

obligación de contraer matrimonio, es lógico y acorde con el principio resarcitorio, que el incumplimiento produzca el deber de indemnizar los gastos que el otro novio hubiese ya efectuado con ocasión del matrimonio prometido y las obligaciones contraídas.

is logical and in accordance with the rule of redress that breach of promise should produce the duty to indemnify the other party for the expenses that party has already paid toward the promised marriage and the contracted obligations.

1.3. Derechos reales

HIPOTECA SOMETIDA A CONDICIÓN SUSPENSIVA

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. INTRODUCCIÓN

Han sido las RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 las que han «levantado la veda» para la admisión definitiva de las hipotecas sometidas a condición en nuestro ordenamiento. A partir de las mismas, las hipotecas condicionales pueden inscribirse por los registradores sin cuestionar su viabilidad.

Sin embargo, se trata de una figura que no está regulada por la Ley, y cuya admisión no es pacífica entre la doctrina, por lo cual merece la pena hacer una reflexión sobre ella.

La hipoteca es un derecho real de garantía que sujeta los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación asegurada. Y esa obligación que se garantiza con hipoteca puede ser de cualquier tipo o clase, incluso condicional. Surgen entonces las hipotecas en garantía de obligaciones condicionales, perfectamente admitidas y reguladas por los artículos 142 LH y siguientes. Pues bien, estas hipotecas ya nacidas y existentes, por lo tanto puras como derecho de garantía, que aseguran, eso sí, una obligación condicional, no pueden confundirse con las hipotecas condicionales, que, a diferencia de las anteriores, es su propia existencia la que se condiciona. Se trata de un derecho real condicionado y no de un derecho real ya constituido que garantiza una obligación sometida a condición.

II. HIPOTECA CONDICIONAL: SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho que ocasiona la Resolución de 2 de septiembre de 2005 es el siguiente:

Se presenta a inscripción una escritura de hipoteca en garantía de obligaciones que surjan de un crédito formalizado el mismo día mediante póliza intervenida por el mismo Notario autorizante. Se fija un importe máximo de

responsabilidad hipotecaria, pero además se establece que si se cumplen determinadas condiciones (entre ellas, la de devenir insolvente el deudor), se ampliará el crédito y correspondientemente se ampliará la hipoteca. Es esta ampliación de hipoteca la que se constituye con carácter condicional. Por lo tanto, existe una hipoteca ya constituida y otra (que garantiza la ampliación de préstamo), constituida con carácter condicional.

El Registrador rechaza la inscripción de esta segunda hipoteca por entender que no es admisible la constitución de hipotecas bajo condición suspensiva, ya que con ellas «se altera gravemente el justo equilibrio entre los intereses del acreedor, del deudor y de los terceros, que garantizan las reglas y principios que gobiernan la hipoteca común». Y en concreto, alude como motivos de rechazo: *a)* que dicha hipoteca agrava la posición del deudor e incrementa los riesgos de sus restantes acreedores, alterándose gravemente el justo equilibrio entre los intereses del acreedor, del deudor y de los terceros. En concreto, alude a la necesidad de razón justificativa para la creación de nuevos derechos reales y a la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos estructurales; considera, asimismo, que se impide el buen funcionamiento de los mecanismos de descuento y subrogación en caso de finca hipotecada; que se hace muy difícil la ejecución y el sistema de subsistencia de cargas, si ejecutada una carga posterior se incumple la condición, y, además, afirma que la hipoteca condicional no puede equipararse a una hipoteca unilateral, expresamente regulada por la ley, pues tienen naturaleza diferente, y nuestro ordenamiento no admite este tipo de hipotecas, sino que más bien es contrario a su utilización, y por último, mantiene que es complicado que estas hipotecas tengan efectos retroactivos automáticos. *b)* Asimismo, se rechaza la inscripción porque los eventos de los que se hace depender la eficacia de la hipoteca no son verdaderas condiciones.

Pues bien, la DGRN acepta la constitución e inscripción de las hipotecas sometidas a condición suspensiva, y los argumentos que da para su admisión, resumidamente, son los siguientes:

1. Los derechos reales son *numerus apertus*, por lo que pueden constituirse nuevos derechos reales y, asimismo, puede alterarse el contenido típico de los mismos, y en concreto sujetarlos a condición, término o modo. Eso sí, siempre es necesaria una razón justificativa suficiente y la determinación precisa de los contornos del derecho real. Pero respetados esos límites, «la hipoteca voluntaria, como fruto que es de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, puede quedar sujeta a una condición, al igual que puede constituirse por plazo determinado (cfr. Resolución de 17 de octubre de 1994)».
2. Afirma que la hipoteca sometida a condición suspensiva no es «un gravamen potencial sino un derecho de garantía actual de un crédito existente, que perjudica a los terceros adquirentes desde su constitución, si bien se moraliza la cobertura de dicho crédito, de suerte que además de la parte inicialmente asegurada se extiende —si se cumple la condición— a otra parte también determinada». Esto se justifica en el hecho de que *pendiente conditione*, el acreedor tiene facultades de conservación y disposición de su derecho, y *existente conditione*, el derecho del acreedor alcanza su plena extensión y con el rango que le confiere la inscripción.
3. Se cumple perfectamente el principio de determinación registral, pues el crédito que se garantiza está plenamente configurado en sus aspec-

- tos definidores, y asimismo queda determinada la responsabilidad hipotecaria máxima por la que será oponible la hipoteca.
4. No se perjudica los derechos de terceros, pues al haberse señalado la responsabilidad hipotecaria máxima, y constar que, si se cumple la condición, la responsabilidad se ampliará automáticamente hasta la cantidad señalada, se pone en conocimiento de dichos terceros todas las vicisitudes.
 5. No impide el desarrollo del crédito territorial, ya que se atribuye al deudor la facultad de liberarse del gravamen mediante la amortización anticipada del crédito.
 6. Por último, asegura que los acontecimientos de los que se hace depender el nacimiento de la «nueva» hipoteca, son verdaderas condiciones, y no *conditio iuris* como entendía el Registrador.

Ante esta sorprendente doctrina de la DGRN, creo que es conveniente plantearnos hacer un análisis de la misma, sobre todo en relación a dos temas: 1) la posibilidad de admisión en nuestro derecho de tales hipotecas, 2) las consecuencias prácticas de tal admisión.

III. POSIBILIDAD DE ADMISIÓN DE LAS HIPOTECAS SOMETIDAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA

La admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, no tiene fácil cabida.

1. En primer lugar, no existe ninguna regulación legal que la contemple, pues ni la Ley Hipotecaria ni el Código Civil la recogen en su articulado. En consecuencia, su admisión debería apoyarse en la existencia de un *numerus apertus* de derechos reales, y con base en ello, tal y como hace la DRGN, admitir su posibilidad. Pero, de todos es sabido que la posibilidad de un *numerus apertus* de derechos reales está muy restringida, y ha sido el propio Centro Directivo (1) quien ha marcado los límites o requisitos de su admisión, a saber:

- a) No basta la mera voluntad de las partes para la configuración de los derechos, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos de derecho real.
- b) Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trasciende a los terceros.
- c) Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho.
- d) Es necesaria que exista causa o razón que la justifique.

Por todo ello, y fijándonos sobre todo en el segundo requisito, separándonos en este punto de lo que mantiene la Dirección General, considero que, precisamente, la eficacia frente a terceros de los derechos reales, su oponibilidad *erga omnes*, exige la aplicación de principios de orden público, inmuta-

(1) Véase, en este sentido, las RRDGRN de 11 de abril de 1930; 23 de noviembre de 1934; 13 de mayo de 1936; 1 de marzo de 1939; 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943; 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947; 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955; 1 de agosto de 1959; 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993.

bles e inderogables, lo que impide que su configuración quede libremente sometida a la voluntad de las partes. Por eso, no creo que pueda «alterarse el contenido de este derecho», sometiéndolo a condición, pues la eventualidad de su nacimiento, y sobre todo el incumplimiento de la condición a la que se somete, que conduce a la no existencia del derecho, puede perjudicar a terceros que contrataron o actuaron con base en una «expectativa de derecho».

2. La falta de regulación legal lleva a parte de la doctrina a admitirlas por su «semejanza con las hipotecas unilaterales», pues, éstas también se hacen «depender» de la futura aceptación del acreedor, y por tanto, se entiende que el régimen de las unilaterales puede aplicarse a las hipotecas condicionales, hasta ahora al margen de cualquier previsión legal. Bien, no podemos estar más en desacuerdo con esta idea. Las diferencias entre las hipotecas sometidas a condición suspensiva y las unilaterales no pueden ser mayores. En las hipotecas unilaterales, la aceptación del acreedor es requisito para la existencia del derecho real, y no condición a la que se somete su probable, futura e incierta existencia. Esto quiere decir que, mientras en la hipoteca unilateral existe, desde el inicio, una hipoteca —en vías de desarrollo, hasta que se cumplan todos los requisitos necesarios—, en la hipoteca sometida a condición suspensiva no existe, no hay hipoteca alguna, ni siquiera en fase de constitución.

3. La jurisprudencia registral, hasta la fecha de estas Resoluciones, ha rechazado este tipo de hipotecas, pues si bien admite sin problemas la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones condicionales (por otra parte, sí reguladas por la Ley), ha rechazado en varias ocasiones la incertidumbre como compañera de viaje de los derechos reales inscritos, pues la seguridad jurídica pretendida con el Registro de la Propiedad choca con las situaciones de incertidumbre, tal y como afirman las RRDGRN de 15 de febrero de 2002 y 22 de julio de 2004 (2).

4. Como consecuencia de ello, la admisión de estas hipotecas, en definitiva, puede suponer la admisión de una reserva de rango indefinida, hasta que se cumpla la condición que, dependiendo de cuál sea el hecho en que ésta consista, puede alargar dicho plazo en demasía. De esta forma, se estaría alterando nuestro sistema registral, que establece claramente un sistema de avance de puestos frente al sistema de rangos fijos, y que es escrupuloso en la regulación de las negociaciones del rango, admitiendo la reserva, permuta y posposición en casos perfectamente delimitados. La admisión de esta figura nos «vuelve a sonar», a una vieja cantinela y aspiración de las entidades crediticias que pretenden lograr y asegurarse un rango preferente como sea, alterando el sistema de prelación de créditos y la *par conditio creditorum*.

5. La retroactividad. Si hablamos de una hipoteca sometida a condición suspensiva, según la teoría general de las obligaciones, cumplida la condición, deben retrotraerse sus efectos al momento de su inscripción. ¿Es posible esta retroactividad en las hipotecas sometidas a condición? Analiza muy bien esta cuestión MUÑOZ VILLALÓN (3), y voy a reproducir su razonamiento: Si no es posible dicha retroactividad, habría que concluir que no es posible su inscripción, porque al ser la inscripción constitutiva, nada se aseguraría hasta la

(2) De nuevo, lo que subyace en estas afirmaciones son razones de orden público y de seguridad jurídica.

(3) Véase MUÑOZ VILLALÓN, J., *La hipoteca bajo condición suspensiva*, comunicación presentada en el Congreso de Registradores de Granada, octubre de 2006.

fecha de cumplimiento de la condición, y estaríamos ante un Derecho prácticamente vacío de contenido; no sería nada esa hipoteca pre-inscrita. Añade este autor que sería «un negocio jurídico sin causa objetiva, entendida como la función social que presta», y que produciría una apariencia de derecho de hipoteca, de dudosa eficacia ante las partes y terceros, similar a la promesa de hipoteca, prohibida por nuestro ordenamiento (art. 1.862 del Código Civil).

Pues bien, este autor considera que existen motivos importantes para negar la retroactividad a este tipo de hipoteca, como son: *a)* la excepcionalidad que tiene en nuestro Derecho la creación de preferencias y privilegios no reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues alteran la *par conditio creditorum*; *b)* la incertidumbre que se genera en el tráfico jurídico por hacer depender la existencia de la hipoteca de un supuesto o acontecimiento que debe acreditarse extra-registralmente, y que por tanto escapa a la fe pública registral; *c)* en consecuencia, puede producirse una restricción a la libre circulación de las fincas, pues en esas condiciones los terceros, posibles adquirentes de la finca, se retraerán por la dificultad de determinar si existe o no hipoteca anterior a sus derechos.

Todos estos motivos hacen dudar de la posibilidad de la retroactividad en la hipoteca, y si no hay retroactividad, lo que, desde luego no hay, es verdadera condición suspensiva, pues es de esencia de las mismas esa retroactividad (art. 1.120 del Código Civil). Si no hay condición suspensiva, lo que tendremos no será una hipoteca sometida a condición, sino probablemente otra figura distinta, que como hemos dicho antes, más se asemeja a un privilegio, a un rango perpetuo.

En resumen, desde un punto de vista teórico, no encontramos argumentos válidos para mantener su admisibilidad. Y ésta se basa más bien en razones de la práctica mercantil y de la agilidad del tráfico y de dar respuesta a demandas de los acreedores hipotecarios (entidades financieras en su mayoría), que consiguen así un guardar un mejor rango, razón que ha sido determinante el caso de las resoluciones analizadas. Otra de las razones, como bien apuntan PARDO NÚÑEZ y DE LA IGLESIA (4), y muy ligada a las ya citadas es el beneficio fiscal que conlleva este tipo de operación. La STS de 5 de diciembre de 1998 pospone el Impuesto de Transmisiones en las adquisiciones de derechos sujetas a condición, hasta que se cumpla ésta. De esta forma, como dicen los autores citados, se evita el pago de los impuestos por la constitución de estas hipotecas «mediante el expediente de condicionar su efectivo nacimiento —y por tanto el pago del oportuno gravamen fiscal— a que verdaderamente se las necesiten; es decir, al surgimiento de indicios que permiten prever el impago, más o menos inminente, de los créditos garantizados».

Por otra parte, en el caso concreto de la resolución que se analiza, desde mi punto de vista, existe otra razón de tipo práctico que favorecería su admisión. En el caso de estas resoluciones, la hipoteca condicionada es una futura y probable ampliación de hipoteca. Lo que pretende el acreedor es «reservar el rango» de la primera, y «burlar» con esta figura el procedimiento normal, que sería establecer una primera hipoteca, después inscribir la nueva ampliación de hipoteca (si se amplió el préstamo), estableciendo un pacto de igualdad de rango con la primera, siempre que no hubiera terceros intermedios; pues, si existen, no es posible dicho pacto —al menos sin su consentimiento—, y la am-

(4) Véase PARDO NÚÑEZ, C. y DE LA IGLESIA MONJE, I., «Hipotecas bajo condición suspensiva», en *La Ley*, 3 de julio de 2006, págs. 1-5.

pliación supondrá, entonces, pérdida de prioridad (5). No obstante, este procedimiento de establecer dos hipotecas con igualdad de rango, que es perfectamente posible y admitido, no interesa al acreedor porque fiscalmente es mucho más costoso, ya que se someterían al gravamen de IAJD las sucesivas constituciones de las dos hipotecas. Con la hipoteca condicional, no sólo se evita esas sucesivas imposiciones, sino que, además, se posterga el gravamen hasta el efectivo cumplimiento de la condición, y sólo si se cumple. Además, la admisión de la hipoteca condicional podría ser el vehículo para burlar el pacto de igualdad de rango entre una primera hipoteca y la posterior ampliada, pues, como hemos dicho, esto sólo es posible si no existen terceros intermedios, que puedan resultar perjudicados, o si existen, con el consentimiento de todos ellos (6). La admisión de la hipoteca sometida a condición suspensiva, tal y como mantiene la DGRN, no afectaría a esos terceros, es más, no existirían esos terceros intermedios, porque la hipoteca inscrita ya estaría advirtiéndolo de tal posibilidad. Luego, con la hipoteca condicional, sí se conseguiría el objetivo pretendido: asegurarse un rango mejor, sin llevar a cabo tantas operaciones, y con independencia de la existencia o no de terceros inscritos.

Razones, todas ellas, que favorecen las intenciones de las entidades financieras, que son, en la práctica, los principales acreedores hipotecarios.

Resumiendo, son fundamentalmente razones prácticas las que conducen a la admisión de esta figura. Pero, ¿son todas ventajas y beneficios en la práctica? Creemos que no, pues existen también muchas dificultades prácticas en su ejercicio, que conviene poner de relieve y que desaconsejan su admisión definitiva.

(5) Por otra parte, después de las RRDGRN de 7 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002, se admite la posibilidad de la ampliación de hipoteca como novación modificativa del préstamo inicial, conservando, entonces, la parte ampliada de hipoteca el mismo rango que la anterior, sin necesidad de constituirse dos hipotecas. Además, si llega a aprobarse el Anteproyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, esta operación será todavía más fácil, pues contempla la modificación del artículo 4 LSMPH, en el sentido de que la ampliación o reducción del capital se contempla como una de las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación del préstamo hipotecario (novación modificativa), confirmando, de este modo, que se trata de la misma obligación inicialmente asegurada y por lo tanto con la misma hipoteca primitiva.

(6) Véanse las Conclusiones formuladas por la Comisión Nacional de Consultas el 20 de noviembre de 2003, al pronunciarse sobre la admisibilidad o no del pacto de igualdad de rango: «El pacto de simultaneidad de rango debe formalizarse entre el dueño de la finca hipotecada y el titular, o los titulares de las hipotecas. La presencia del primero es, en todo caso, necesaria, no sólo porque la igualdad de rango puede representar para él un perjuicio real o potencial, sino especialmente porque a él corresponde siempre la voluntad de que las hipotecas constituidas gocen del mismo rango, no pudiendo verse aquí un supuesto de negociación de rango (art. 241 RH) al que aquél pueda permanecer ajeno... En el caso de que existan titulares de cargas intermedias entre las hipotecas, a cuya simultaneidad de rango se aspira, se requerirá no sólo el consentimiento de los titulares de las mismas, sino la perfecta determinación de la situación de prioridad registral en que todas las cargas quedan».

Pero, si no existen terceros intermedios, la Comisión afirma que «En el caso de que tales titulares no existan, debe prevalecer la voluntad de las partes de establecer una sola obligación con un régimen único y uniforme, como declararon las indicadas Resoluciones. Resulta inadecuado pretender diferenciar en el asiento de ampliación de hipoteca cantidades y responsabilidades de los que ha pasado a ser único por voluntad de los intervinientes».

IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LAS HIPOTECAS SOMETIDAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA

NÚÑEZ PARDO y DE LA IGLESIA MONJE (7) han abordado en su estudio las principales dificultades o inconvenientes prácticos que se derivan de las hipotecas condicionales. Resumimos en estas líneas los principales que allí se recogen:

1. VENTA FINCA HIPOTECADA

Mantienen estos autores que en las hipotecas bajo condición suspensiva no puede actuar en los casos de transmisión de finca hipotecada el sistema de retención o descuento del precio, que recoge el artículo 118.2 LH. En estos casos, sería imposible la subrogación del vendedor (deudor hipotecante) en el lugar del acreedor, para recuperar del comprador la cantidad descontada. Si no se cumple la condición, no existe hipoteca, luego no es posible la subrogación del deudor en la hipoteca para recuperar la parte del precio descontada, pues, como dicen estos autores, «nadie puede subrogarse en lo que no existe». De esta forma, se impediría el juego de la subrogación típica en la venta de finca hipotecada con descuento, importantísimo para la transmisión de fincas hipotecadas.

2. EJECUCIÓN FINCA HIPOTECADA

Otro problema similar al anterior surge en la venta judicial de la finca hipotecada, derivada de su ejecución. Se impide en este caso el correcto funcionamiento del sistema de subsistencia de cargas (arts. 232 y 231 RH), y la correspondiente subrogación del comprador en la hipoteca para recuperar el importe retenido y descontado del valor de la finca, precisamente por la existencia de esa hipoteca que, si no se cumple la condición, no llega a existir.

Pues bien, en este punto, los citados autores defienden que si se ejecuta una carga posterior a la hipoteca, pueden ocurrir dos cosas: *a)* se considera que la hipoteca condicionada no subsiste y por tanto se cancela su inscripción (¿de qué sirve entonces?); *b)* la hipoteca sí existe, y subsiste, por tanto, a la ejecución. En este caso, que sería lo más normal, se descontaría del precio del remate el importe de la hipoteca subsistente; pero, si la condición no llega a cumplirse, no existiría tal hipoteca. Luego, en este caso, al no existir la carga que previamente se descontó del remate, el antiguo propietario debería subrogarse en la hipoteca para recuperar el importe de la mal descontada carga. Pues bien, si no se cumple la condición, no existe hipoteca, y no hay, de nuevo, mecanismo subrogatorio posible para el antiguo propietario ejecutado.

Estos dos relevantes problemas prácticos, que impiden el normal funcionamiento del derecho real de hipoteca, inciden en la dificultad de su admisión. Si a ellos unimos todos los inconvenientes que vemos para su admisibilidad y licitud, nos inclinamos por rechazar la admisión de esta figura, que sólo pretende una reserva de rango indefinida y esquivar una imposición fiscal.

(7) Véase PARDO NÚÑEZ, C. y DE LA IGLESIA MONJE, I., «Hipotecas bajo condición suspensiva», *ob. cit.*, págs. 1-5.

No obstante, a raíz de las dos Resoluciones citadas, no cabe duda de que es perfectamente admisible e inscribible en el Registro de la Propiedad. Sería de agradecer, entonces, que el legislador tuviera a bien el tratar de solucionar y dar respuesta, en una futura regulación sobre las hipotecas condicionales, a los problemas que se han puesto de relieve.

RESUMEN

HIPOTECA CONDICIONAL

A raíz de las Resoluciones de DGRN de septiembre de 2005, se admiten en nuestro ordenamiento las hipotecas sometidas a condición suspensiva. Su admisión es discutida por la doctrina tanto en cuanto a su propia validez como a las dificultades que su admisión puede generar en la práctica. Se analizan en estas líneas, ambos aspectos.

ABSTRACT

CONDITIONAL MORTGAGE

As a result of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decisions of September 2005, Spanish legislation admits mortgages subject to suspensive conditions. The admission of mortgages of this type is disputed by doctrine, in terms of both their validity and the difficulties that their admission may cause in practice. Both aspects are analysed here.

1.4. Sucesiones

PRETERICIÓN POR OMISIÓN DEL LEGITIMARIO

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias que tratan de la preterición, esto es, cuando el testador omite de forma voluntaria o involuntaria en su testamento a algún legitimario al no establecer a su favor ninguna disposición patrimonial sin causa alguna que justifique este hecho, ya que si la no mención del legitimario se debe a desheredación, no hay preterición.

La preterición, desde un punto de vista formal, equivale a no instituir ni desheredar de forma expresa. Desde un punto de vista material, cabe no mencionar a un legitimario en el testamento y, sin embargo, no existir preterición por haberle asignado la legítima a través de una donación.

Ya las Partidas (6.8.1.) se referían a la preterición como «pasamiento que es fecho calladamente non faciendo el testador mención en el testamento de los que habían de heredar lo suyo por derecho». En las mismas era necesaria la institución de heredero para la validez del testamento. El Ordenamiento de Alcalá suprimió esta solemnidad.