiones (7).

Sin embargo, considero que la hipoteca puede ser accesorio del crédito en cuanto nace para garantizar una obligación, y, en ese sentido, depende de ella; pero, esto se deriva, precisamente, de la función de garantía que cumple, al igual que el resto de los derechos reales de igual categoría. Se trata, entonces, de una accesoriedad funcional o finalística, para cumplir la función que tiene asignada —garantía—. La hipoteca sigue al crédito para asegurarlo (8).

Manifestación clara de la accesoriedad de la hipoteca es el hecho de que no puede subsistir sin la obligación que garantiza, cuando ésta ya se extinguió, pues al extinguirse la obligación se extingue la hipoteca (en este sentido, RRDGRN de 30 de octubre de 1889, 2 de diciembre de 1999 y 30 de junio de 1933). Esto quiere decir que la hipoteca se extinguirá por las mismas causas que la obligación. Por tanto, extinguida la obligación principal por cualquiera de las causas contempladas en el Código Civil (art. 1156 y otros), se extinguirá la hipoteca. Pero, además, la hipoteca puede también extinguirse sin que su muerte afecte a la obligación garantizada (por ser ésta principal); luego, existen, también, causas propias de extinción de la hipoteca que determinan su muerte, permaneciendo viva y activa la obligación garantizada. Estas causas de extinción, propias de la hipoteca, serán las de los derechos reales, que son, por ejemplo: la renuncia, el acuerdo deudor-acreedor, la pérdida de la cosa, la confusión, etc., y, como no puede ser de otra forma, la extinción de la garantía consecuente a su ejecución, que es el caso que nos ocupa.

De este modo, si se ejecuta una hipoteca, al realizarse en valor el bien sobre el que se impuso, la hipoteca se extinguirá, y se deberá cancelar en el Registro.

(7) Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 2000, págs. 186-189, y «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.

(8) Tampoco compartimos la idea de la unidad inescindible del crédito hipotecario que mantienen los defensores de la tesis de unidad de crédito hipotecario o integrista. Sostienen estos autores que la influencia de la hipoteca va a ser tal en el crédito que, desde el momento que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el «crédito hipotecario»; distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito más una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el crédito hipotecario. El mayor precursor de esta tesis es AMORÓS GUARDIOLA, y le siguen, aunque en menor escala, LALAGUNA DOMÍNGUEZ y GULLÓN BALLESTEROS —con varios matices—. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, págs. 11-97; GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 96-111.



Pero eso no implica —porque es accesorio— que se extinga la obligación principal, si ésta no ha sido satisfecha en su totalidad al acreedor, como es el caso que estudiamos.

Tanto en la ejecución, como en la renuncia a la hipoteca, o en otros supuestos de extinción exclusiva del derecho real, permanece el crédito asegurado, pero es que este crédito será, de nuevo, un crédito ordinario que subyace siempre en el crédito hipotecario. El crédito hipotecario, como crédito especial y preferente, desaparece al hacerlo la hipoteca, y por su cancelación. Pero, permanece un crédito ordinario, normal y completo como tal crédito ordinario, al que no le falta nada, y que el acreedor puede ejercitar, intentando su cobro.

Esto es debido a que la garantía en que consiste la hipoteca es un «plus» añadido a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), y por consiguiente, éste siempre responderá del crédito de su acreedor, con todos sus bienes presentes y futuros, además de con los hipotecados. El crédito asegurado con hipoteca —crédito hipotecario— no excluye la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH), relativa y concerniente a todo deudor de la obligación subyacente, como ya hemos explicado en el apartado anterior.

Y, precisamente, esa función de garantía es lo que une inexorablemente el crédito y el derecho real, en lo que hemos denominado una relación de accesoriedad funcional, así entendida, hace que sea imposible limitar o coartar la responsabilidad a la hipotecaria —salvo pacto expreso—, pues esto impediría que la hipoteca cumpliera su función de mejorar el aseguramiento de garantía. Eso sí, ahora, una vez extinguida la hipoteca, el acreedor tiene un crédito ordinario, y para su cobro ya no goza de ninguna preferencia, ni oponibilidad, y deberá concurrir en plano de igualdad con el resto de acreedores ordinarios que intenten satisfacer sus créditos. Pero puede seguir dirigiéndose contra «todos los bienes presentes y futuros del deudor» por lo que quede pendiente de cobro tras la ejecución.

No se puede olvidar que lo principal tiene su propia vida y autonomía y, por lo tanto, puede vivir con independencia de todo lo que le resulte accesorio; por el contrario, lo accesorio depende en su existencia de lo principal, sin lo cual no puede vivir. Por eso, una cosa es que la accesoriedad no sea un dogma absoluto que admita fisuras, y otra que demos la vuelta a dicho principio, de forma que al extinguirse lo accesorio se extinga lo principal.

Como dice CORDERO LOBATO (9), «la relación de accesoriedad no se produce en el sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada». Y esto es, precisamente, lo que parece olvidar el razonamiento que subyace en el Auto que se comenta, pues entiende que como ya se ha realizado la hipoteca, consecuencia de la cual, se adjudica el bien al acreedor, éste debe darse por pagado y considerar extinguida la obligación asegurada —principal— al extinguirse la hipoteca.

Distorsión de principios e ideas contrarias a la propia accesoriedad funcional de la hipoteca, de su misión de garantía, que resulta alterada y olvidada, en aras de unos argumentos de falsa equidad moralizante.

---

(9) CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (COORD.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: DACIÓN EN PAGO

Visto que la extinción de la garantía no conduce o conlleva la de la obligación principal, por accesoriedad, sino que ésta subsiste mientras no se extinga, a su vez, por alguna de sus causas (art. 1156 CC), y que solo su extinción impediría que continuara la ejecución contra el deudor, tal y como se sostiene en el Auto, habrá que analizar si realmente se ha extinguido dicha obligación para poder confirmar o refutar, de nuevo, la tesis que defiende la resolución que se comenta.

En el caso que se analiza, la obligación debía extinguirse por pago, y al incumplirse y no pagarse, el acreedor inicia las acciones para obtener dicho pago o cumplimiento.

El pago tiene una triple función solutoria, satisfactoria y extintiva, y cumple estas tres funciones cuando es íntegro, idéntico e indivisible. Es obvio que en el caso que analizamos, el subrogado del cumplimiento —la adjudicación de la finca— no cumple con el requisito de identidad e integridad, pues se valora en una cantidad menor de la cuantía de la obligación, y el acreedor no ha quedado satisfecho, pues quiere continuar la ejecución. Por tanto, no cumple con la función propia del cumplimiento, no hay extinción y por eso, el acreedor puede seguir intentando su cumplimiento forzoso en vía ejecutiva contra el patrimonio del deudor (art. 1911 CC).

La dación en pago, perfectamente admisible en Derecho español, produce un efecto similar al que se plantea en el Auto que comentamos, ya que supone que el deudor, de acuerdo con el acreedor, satisface la obligación mediante la realización de una prestación distinta a la debida que extingue la misma. Es decir, podríamos pensar que la entrega o adjudicación del inmueble al acreedor en vez del pago de la deuda, es una dación en pago, y que por tanto, extingue la obligación garantizada con hipoteca.

Sin embargo, no podríamos alegar que se trata de una dación en pago que extingue la obligación, aunque la cosa que se entregue tenga un valor distinto de la propia obligación, pues la dación en pago implica un negocio jurídico con fines solutorios entre el deudor y el acreedor en el momento del cumplimiento, y eso no ha ocurrido aquí, donde el acreedor hipotecario, no admite dicha solución, no se considera pagado con la adjudicación del inmueble, y quiere seguir la ejecución por lo que le falta por cobrar.

La dación en pago no está regulada por el Código Civil, es un negocio atípico, pero su existencia se deduce del artículo 1849 del Código Civil, en sede de fianza, que permite al acreedor quedarse con el inmueble u otros efectos, en pago de la deuda. Los requisitos para concluir que estamos ante una dación en pago son los siguientes:

- a) Realizar una nueva prestación a título de pago, que puede ser la transmisión de una cosa o de un derecho.
- b) Diversidad entre la prestación que se debía y la que la sustituye.
- c) Un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor, de tener por extinguida la obligación merced a la realización de la prestación distinta de la inicialmente debida.

En el caso que analizamos, se cumplirían los dos primeros requisitos, pero en ningún caso el tercero de ellos, pues el acreedor no consiente en que la atribución del inmueble extinga la obligación asegurada, sino que esa extinción viene impuesta en el Auto judicial. La dación es un negocio jurídico, atípico y

con efectos solutorios (10), por tanto, si no hay consentimiento, voluntad del acreedor, no estamos ante una verdadera dación en pago.

Además en la dación, el acuerdo entre deudor y acreedor se realiza en el momento del cumplimiento, cuando el deudor va a pagar, precisamente para sustituirlo, mientras que en este caso, la «dación» se produce como consecuencia del incumplimiento del deudor.

No podemos hablar de que exista una verdadera dación en pago, no se producen entonces sus efectos, no hay extinción de la deuda. Si la obligación sigue existente, y no se ha cobrado en su totalidad, nada impide al acreedor que trate de terminar de hacer efectivo su crédito por su cuantía total. Y ante el incumplimiento del deudor, esto ya solo lo puede hacer continuando ejecución contra el resto de su patrimonio.

Por otra parte, eso no quiere decir que la dación en pago no sea posible para extinguir un crédito hipotecario. En España, como comenta MÉNDEZ GONZÁLEZ, la dación en pago entre el deudor y su acreedor hipotecario se ha pactado en varias ocasiones, cuando ante un posible incumplimiento e impago de la deuda, el acreedor acepta el inmueble garantizado como pago, para evitar la necesidad de hacer provisiones que afectarían negativamente a sus cuentas de resultados. Al publicarse una nueva Circular del Banco de España, obligando también a los bancos a provisionar por cada año que la finca aceptada en pago permanezca en su cartera, se ha abandonado esta práctica y han aumentado las ejecuciones hipotecarias (11). Es decir, la dación en pago, perfectamente admisible, no ha sido un instrumento muy utilizado en la práctica porque al acreedor no le interesa.

Por último, en este epígrafe conviene recordar que en España está prohibido el pacto comisorio, tal y como establece el artículo 1859 del Código Civil, que impide que el acreedor pueda apropiarse de las cosas dadas en garantía directamente. En el caso que se analiza, no habría vulneración de esta prohibición ya que, en cualquier caso, el acreedor se quedaría con el bien, consecuencia de una ejecución, y no directamente como afirma el precepto. Es más, la posibilidad de adjudicación del inmueble garantizado al acreedor, no solo no está prohibida sino prevista en la LEC, como consecuencia normal al declararse desierta una subasta.

En resumen, no hay pago o cumplimiento, pues el acreedor no ha quedado satisfecho y no se ha extinguido la deuda, no hay dación en pago propiamente dicha, pues falta el acuerdo de voluntades que la origina y su finalidad solutoria. En definitiva, la deuda sigue vigente, no se ha pagado, y el acreedor debe seguir intentado su cobro.

## V. ARGUMENTOS LEGALES

De todo lo que hemos visto, parece deducirse que el acreedor sí podría seguir ejecución contra el patrimonio del deudor, pues la deuda sigue vigen-

---

(10) La finalidad solutoria de la dación en pago ha sido puesta de relieve en las SSTs de 22 de marzo de 1994 y RDGRN de 13 de marzo de 2000. Es más, en ellas se insiste en que la dación en pago concertada, una vez vencida la obligación garantizada, es perfectamente posible porque tiene función solutoria y no de garantía.

(11) En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.eleconomista.es>, 16-2-2011.

te, no se ha extinguido, y permanece la responsabilidad personal universal de todo deudor.

Pero además, es la propia Ley la que contempla esta solución, y no una mera y lógica interpretación de la función de garantía y del principio de accesoriedad, tal y como hemos planteado.

Varios son los preceptos legales que indican que la solución propuesta en el Auto no es conforme a derecho, pues fundamentan jurídicamente la pretensión del acreedor de continuar la ejecución, debido a que la obligación garantizada con hipoteca no se ha extinguido por la mera adjudicación del inmueble, cuando su valor no alcance a cubrir la totalidad de la deuda:

1. El primero de los preceptos legales es el artículo 105 LH, que ya hemos analizado, y que dice claramente que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del artículo 1911 del CC. Como ya hemos dicho, esto significa que el acreedor, aunque tenga su crédito garantizado con hipoteca (responsabilidad real), sigue teniendo a su favor la responsabilidad personal del deudor, y por tanto, puede dirigirse contra su patrimonio para intentar perseguir el pago. No nos detenemos más en su análisis y nos remitimos a lo explicado *supra*.

2. Pero, por si el artículo 105 LH no fuera suficientemente claro y alguien quisiera interpretarlo en un sentido distinto, la LEC, al regular el procedimiento ejecutivo, en el artículo 579 LEC sobre la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados, declara que: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el *capítulo V de este Título*. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Es decir, la propia Ley afirma, sin ambages de ningún tipo que, si el valor del inmueble subastado no llegara a cubrir el importe de la deuda, el acreedor podrá seguir la ejecución por la cantidad pendiente de pago, y solicitar embargo sobre la misma. O sea, el acreedor sigue teniendo la acción personal contra el resto de los bienes del deudor, porque éste sigue respondiendo, además, personalmente, ya que la deuda no se extinguió.

Se puede decir más alto pero no más claro. El Auto que examinamos olvida e ignora un precepto legal clarísimo, sobre el que no cabe interpretación, y por eso entendemos que la resolución examinada supone una clara infracción de Derecho. No es un tema de interpretación de la norma, sino de aplicación exacta de sus dictados; cosa que no ha hecho el Juzgador, basando su decisión en argumentos de tipo moral y no jurídicos, pues la Ley, como acabamos de exponer, dice claramente lo contrario.

3. Por otra parte, y como argumento legal a nuestro favor, queremos mencionar el artículo 692 LEC, relativo al pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante, obtenido tras el remate en la subasta hipotecaria.

Este artículo dice lo siguiente: «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devenidos y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada

uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra».

Es decir, si el precio de remate fuera superior a la deuda garantizada, después de pagar al ejecutante su deuda y a los acreedores posteriores, si sigue sobrando dinero, ese sobrante se lo quedará el propietario de la finca si fuera distinto del deudor, o se aplicará a pagar la deuda pendiente con el ejecutante, por los excesos de la cobertura hipotecaria, si fuera el propietario de la finca. De estos dos últimos casos extraemos las siguientes ideas:

- a) Si el deudor es además el propietario de la finca y hay sobrante, éste hay que aplicarlo al pago de la deuda pendiente con el ejecutante. La deuda sigue existiendo, luego, queda claro, que la ejecución hipotecaria, no pone fin a la deuda, sino solo a la hipoteca, por lo que podemos seguir afirmando, que tampoco la adjudicación consecuente de la subasta pondría fin a la deuda. Y en consecuencia, el acreedor debería seguir intentado cobrar, lo que le falta de lo no cubierto por la cobertura hipotecaria.
- b) Si el deudor es distinto del propietario de la finca ejecutada, el sobrante se lo quedará el propietario. Es lógico, porque el exceso de valor que adquirió la finca, debe corresponder a quien ha perdido su propiedad en subasta, en una venta judicial. No se nos ocurre pensar que el sobrante debería quedárselo el acreedor hipotecario, si ya ha cobrado su deuda, porque en ningún caso tiene derecho sobre el valor del inmueble más que por el importe de su crédito. Es decir, si no podría quedarse el sobrante, en su caso, tampoco podemos considerar que deba dar por satisfecho su crédito por el menor valor de la finca, cuando no alcanza a cubrir el importe del crédito.

Es cierto que este argumento es más retórico y de interpretación que estrictamente jurídico, pero sirve para poner de manifiesto la injusta situación que supondría para el acreedor que le obligáramos a dar por pagado su crédito por un importe menor del debido, y que no tuviera derecho a obtener más, cuando el valor de ese mismo inmueble hipotecado fuera mayor.

Si el valor de la finca debe servir para el pago del crédito, esto será, sea cual fuere su importe; como dice el Auto, si es menor, pero también si fuera mayor el precio pagado por el mismo. Y esto es así porque el valor de la finca hipotecada no equivale, en ningún caso, a la propia deuda; ni cuando es mayor, ni cuando es menor a aquélla.

Como ya hemos dicho, la Ley no puede ser más clara. El acreedor puede seguir adelante con la ejecución, pues la deuda no se ha satisfecho, ni se ha

extinguido; no solo nada impide dirigirse personalmente al deudor por el resto, si no que es la Ley quien lo ordena.

## VI. CUESTIONES ECONÓMICAS Y DE LA PRÁCTICA BANCARIA

Hemos visto distintos argumentos de carácter legal y doctrinal que vertebran nuestro sistema civil e hipotecario por los que se puede rechazar que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario en el procedimiento ejecutivo, impida al acreedor continuar con la ejecución cuando el valor de la finca en ese momento, no alcance a cubrir la deuda total, pues siempre queda la responsabilidad personal del deudor.

Solo si se hubiera pactado expresamente, se podría limitar la responsabilidad al bien hipotecado, pero, de momento y con la legislación vigente y por tanto aplicable, la solución que propone el Auto es, a todas luces, un despropósito, hay que aplicar la ley, que está para cumplirse.

Es cierto que un cambio de legislación, en el sentido de que se pudiera saldar la deuda hipotecaria con la sola adjudicación del inmueble al acreedor, daría solución a este problema que, por otra parte, parece común entre gran parte de la población en estos momentos de crisis económica. Esta medida aliviaría, en cierto modo, al deudor, la pérdida de la vivienda a manos del acreedor hipotecario, viendo, a cambio, saldada la deuda en su totalidad. Pero, para ello habría que cambiar los preceptos legales ya mencionados, que ofrecen una alternativa diferente, y sobre todo implicaría una disminución de la función de garantía de la hipoteca.

Si la reforma se lleva a cabo, se aplicará, y será una posibilidad entonces posible y legal, pero, desde aquí no la consideramos ni necesaria —pues no puede olvidarse que ya existe el pacto de limitación de la responsabilidad hipotecaria—, ni conveniente, pues razones de práctica económica y bancaria desaconsejan tal posibilidad.

Al darse por pagado el acreedor con el bien, asume el riesgo evidente, hoy en día debido a la crisis, de que ese bien pueda valer menos que la deuda. Ese mayor riesgo debe compensarse de alguna forma:

- El acreedor daría préstamos más caros, con un tipo de interés más alto. Por lo menos, pendiente la obligación, asegura un mayor rendimiento que pueda paliar la pérdida de valor del bien.
- Los préstamos estarían garantizados con menor cobertura hipotecaria. Si ahora se conceden créditos por el importe del 80 por 100 del valor de tasación del bien asegurado, entonces los bancos se verían «obligados» a ofrecer créditos solo hasta el 50 por 100 del valor del bien. Por lo tanto, los particulares dispondrían de menos financiación y, en consecuencia, tendrían más dificultades para acceder a una vivienda.
- Se llegaría a un recorte de los plazos de amortización, lo que supone una mayor presión para el deudor que no puede aplazar el pago de su deuda.
- El acreedor pediría más garantías personales o reales complementarias.

Por otra parte, el deudor, que sabe que «abandonando su vivienda» en manos del acreedor, extingue su deuda, dejaría inmediatamente de pagarla en cuanto viera que aquella ya vale menos que la deuda. Se incurriría en insolvencia estratégica, con efectos altamente negativos para el sistema.



Todo esto conduciría a la solicitud y, por tanto, concesión de menos créditos, menos hipotecas, menores ventas inmobiliarias y, en consecuencia, detrimento del crédito territorial que puede desembocar en una mayor crisis inmobiliaria que afecte a la economía global. Amén de que aumentaría el riesgo para los depósitos bancarios y, por tanto, para los ahorros de los particulares.

Es decir, la solución que propugna este Auto, aunque en principio pudiera parecer de equidad y protección al deudor en momentos de crisis, traería como consecuencia, justo lo contrario: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

## VII. CONCLUSIONES

No compartimos la decisión del Auto 112/2009 de la Audiencia Provincial de Navarra, que afirma que adjudicada la finca hipotecada al acreedor ejecutante, consecuencia del procedimiento ejecutivo seguido contra el bien hipotecado, debe considerarse extinguida la deuda por dicha adjudicación aunque el importe de la finca sea inferior al de la deuda, y se le impide al acreedor continuar la ejecución. Y ello por las siguientes razones:

1. La hipoteca es un derecho real de garantía, lo que supone que asegure el cumplimiento de una obligación mediante la afección de un bien concreto. Esto supone un plus de garantía para el acreedor que ve ampliada y reforzada la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil.
2. Esa función de garantía es la que une la obligación y la hipoteca en una relación de accesoriedad funcional, por lo que no puede nunca olvidarse que la hipoteca nace para asegurar, garantizar y mejorar las posibilidades de cobro del acreedor.
3. Por eso mismo, cuando una obligación está garantizada con hipoteca, el acreedor puede elegir, ante el incumplimiento de la obligación, en dirigirse contra el patrimonio del deudor —acción personal—, o contra el bien hipotecado —acción real—, siendo ambas compatibles y no alternativas, por lo que si no alcanzara a cobrar su deuda por la vía real, nada impediría continuar la ejecución por vía personal.
4. Esto lo afirma claramente el artículo 579 LEC y se deduce del artículo 105 LH, cuando manifiesta que la hipoteca no altera la responsabilidad personal. La Ley contempla este supuesto y lo permite con meridiana claridad.
5. Por lo tanto, no puede admitirse, con base en estos preceptos legales y en los principios que inspiran el derecho real de hipoteca, que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida al acreedor ejecutante seguir adelante con la ejecución, cuando el valor de la misma no alcanza a cubrir el importe de la deuda, tal y como afirma el Auto que se critica.
6. Esa adjudicación no encuentra su base o justificación legal en una dación en pago. La dación en pago es un negocio jurídico *pro soluto*, pactado entre acreedor y deudor para extinguir la obligación mediante la realización por el deudor de una prestación distinta de la debida; mientras que en el caso que se analiza, la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor hipotecante, ni extingue la deuda, como ya hemos dicho, ni es voluntaria para el acreedor.

7. Solo con un cambio legislativo (de la LEC, LH y CC) podríamos admitir la solución propuesta en el Auto que se examina, sin embargo, creemos que éste tampoco sería aconsejable, porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor. En consecuencia, para paliar esos efectos negativos y asumir ese riesgo, concedería créditos hipotecarios más caros (con un mayor tipo de interés), con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto. Además se correría el riesgo de que el deudor incurriera en insolvencia estratégica cuando el inmueble valiera menos que su deuda, y todo ello llevaría a una disminución del crédito territorial y a un empeoramiento de la situación financiera.
8. Precisamente, se conseguiría aumentar y empeorar la crisis que el Magistrado Ponente del Auto, considera la «culpable» de la disminución del valor de la finca, y en cuya virtud resuelve a favor del «pobre deudor». Es decir, los vanos argumentos morales que alude el Auto para justificar su decisión, que son el origen del problema, se verían aumentados con la solución que propugna, en vez de mejorarla. La solución que ofrece este auto traería como consecuencia, justo lo contrario que parece que quiere evitar, disminuir a favor del deudor: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327.
- GÓMEZ GÁLIGO, J.: *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, págs. 83-115.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 2000.
- «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- LACAL, P.: «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.: «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.economista.es>, 16-2-2011.
- MOXÓ RUANO, A.: «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68.
- PRETEL SERRANO, J. J.: «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.
- REY PORTOLÉS, J. M.: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra.

Sentencias del Tribunal Supremo: SSTs de 26 de marzo de 1999, 3 de julio de 1997, 6 de octubre de 1995, 22 de marzo de 1994, 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989, 13 de julio de 1984, 30 de enero de 1984, 22 de noviembre de 1963, 8 de noviembre de 1960, 19 de mayo de 1958, y 23 de abril de 1957.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: RRDGRN de 13 de marzo de 2000, 2 de diciembre de 1999, 3 de abril de 1998, 22 de junio de 1995, 17 de agosto de 1993, 3 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1988, 23 de diciembre de 1987, 26 de mayo de 1986, 4 de julio de 1984, 23 de mayo de 1964, 2 de noviembre de 1959, 30 de junio de 1933 y 30 de octubre de 1889.

### RESUMEN

#### HIPOTECA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

*Se analiza en este trabajo el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, que sostiene que, adjudicada al acreedor hipotecario la finca hipotecada, como consecuencia de la correspondiente ejecución, el acreedor hipotecario ejecutante no puede dirigirse contra el patrimonio del deudor hipotecante para intentar cobrar el resto de la deuda pendiente que no ha alcanzado a cubrir el valor obtenido en la venta de dicho inmueble. Es decir, se afirma, contraviniendo lo dispuesto en el CC, la LH y la LEC, que el valor de la finca ejecutada, sea cual fuere la cuantía del crédito garantizado, extingue la obligación principal aunque no alcance a*

### ABSTRACT

#### MORTGAGE MORTGAGE LIABILITY

*This paper looks at the decree of the Provincial Appellate Court of Navarra holding that, when a mortgaged property has been awarded to the lender as a consequence of the appropriate foreclosure, the foreclosing lender cannot take action against the borrower's assets to try and collect the remainder of the outstanding debt not covered by the sum fetched by selling the said property. In other words, the court contradicts the Civil Code, the Mortgage Act and the Code of Civil Procedure and affirms that the value of the property seized in foreclosure, regardless of the sum for which it was collateral, clears the primary obligation even if it fails to*

*cubrirla. Por lo tanto, eso supone una limitación de la responsabilidad del deudor a la responsabilidad hipotecaria, o real, olvidando la responsabilidad patrimonial de todo deudor (art. 1911 CC), que subyace en cualquier crédito hipotecario. Se critica esta resolución, dando argumentos jurídicos para discrepar de ella.*

*cover the primary obligation. Therefore, that places a limit on the borrower's liability for the mortgage or real liability. This stance neglects the personal liability of all borrowers (1911 Civil Code), which underlies any mortgage loan. The decision is criticized, and legal arguments for disagreement are given.*

#### 1.4. Sucesiones

##### **LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO HECHA POR EL TESTADOR MEDIANTE LEGADO: CLAÚSULAS TESTAMENTARIAS Y LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN DE UNA DEUDA**

por

**MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ**

*Profesora Contratada Doctora*

*del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

**SUMARIO:** I. LA MANDA O LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: 1. ANTECEDENTES INTRODUCTORIOS: LAS MANDAS O LEGADOS DE LIBERACIÓN DE DEUDAS DEL LEGATARIO Y EL CÓDIGO CIVIL. 2. NOCIÓN, CLASES Y OBJETO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA DEL LEGATARIO: ATRIBUCIONES SUCESORIAS A TÍTULO SINGULAR Y TRANSMISIÓN ACTIVA Y PASIVA DE CRÉDITOS. 3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: EL ARTÍCULO 870 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA APLICABILIDAD DE LA CONDONACIÓN, REMISIÓN O QUITA.—II. OTRAS CUESTIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ACTIVO Y PASIVO DEL CAUSANTE EN TESTAMENTO.—III. CLAÚSULAS TESTAMENTARIAS DE LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN: 1. MENCIÓN TESTAMENTARIA DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: LA CLAÚSULA CONTROVERTIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE ABRIL DE 1998. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE ENERO DE 2010, Y EL PAGO DE LA LEGÍTIMA MEDIANTE LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

#### **I. LA MANDA O LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN**

##### **1. ANTECEDENTES INTRODUCTORIOS: LAS MANDAS O LEGADOS DE LIBERACIÓN DE DEUDAS DEL LEGATARIO Y EL CÓDIGO CIVIL**

La doctrina más reconocida previa al Código Civil subdividía las mandas, entre otras tipologías, en legados de liberación, crédito y deuda, señalando que el primero de ellos tiene lugar: «no tan solo cuando el testador perdona espresamente á su deudor la cantidad que le debia, sino tambien cuando le lega las