

La subrogación real en las hipotecas y en el embargo

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA HIPOTECA INMOBILIARIA: A. CASOS EN QUE SE EXTINGUE LA HIPOTECA Y NO HAY SUBROGACIÓN REAL. B. SUPUESTOS EN QUE HAY SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA: a) *La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones*: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Evolución legislativa. 3. Indemnizaciones procedentes de seguros, de expropiaciones y actos dañosos y culpables de un tercero. b) *El sobrante del remate*. c) *El supuesto del artículo 127.2.º, inciso final*. C. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL PERFECTA: a) *En el urbanismo: reparcelaciones y sistema de compensación*. b) *En la concentración parcelaria*. c) *En las permutas forzosas*. d) *En la reconstrucción de la finca asegurada*.—III. LA HIPOTECA MOBILIARIA: A. CASOS EN QUE NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL. B. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA EN LA HIPOTECA MOBILIARIA: a) *Su extensión a las indemnizaciones*. b) *La extensión de la hipoteca del establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas*. c) *La extensión del sobrante*.—IV. LA SUBROGACION REAL Y EL EMBARGO: A. EN CASO DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN EMBARGADO. B. LA DECISIÓN DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA A FAVOR DEL EMBARGANTE POR EL SOBRANTE.

I. INTRODUCCION

Este artículo constituye uno de los capítulos de un libro que tengo muy avanzado, *La subrogación real en el Derecho común español*, en el curso del cual expongo mi teoría sobre esta figura. Creo que facilitará la lectura de este capítulo o monografía el concepto que construyo y doy de la subrogación real en el libro desde un doble punto de vista: 1) la figura jurídica creada para conservar un bien inmediatamente a través de otro como objeto sucesivo del mismo derecho subjetivo o mediatamente como objeto de otro derecho subjetivo al que sustituye en el mismo destino o afectación. En esta definición se distinguen las dos clases o modalidades de la subrogación real, la perfecta, inmobiliaria o moderna por la cual un derecho subjetivo sobrevive a pesar del cambio de objeto, de finca, de parcela y que tiene manifestaciones muy ela-

boradas en el urbanismo, concretamente en la reparcelación y en el sistema de compensación y la imperfecta, tradicional o clásica (1) en que el derecho subjetivo cambia de titular y con él su objeto, quedando integrado en el mismo destino o afectación que el de procedencia, la cual tuvo su expresión en la «universitas» y hoy la tiene en los patrimonios separados, como los existentes en nuestro régimen de gananciales con sus patrimonios privativos de cada cónyuge y ganancial de ambos y también en derechos aislados; v.g., la hipoteca en caso de destrucción de la finca asegurada.

2) Esta tipificación funcional de la subrogación real puede completarse con la definición por las notas o requisitos para su nacimiento: La subrogación real es la decisión legal o negocial ante una fluctuación de conservar el contravalor en el mismo derecho subjetivo o su destino o su afectación en otro. Los requisitos de la subrogación real desde la importante aportación de LAURIOL (2) son: La fluctuación patrimonial que implica salida en el patrimonio de un derecho subjetivo y entrada de otro o el reemplazo de un objeto por otro en el mismo derecho y el contravalor que se desdobra en dos elementos: la procedencia, que exige que la entrada y salida en el patrimonio de los derechos sean correspectivas o que en el reemplazo haya correlatividad entre el antiguo y el nuevo bien y la equivalencia, que, aunque no es rigurosamente requerida, sí exige, al menos, que no sea inicua o desproporcionada.

Por último, la decisión, es decir, que la ley, el testamento o el contrato la establezcan, estos dos últimos cuando no contravengan una ley imperativa, ley imperativa que otra ley puede excepcionar. La decisión de subrogación real es superflua, cuando no hay un patrimonio separado o un derecho singular con un destino especial que deba ocupar el puesto del derecho o del bien salido o desaparecido, porque el ingreso en el patrimonio general se realiza como bien futuro, conforme dispone el artículo 1.911 del Código Civil.

En esta monografía examinaré los supuestos de extinción de la hipoteca inmobiliaria, mobiliaria y el embargo, para ver en cuáles hay subrogación real, si ésta es perfecta o imperfecta y o si no la hay.

El problema que estudiaré con más detenimiento o en el que pretendemos hacer alguna aportación es el de la naturaleza jurídica de la extensión de la

(1) La subrogación real imperfecta a que me refiero, no tiene ninguna relación con la subrogación real imperfecta construida por un sector de la doctrina francesa para explicar las últimas reformas del Códice en materia de deuda de valor y que expongo y critico en otro capítulo de este libro, titulado «Deuda de valor y subrogación real imperfecta», pendiente de publicación en *Anuario de Derecho Civil*.

(2) *La subrogation réelle*. Librairie du Recueil Sirey, París, 1954. «La fluctuación», págs. 83 y sigs. del T.I. Contravalor, págs. 239 y sigs. del T.I. «La decisión», págs. 41 y sigs. del T.II. RANOUIL, *La subrogation réelle en Droit Civil française*. L.G. de D. et J., París, 1985, quien sólo se ocupa específicamente del reemplazo de bienes o fluctuación, págs. 147 y sigs., y del contravalor en sus dos elementos la procedencia, págs. 171 y sigs., y la equivalencia, págs. 195 y sigs.

hipoteca en caso de destrucción o expropiación de la finca objeto del derecho hipotecado, ya que las explicaciones doctrinales no nos satisfacen, ni las de aquéllos que excluyen la subrogación real ni las de quienes quieren encuadrarla en una forzada, por contrariar la técnica jurídica, de una subrogación real perfecta.

II. LA SUBROGACION REAL EN LA HIPOTECA INMOBILIARIA

A. CASOS EN QUE SE EXTINGUE LA HIPOTECA Y NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL

En la hipoteca la subrogación real no juega, al menos, en estos supuestos. Es claro que en los casos de pago del crédito hipotecario la hipoteca se extingue en razón de su función accesorio y la extinción de un derecho subjetivo es la antítesis de su conservación o sobrevivencia, esencia de la subrogación real perfecta y porque no hay fluctuación en el patrimonio del deudor, ya que sale del mismo el dinero para el pago del crédito hipotecario, pero no ingresa por esta causa nada en él, sólo disminuye el pasivo del deudor y faltando este requisito de la fluctuación no puede operar la subrogación real perfecta ni la imperfecta.

Al pago del crédito hipotecario por el deudor hay que equiparar, a efectos de excluir la subrogación real tanto perfecta como imperfecta, los siguientes supuestos: 1.º El pago por el dueño de la finca hipotecada no deudor, sea tercer poseedor o fiador (art. 126, párr. 2.º y 131.5.ª párrafo primero de la Ley Hipotecaria), que extingue también la hipoteca por confusión al jugar el artículo 1.212 del Código Civil, ya que no cabe la subrogación del hipotecante, fiador real o del tercer poseedor, porque como dueño de la finca hipotecada la hipoteca se extingue, no por confusión, sino por el principio *neminem res sua servit*, no cabe en nuestro Derecho civil la hipoteca sobre cosa propia aunque, hay subrogación personal en el crédito solamente (arts. 1.210.3.ª y 1.839 y 1.212 del Código Civil). Un supuesto especial, es el caso de venta de finca hipotecada, si no hubo asunción deuda, pero si hubo retención o descuento del precio y el vendedor paga la obligación garantizada con la hipoteca, que quedará subrogado en el lugar del acreedor, en este caso en el crédito y la hipoteca conforme prevé el artículo 118 de la Ley Hipotecaria no existiendo subrogación real, aunque sí personal (art. 1.210.3 en relación con el 1.212) pues el vendedor ocupa el puesto dejado por el acreedor, el lado activo de la relación, de acuerdo con la teoría de BUCCISANO (3).

(3) *La surrogazione per pagamento*, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 39 y sigs.

2.º El pago del crédito hipotecario por el titular de algún derecho real sobre la finca constituido con posterioridad a la hipoteca, que prevé el artículo 131.5.^a, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria (4) en cuyo caso, aunque la hipoteca subsiste y hay subrogación en el crédito hipotecario no hay subrogación real, porque cambia el titular y no hay, por tanto, conservación de la hipoteca, sino adquisición de la misma por subrogación personal, por ocupación del puesto del acreedor por el titular del derecho real que paga el crédito garantizado, conforme al artículo 1.210.3.º en relación con el 1.212 del Código Civil.

3.º La dación o adjudicación en pago contemplada en el artículo 131.10.^a y 11.^a de la Ley Hipotecaria y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que extinguen el crédito hipotecario.

4.º Tampoco hay subrogación real en las hipótesis de los artículos 127, párrafo segundo, inciso primero, en relación con el 135, párrafo segundo, y la regla 8.^a del 131, todos de la Ley Hipotecaria, porque subsisten las hipotecas sin cambio de sujeto activo, de derecho subjetivo ni de objeto, sólo cambia el sujeto pasivo, pero no hay fluctuación en el derecho real de hipoteca ni en su objeto.

5.º En el caso del pago del crédito hipotecario con el precio del remate que extingue la hipoteca y el crédito (art. 131.16.^a y 17.^a de la Ley Hipotecaria) y no hay subrogación real, si el precio del remate es igual o inferior al crédito ejecutado, pero si es superior hay otros acreedores no preferentes, el exceso recibe el mismo tratamiento que las indemnizaciones por destrucción o expropiación referidas en los artículos 109 y 110.2.º de la Ley Hipotecaria, habiendo subrogación real imperfecta, como veremos más adelante al estudiar estos supuestos.

Los supuestos 1.º, 3.º y 5.º en que no hay sobrante o si lo hay no hay acreedores preferentes, antes referidos, son consustanciales al derecho real de hipoteca, integran, su estatuto jurídico por el cual «sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) y en estos supuestos la obligación se cumple por el pago o por subrogado de él, como es la dación en pago, cumpliendo su función la hipoteca y extinguiéndose por ejercitarse su derecho.

En el supuesto 2.º, la hipoteca subsiste, pero en un titular distinto del acreedor primitivo, cuyo crédito se extinguió, y por tanto, nada se conserva y ningún papel desempeña la subrogación real. En el supuesto 4.º todo sigue inalterado, no hubo fluctuación y no puede haber subrogación real.

(4) El RH en su artículo 225 contempla y amplía a otros titulares que hubiesen pospuesto su rango a la hipoteca del actor o a los de anotaciones posteriores a la inscripción de dicha hipoteca.

Como nota común, en ninguno de los casos citados no hay decisión legal ni negocial ni poniendo la subrogación real.

B. SUPUESTOS EN QUE PUEDE HABER SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA

a) *La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones*

Casos de subrogación real según la doctrina (5) son los de los artículos 109 y 110.2.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a las indemnizaciones por destrucción o expropiación de la finca hipotecada a las que extiende la hipoteca y si el siniestro o expropiación o acto ilícito ocurren antes del vencimiento se depositarían o consignarían.

1. Planteamiento de la cuestión (6)

En caso de destrucción de la finca hipotecada, el derecho subjetivo y real del acreedor hipotecario se extingue por la pérdida de su objeto, si no hay un seguro que indemnice al propietario el daño sufrido o un responsable solvente que esté obligado a resarcir el daño, no se plantea ninguna cuestión de subrogación real y el acreedor hipotecario deviene en un acreedor escriturario que

(5) Casos estudiados como de s.r.p. por LAURIOL, *La subrogation réelle*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1954, vol. II, págs. 393 y sigs. RIVES, «La subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière», *Revue Trimestrielle de Droit civil* de octubre-diciembre de 1968, págs. 621 y 636, y ROCA SASTRE, *Subrogación real RDP* de abril de 1949, págs. 303 y sigs., y especialmente en su Derecho hipotecario. Bosch, Barcelona, 1968, T. IV, vol. 2.º, págs. 488 y sigs., en el que pone de relieve las dificultades que plantea en estos supuestos la destrucción o expropiación de la finca y su reemplazo o sustitución por una indemnización para que la situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial subsista, en este caso, sobre el bien reemplazado. Dice que la hipoteca no puede subsistir porque se extingue *experemptione rei*, ni que se subrogue en la indemnización o en el crédito, que son bienes muebles y propone como remedio, ver un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio (*pignus nomini*) mientras está pendiente de cobro la indemnización y una prenda de dinero (prenda irregular) una vez hecha efectiva. También resalta, el ilustre jurista, que hay un parentesco entre la indemnización y la realización del valor dinerario de la finca en caso de ejecución. Nosotros, de acuerdo con nuestra postura y como explicaremos en el texto, no admitimos la s.r.p. para explicar esta extensión, pero sí la imperfecta, ya que el derecho de crédito a la indemnización tiene el mismo destino o afectación que la hipoteca, este derecho subjetivo es sustituido por el derecho a la indemnización. También se ocupa de esta cuestión MARÍN PADILLA en una de las cuatro monografías sobre la s.r., en la titulada: «El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y de goce», en *RCDI*, págs. 1149 y sigs.

(6) El planteamiento histórico de la cuestión, con referencia principalmente al Derecho francés, puede verse en MARÍN PADILLA, ob. y lugar cit.

podrá cobrar su crédito embargando otros bienes del patrimonio del deudor y si éste es insolvente, en principio, no podrá cobrar su crédito, sólo si mejora la situación económica del deudor podrá cobrar, como acreedor escriturario sobre los bienes futuros.

Ahora bien, si la finca hipotecada está asegurada contra el daño que le causó la ruina o hay un tercero solvente y responsable de él, se plantea la subrogación real, es decir, que la indemnización sustituya a la hipoteca en beneficio del acreedor hipotecario, pues no se duda que el dueño de la finca tiene derecho a la indemnización, la cuestión que se plantea es la de si ese derecho lo comparte o no con el titular de la hipoteca. Si lo comparte, en los mismos términos que lo compartiría sobre la finca hipotecada, en cuyo caso hay una sustitución en el destino de la indemnización por la finca. Si al extinguirse la hipoteca, la indemnización la recibe solamente el dueño de la finca, el acreedor hipotecario podría cobrar su crédito como un acreedor escriturario, embargando los bienes del patrimonio del deudor, entre ellos la indemnización, pero sin la preferencia que tenía sobre la finca.

En pro de la primera tesis se alega la subrogación real porque la indemnización representa al inmueble y es consecuencia de la obligación de conservar la cosa hipotecada y porque en caso contrario se equipararían acreedor hipotecario y acreedores escriturarios, beneficiándose éstos a costa de aquél, y de la última, que la hipoteca no puede extenderse a las indemnizaciones, porque no es viable una hipoteca cuyo objeto sea dinero o un crédito, eso no es una hipoteca y porque la indemnización del seguro representa a las primas de quien trae causa y, además, éstas disminuyen el patrimonio del deudor que es la garantía de los acreedores quirografarios y escriturarios.

Nosotros creemos más digno de tutela el interés del ex acreedor hipotecario percibiendo la indemnización con carácter exclusivo, que compartiéndolo con los acreedores quirografarios y escriturarios, pero no construimos la s.r. como una subrogación real perfecta sino imperfecta, en estos supuestos, aunque en los casos de reparcelación, sistema de compensación y algún otro, puede operar una subrogación real perfecta o una subrogación real imperfecta.

2. Regulación legal de la extensión de la hipoteca

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «Que (entre) las cosas a las que la hipoteca puede extenderse... se encuentran las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario: de ellas puede decirse que reemplazan a la cosa hipotecada...»

Su artículo 110 disponía: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de

los bienes hipotecados», y el 111 decía: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca...»

5.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública».

El artículo 95 del RH regulaba «las indemnizaciones (la del núm. 5 del art. 111 de la Ley) si se hicieren efectivas antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, si no se convinieren, en el establecimiento público que designare el juez o Tribunal, hasta que la obligación se cancele» (7).

El artículo 1.877 se refirió también a la extensión de la hipoteca en estos términos: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las limitaciones, ampliaciones y declaraciones establecidas por la Ley...»

La Ley Hipotecaria de 16-12-1909 reproduce el artículo 110 de la de 1861 y recogió el número 5 del artículo 111 de esta Ley en el número 2, en el que únicamente suprimía la extensión de la hipoteca a la indemnización por la aseguración de sus frutos. El artículo 186 del RH aprobado por Ley de 6-8-1915, reguló las indemnizaciones referidas en el número 2 del artículo 111 en el supuesto de que se hicieran efectivas «antes del vencimiento de la deuda hipotecaria (que) se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, y si no se convinieren, se consignarán en la forma establecida por el artículo 1.176 y sigs. del Código Civil».

La Ley Hipotecaria de 8-2-1946 reforma los artículos 110 y 111.2.º El 110 es ahora el 109 y de él modifica el inciso final en el sentido de extender la hipoteca a todas las indemnizaciones «debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados» y no sólo «a las concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados» y que comprende no sólo las derivadas de expropiación por causa de utilidad pública, que ya contemplaba el número 5 del artículo 111 de la Ley de 1861 y después el número 2 del 111 de la Ley de 1909, sino a todas las indemnizaciones, incluidos los derivados del daño causado por culpa civil o penal de un tercero a las indemnizaciones por otro tipo de expropiación.

El 111.2.º es el 110.2.º de la Ley vigente y lo modifica, de un lado, de acuerdo con la reforma que introduce en el 109, disponiendo que «se enten-

(7) GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*. Cuarta edición corregida, aumentada y arreglada al Código Civil, tomo III. Reimpreso en 1903, págs. 214 y sigs., critican en las págs. 227 y sigs., la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por los frutos perdidos en los años intermedios.

derán hipotecadas juntamente con la finca...» (8). «Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles por razón de éstos» (y no por la aseguración de éstos, como decía el precepto anterior) «siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y...» (agregando la palabra hecho para comprender los actos ilícitos civiles o penales y el responsable o responsables deban resarcir el daño al propietario); y de otro, recoge el sentido del inciso final del artículo 186 del RH de 1915 y lo completa: «Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada, y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, o en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y sigs. del Código Civil». Se trata de obligaciones legales, tanto la que impone la notificación como la que establece la consignación y estas obligaciones no puede crearlas un Reglamento, lo impide el artículo 1.090 del Código Civil, siendo otro acierto de la Ley vigente trasladarlas al artículo 110.2.º

En lo que no acierta la reforma de 1944 ni de 1946, es en seguir hablando de extender la hipoteca a las indemnizaciones, en vez de sustituir o reemplazar la hipoteca extinguida total o parcialmente por las indemnizaciones, lo que es el objeto principal de este artículo.

Los artículos 109 y 110.2.º se inspiran en el mismo principio que el de la extinción de la obligación de entregar cosa determinada «cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor», conforme dispone el artículo 1.182, desarrollado por el 1.186 que dice: «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra los terceros por razón de ésta» y que para el supuesto de indemnizaciones por razón de un seguro de daños y respecto de acreedores privilegiados, el artículo 40 de la Ley 50 de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, dispone: «El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados sobre los bienes especialmente afectos, se extenderá a las acciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio...». Esta Ley prevé en su artículo 42 la reconstrucción de la finca hipotecada (de las cosas siniestradas) con la indemnización y exige para su pago que el asegurado y los acreedores se pongan «de acuerdo sobre las garantías con las que aquéllas han de quedar afectadas a la reconstrucción». Y si no hay acuerdo, dispone el artículo 42 por remisión al 40, que se depositará su importe en la

(8) No debiera decir *juntamente con la finca* porque como bienes futuros no pueden hipotecarse, pero de esto me ocupo más adelante en el texto.

forma que convengan los interesados y a falta de convenio, de acuerdo con los artículos 1.176 y sigs. del Código Civil. El artículo 109 de la Ley Hipotecaria extiende la hipoteca «al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados», y el número 2 del siguiente, dice que «se entenderán hipotecadas juntamente con la finca» dichas indemnizaciones. La lectura gramatical de ambos preceptos evidencia el desconcierto del legislador en el tratamiento jurídico de este problema: el 109 extiende la hipoteca a las indemnizaciones, lo que tendrá lugar cuando surja el derecho a las mismas por el siniestro o la expropiación, lo mismo que ocurrirá con las mejoras, que la hipoteca se extenderá cuando se hagan, pero en éstas la accesión lo explica y en aquéllas la hipoteca de un crédito, no se entiende (como ya anticipamos) y en el artículo 110.2 aun es menos inteligible la redacción, la traducción de la realidad, pues entender hipotecados juntamente con la finca el lado activo, del crédito, de una obligación condicional y futura, es admitir algo más que una hipoteca sobre un crédito, ya que conlleva un doble vicio en el objeto: pues, de un lado, el crédito no puede ser objeto de una hipoteca, ni aún mobiliaria, y de otro no hay objeto al constituirse la hipoteca pues el crédito no existe. Por tanto, ver en estos artículos un supuesto de subrogación real perfecta no es aceptable, pues esa técnica, esa subrogación real perfecta no puede presentar la hipoteca como el mismo derecho real inmobiliario y cuando después de destruido o expropiado su objeto es un crédito con la misma afección que la hipoteca, y la decisión de subrogación real contenida en los artículos 109 y 110.2 es de subrogación real imperfecta o clásica y si bien esta decisión de subrogación real imperfecta es legal (también puede ser convencional y en un principio así lo fue). En este sentido deben ser entendidos los preceptos hipotecarios que comentamos, teniendo nuestra postura su apoyo en el aspecto negativo en lo que he dicho y en el positivo en la interpretación legal o auténtica del artículo 40 de la Ley de contrato de seguro.

El artículo 1.186 atribuye al acreedor todas las acciones que el deudor tuviese contra los terceros por razón de la destrucción o pérdida de la cosa debida; ahora bien, el acreedor puede ser de dominio (9), hipotecario, pignoraticio, ya pueden concurrir dos o más respecto del mismo derecho sobre la indemnización que tenía sobre el inmueble hipotecario y esta norma, la del artículo 1.186, está desarrollada, no con carácter general, para todos los supuestos de indemnización de responsabilidad de los terceros, por causa de pérdida de la casa, sino para un caso, el más frecuente de responsabilidad, el del contrato y respecto de los acreedores privilegiados, de seguro de daños,

(9) El acreedor de cosa cierta y determinada es un acreedor de dominio, porque no es propietario, falta de tradición (arts. 1.095 del Código Civil) que es uno de los supuestos del artículo 1.186.

cuyo artículo 40 dispone la misma preferencia para los acreedores hipotecarios, sobre la indemnización, claro es, una vez extinguida la hipoteca por destrucción de la finca, que la que tenían sobre el derecho, cuyo objeto es el bien hipotecado, mediante la realización de su valor, mediante el ejercicio del *ius distrahendi*, preferencia que conservan a través del crédito a la indemnización, a la prestación del acreedor y no del derecho de hipoteca, que no puede sobrevivir sobre un crédito como objeto, aunque una lectura literal, no jurídica, de los artículos 109 y 110.2 puede llevar erróneamente a aceptar por imperio de la Ley una hipoteca sobre un crédito.

Queda claro que la lectura jurídica de los artículos 1.186 del Código Civil, 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria, y 40 de la Ley de contrato de seguro, llevan a una decisión de subrogación real imperfecta, es decir, de subrogación de la hipoteca en caso de destrucción física o jurídica de la finca por un derecho de crédito sobre la indemnización con las mismas preferencias. Voy a insistir en esta cuestión de la decisión de subrogación real imperfecta en supuestos que acabo de contemplar.

En los casos en que se extingue la hipoteca por destrucción o expropiación de la finca o por acto ilícito dañoso de un tercero, la subrogación real juega actuando sobre la indemnización, mas como dijimos, no puede plantearse la duda de si es el mismo derecho de hipoteca que ahora cambia su inmueble, como objeto, por dinero, o si es otro derecho el que ha sustituido al de hipoteca, si es un préstamo, un depósito, un crédito simplemente. Para nosotros se trata de un caso de subrogación real imperfecta, no de subrogación real perfecta. La existencia y prerrogativa o contenido del derecho de hipoteca son incompatibles con un objeto pecuniario. Esa irregularidad no es explicable técnicamente por vía de excepción, sino por vía de aniquilamiento del derecho y además es *superflua* esa construcción. En efecto, al inmueble se le sustituye, no por dinero, única forma de explicar el cambio de objeto en el derecho de hipoteca, sino por un crédito; el ex acreedor hipotecario es ahora acreedor de una suma de dinero o de parte de ella depositada en un establecimiento destinado al efecto. Lo que ha cambiado es el derecho del acreedor, ya que se ha extinguido la hipoteca por extinción de su objeto y con la misma afección ocupa su puesto en el patrimonio del hipotecante el nuevo derecho, que queda afecto al destino del antiguo por decisión legal, como hemos visto. El expropiante, la compañía de seguros, el responsable, el juez o el notario, de acuerdo con los artículos 110.2, 127, párrafo 2.º inciso final (131.16.ª de la Ley Hipotecaria, 236.K del RH y 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), depositarán el dinero en un establecimiento público destinado al efecto en la forma que convengan los interesados o se consignará judicialmente para que sea entregado al acreedor hipotecario, cuya hipoteca se extinguió por destrucción o expropiación al vencimiento del crédito del ahora ex acreedor hipotecario, que se ha convertido en un acreedor quirografario.

Habr  un contrato de depósito en el caso del artículo 110.2.  de la Ley Hipotecaria, cuando el acreedor que fue hipotecario y el deudor de la indemnización se ponen de acuerdo y el acreedor será ahora un acreedor que conserva, respecto de la indemnización, las mismas preferencias que cuando era hipotecario y esto por decisión de subrogación real imperfecta.

En los casos de consignación referidos en el artículo 110.2.  de la Ley Hipotecaria es necesario que la consignación se ajuste «estrictamente a las disposiciones que regulan el pago» (art. 1.177 del Código Civil) y como el crédito no ha vencido aún, el depósito del dinero, que se hará a disposición de la Autoridad judicial, conforme al artículo 1.178, se hará a nombre de ella, del Juzgado pertinente, y el ex acreedor hipotecario estará legitimado para reclamar al Juzgado su importe al vencimiento como titular de ese crédito aplazado y consignado.

En estos supuestos habrá cambiado la naturaleza del derecho del acreedor, cuya hipoteca se extinguió y la subrogación real imperfecta explica la titularidad de este crédito conservando las preferencias, ya que cumplen todos los requisitos de la subrogación real imperfecta: la fluctuación con la salida de la hipoteca del patrimonio del acreedor e ingreso del derecho de crédito, del derecho a la indemnización, con el mismo rango a través de la titularidad, que tenía por el *ius distrahendi* cuando el crédito era hipotecario, crédito que es el contravalor de la hipoteca extinguida, que procede de ella, es equivalente a la misma y todos en cumplimiento de los preceptos legales que ordenan la sustitución en el patrimonio del acreedor del derecho de crédito hipotecario por el derecho de crédito a la indemnización con las mismas preferencias que le confería la hipoteca.

No hay por tanto, subsistencia de la hipoteca con nuevo objeto pecuniario, ni subrogación real perfecta, sino sustitución de la hipoteca por la indemnización o depósito, y siendo las decisiones de estas subrogaciones reales imperfectas, legales, que no extinguen un derecho, el de hipoteca, porque éste se extinguió por la destrucción o pérdida de su objeto inmobiliario y la Ley no puede hacerlo continuar o sobrevivir sobre un objeto dinerario, pues las leyes son, según MONTESQUIEU, «las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas» y no contra la naturaleza de las cosas, por eso esta decisión no es de subrogación real perfecta, sino de subrogación real imperfecta, porque anuda al ex acreedor hipotecario un crédito contra la persona del deudor primitivo o de quien trae causa de él, como el tercer poseedor, la compañía de seguros o el ente expropiante o contra el fiador hipotecario del deudor primitivo (10), que se configura, según los casos, como un depósito

(10) Aunque hablo de deudor primitivo pudo haber una asunción de deuda o ser los herederos del mismo.

o un crédito dinerario. La adquisición *ex lege* del crédito en que consiste la indemnización es clara en los casos de destrucción física o jurídica de la finca, pues sin la decisión legal de subrogación real, el ex acreedor hipotecario no tendría derecho a la indemnización, o lo más lo tendría como acreedor quirografario.

Ahora bien, el hecho de que las decisiones de subrogación real de hipoteca que hemos estudiado, sean decisiones legales, no es obstáculo para que pueda pactarse la exclusión de la subrogación real, ya que el seguro nace del pacto y no de una obligación *ex lege*, y sin él no se asegura la finca de los riesgos de su destrucción fortuita, no habrá indemnización ni será posible la subrogación real, salvo casos de responsabilidad civil de un tercero, como los supuestos de los artículos 1.092, 1.093, 1.902 y concordantes del Código Civil; pero ya no estamos ante una destrucción fortuita, luego si por esta vía podemos excluir la subrogación real al no haber seguro, aunque puede haber indemnización por vía de responsabilidad, si hubiese culpa o negligencia, como acabo de exponer, no es dudoso que la decisión legal de subrogación real imperfecta puede excluirse por pacto y también que pueda contractualmente adoptarse una decisión de subrogación real diversa de las contempladas por la Ley.

Por tanto, la tesis de quienes ven en la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario una subrogación real perfecta, una hipoteca sobre una indemnización, sobre un crédito, no tienen consistencia jurídica ni aún la postura defendida por un jurista como ROCA SASTRE, que plantea estas graves dificultades y trata de resolverlas convirtiendo la hipoteca en el derecho más análogo, la prenda de un crédito o la prenda irregular (11), porque no implican la sobrevivencia del mismo derecho, el de hipoteca y, además, porque esas prendas plantean grandes problemas en su construcción jurídica, pues es, según MORENO, un tipo de negocio irregular con el que se «pretende garantizar realmente un crédito entregando al acreedor del mismo una cierta cantidad de bienes fungibles de valor cierto en el mercado, que pasan a propiedad de éste». En caso de incumplimiento podrá el acreedor «imputar» el valor de dichos bienes al pago del crédito, devolviendo el exceso y en caso de cumplimiento deberá proceder a la íntegra restitución del *tantumdem*. La prenda irregular al transmitir la propiedad no constituye un derecho real en cosa ajena (12). ROCA SASTRE (13) que pretende salvar la subrogación real a pesar de que «la transmutación de la hipoteca en una prenda parece poner en entredicho la tesis de la subrogación real, ya

(11) Véase sobre esto la obra de M.^a CRUZ MORENO, *La prenda irregular*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

(12) Ob. cit., págs. 145 y sigs.

(13) Ob. y vol. ut. cit., págs. 309 y sigs.

que es esencial en ésta la inmutabilidad o identidad de la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada». No obstante, cree que puede salvarse, «si se tiene en cuenta la identidad de la prenda y la hipoteca en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación, demostrada por la nota común de ambas figuras de ser derechos de realización de valor, armadas las dos del *ius distraendi*, ROCA SASTRE centra en la subrogación real perfecta la identidad de la relación jurídica, pretendiendo equiparar la hipoteca inmobiliaria a la prenda irregular, a la prenda sobre dinero, que no nos parece clara en nuestro derecho positivo ni en la doctrina, ya que en ésta se transmite la propiedad antes de vencer la obligación garantizada y después hay que devolver, y en la indemnización como subrogado no se adquiere la propiedad al vencimiento del crédito. Además, como él reconoce, no es lo mismo el derecho real de prenda que de hipoteca, agregando nosotros, no es la misma la afección de la indemnización que la garantía de la prenda, ni la prenda regular que la irregular.

Nuestra tesis, apoyada en la identidad de la afectación o de destino, finalidad esencial de la subrogación real que se alcanza en la perfecta, porque el derecho sobrevive al cambio de objeto y hay, por tanto, identidad del derecho, porque es el mismo y en la imperfecta se extingue el derecho subjetivo absoluta o relativamente y el que lo sustituye, sea o no de la misma naturaleza, queda sellado jurídicamente con la misma afectación, con el mismo destino que el derecho sustituido; en el primer caso un objeto sucede a otro en el mismo derecho subjetivo y la afectación o destino no cambia, es idéntico, v.g., subrogación real en las reparcelaciones urbanísticas, en el sistema de compensación, en la concentración parcelaria, en las permutas forzosas, en el retorno arrendaticio, etc.; en el segundo, un derecho subjetivo sustituye a otro, que tiene diferente objeto e incluso puede tener distinta naturaleza, pero ambos derechos están sujetos a la misma afectación, al mismo destino y esto es lo que ocurre con la indemnización por destrucción por acto dañoso ilícito civil o penal o expropiación de la finca hipotecada, que es sustituida por la indemnización, como ocurre en el bien privativo adquirido por permuta con otro bien privativo o por compra con dinero privativo, o el usufructo adquirido por permuta con otro bien privativo.

Interesante es la reciente Sentencia del TS de la Sala 1.^a de 3 de marzo de 1997, de la que fue ponente BARCALA Y TRILLO DE FIGEROA.

El supuesto de hecho es el siguiente: Doña Manuela N. L. compra a don Juan Ramón D. P., el prado llamado el Changui en escritura del 27-4-1983, cuya finca, junto con otra, estaban gravadas con una hipoteca a favor del Banco Central, S. A. desde el 10-12-1976 en garantía de una deuda reconocida de 26.333.985 pesetas, respondiendo aquella finca de 8.333.985 de principal, 708.390 de intereses de un año y de 900.000 de costas y gastos, total: 9.942.375 pesetas. Fechas anteriores a la adquisición de la finca en cuestión

por don Juan Ramón D. P., la misma habría sufrido un incendio que destruyó las naves construidas, y la aseguradora, el Banco Vitalicio de España, S. A. pagó al Banco Central 7.634.255 pesetas, que no destinó a la reconstrucción de las naves destruidas. En la escritura de constitución de la hipoteca se obligaba al deudor a concertar un seguro de incendios de las fincas hipotecadas, que respecto a la que se trata había de cubrir la suma de 10.000.000 millones de pesetas, quedando facultado el Banco «para que en caso de siniestro perciba el montante de la indemnización hasta cubrir su crédito». El Banco mantuvo la no aplicación de la indemnización al principal de la hipoteca, sino al pago de los intereses de toda la deuda garantizada y también que la hipoteca seguía vigente en la cuantía por la que fue concertada e inició en 1991 el procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria viéndose obligada la actora a consignar la total cifra de que respondía la finca, 9.942.375, o sea, el principal más intereses, más costas y gastos, pero reservándose la actora las acciones tendentes al resarcimiento de lo indebidamente cobrado, agregando yo, cumpliendo con la regla *solve et repete*, primero pagar y después repetir o reclamar lo pagado, máxima inmorale de la protección del tráfico jurídico y que tiene cobijo en el negocio abstracto.

La pretensión reclamatoria se fijaba en 8.954.259,75 pesetas, diferencia entre lo cobrado por el Banco 9.942.375, y lo debido 997.115,25.

El TS sostiene acertadamente que «la indemnización del Seguro viene a sustituir o reemplazar la cosa hipotecada, cuando ésta, por razón de un siniestro, desaparece total o parcialmente. Se produce, por efectos de los artículos citados (el 109 y el 110.2 de la Ley Hipotecaria), una subrogación real, en virtud de la cual «una determinada situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial, continúa subsistiendo sobre la cosa o elemento patrimonial que haya reemplazado o sustituido a aquél por causa de pérdida o enajenación». La garantía hipotecaria se descompone en dos partes: una, que es la que asume el seguro, y otra, que se cifra en la diferencia entre la indemnización pagada por el seguro y el total por el que responde la finca hipotecada» (14).

El criterio de la sentencia respecto de la subrogación real nos parece acertado, la hipoteca recae sobre el objeto de su derecho de propiedad de la finca totalmente, en el caso de siniestro si el Banco aplica la indemnización a reconstruirla o a repararla, y estamos ante un supuesto de subrogación real perfecta lo mismo que en el de los artículos 518, párrafo 2.º y 519 y 1.626, referentes, respectivamente, los dos primeros a los objetos de los derechos de

(14) La responsabilidad del tercer poseedor o adquirente de finca hipotecada se limita a la cantidad que garantiza ésta, incluso en el supuesto de que por ser varias las fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre ellas, conforme al artículo 120 de la LH.

usufructo, y el último al objeto de censo, y que para la hipoteca prevé el artículo 42 de la Ley del contrato de seguro a la que antes nos referimos y del que nos ocuparemos más tarde y en el que el derecho de hipoteca, como aquellos otros derechos de usufructo y censo, está en estado de quietud o de yacencia desde la destrucción o expropiación de la finca hasta la reconstrucción y si el acreedor ejecuta la hipoteca después de la reconstrucción la acción ejecutiva recae sobre el mismo derecho subjetivo, aunque su objeto sea otro. Ahora bien, en el caso de siniestro parcial, como es el de la sentencia contemplada, donde el hipotecante no es deudor personal y tiene limitada su responsabilidad a la de la finca hipotecada, si el acreedor hipotecario contra la indemnización del seguro por destrucción parcial del objeto del derecho de hipoteca, la finca, y la cobra porque para ese evento la hipoteca más que extenderse a ella es la indemnización la que sustituye al derecho de hipoteca en esa cuantía, la que se subroga en ella y sería injusto que el acreedor ampliase la garantía a la suma de lo que la finca hipotecada cubriese en la ejecución y la indemnización, si esta suma superase la responsabilidad pactada en la escritura de constitución de la escritura de la finca, pues siendo esta responsabilidad el límite de la responsabilidad del tercer adquirente de la propiedad de la finca hipotecada, se vulneraría ese límite en beneficio del acreedor y en perjuicio del tercer poseedor. En rigor, en el caso de destrucción parcial del objeto del derecho de hipoteca, ésta no se extiende a la indemnización, en el sentido de ampliarse, sino al contrario, se reduce la responsabilidad de la hipoteca en la cuantía de la indemnización cobrada por el acreedor, el derecho de crédito, cuya prestación es la indemnización, sustituye en su importe a la disminución de valor causada por la destrucción de la finca, hay subrogación real, pero subrogación real imperfecta, no hay una hipoteca sobre el derecho de crédito a la indemnización como prolongación de la hipoteca sobre el resto de la finca no destruida, sino dos derechos, el de hipoteca que continúa sobre la finca restante y el derecho de crédito consistente en la indemnización, el cual disminuye, reduce la responsabilidad hipotecaria en la cuantía de esa prestación y que por subrogación real imperfecta y parcial queda sujeta a la misma afección.

La sentencia habla de subrogación real pero no se refiere a la perfecta ni a la imperfecta, habla de «una determinada situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial, que haya reemplazado o sustituido a aquél por causa de pérdida o enajenación», no dice que sea el mismo derecho de hipoteca con distinto objeto, o con dos objetos, el resto de la finca no destruido y la indemnización, habla de una cosa o elemento patrimonial que haya sustituido a otro por causa de pérdida o enajenación, pero ¿lo hace como objeto de otro derecho subjetivo? Esta última postura tiene apoyo en la afirmación de que la garantía hipotecaria se descompone en dos partes y una base segura total en nuestra argumentación de que la hipoteca cuyo objeto sea

en parte un inmueble y en parte un crédito no tiene ninguna coherencia jurídica, ni aún con la teoría de la ficción.

La indemnización procedente de la expropiación, como no puede destinarse a la reparación o reconstrucción de la finca, siempre operará la subrogación real imperfecta, la hipoteca continuará sobre el resto de la finca, si la indemnización no cubre los créditos garantizados y la indemnización, sujeta por la decisión de subrogación real imprecisamente formulada por los artículos 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria al mismo tratamiento jurídico, a la misma afección, que los créditos asegurados con la hipoteca.

Si la expropiación es total, la hipoteca desaparece, se extingue y el crédito, cuya prestación es la indemnización, queda sujeto a la misma afectación o destino que los créditos garantizados con la hipoteca o hipotecas, en virtud de la decisión de subrogación real de los artículos 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria, que sólo puede ser de subrogación real imperfecta por lo que hemos expuesto.

En la subrogación real perfecta se conserva el mismo derecho sobre el nuevo objeto que ha de ser de la misma naturaleza que el anterior, no cambiando la afectación ni el destino derecho que sigue siendo el mismo.

En la subrogación real imperfecta se pierde o extingue el derecho subjetivo ocupando otro su puesto, que es necesariamente distinto del sustituido y el derecho subjetivo sustituto por decisión legal o negocial queda sujeto a la misma afectación o destino que aquél.

b) *El sobrante del remate*

Es un supuesto de subrogación real imperfecta, aunque la doctrina no lo trata como tal.

Al depósito o la consignación del sobrante del remate a favor de los acreedores posteriores, de otras personas con derecho a él o del propietario de la finca hipotecada se refieren las reglas 16.^a y 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en estos términos: «El precio del remate se destinará sin dilación al pago del crédito hipotecario del actor; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quienes corresponda, constituyéndose entre tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto» (regla 16.^a) y en la regla siguiente ordena la cancelación de la hipoteca ejecutada y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, y una vez «verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos...» expresando en el mandamiento que «en el caso de haber superado el valor de lo vendido al importe total del crédito del actor, que se consignó al exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores».

Este mismo sistema sigue hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento de apremio, después de la reforma de la Ley 10 de 30 de abril de 1992, que abandona el sistema de purga de las cargas anteriores y preferentes que regulaba el artículo 1.516 derogado y acoge el de subsistencia de las mismas en su nuevo artículo 1.512, cuyo párrafo 1.º dice: «Las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate», precepto que es un calco del inciso final de la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que regula el procedimiento judicial sumario y que antes de la reforma habría que aplicar a las cargas anteriores y preferentes el depósito o consignación para su pago de acuerdo con el artículo 1.516, sin contenido desde la citada Ley 10 del 92. El párrafo 2.º del artículo 1.512 acoge la misma regla que al 16.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y dice: «El precio del remate se destinará, sin dilación al pago del crédito del ejecutante; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quien corresponda, depositándose entre tanto en el establecimiento destinado al efecto».

Tanto las reglas 16.ª, 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como en el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concurren los requisitos de una subrogación real imperfecta respecto de las hipotecas posteriores y anotaciones preventivas y derechos reales no preferentes, ya que se extinguen, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, que garantizaba el crédito del actor y es sustituida por el exceso del precio del remate en caso de existir, es decir, hay una fluctuación, sale del patrimonio de los acreedores hipotecarios posteriores, titulares de los derechos reales y embargos no preferentes a la hipoteca del actor, el derecho real o embargo de que eran titulares por extinción, y en su lugar, ocupa su puesto el exceso del precio del remate, que es el contravalor de los derechos extinguidos, procede de ellos y tiende a ser su equivalente, que en algunos casos lo será y en otros, no. La decisión legal de subrogación real imperfecta de la sustitución del crédito hipotecario o derecho real o embargo extinguido por el dinero depositado en el establecimiento público destinado al efecto es evidente en las reglas 16.ª y 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 1.512, párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (15).

Otro supuesto de subrogación real imperfecta de las hipotecas o derechos reales de rango inferior al ejecutado, es el contemplado en el artículo 236.k

(15) No entro en la cuestión del vencimiento anticipado de estos créditos con garantía de rango inferior al ejecutado que presuponen los artículos 131-16.ª y 17.ª de la LH y 1.512 de la LEC, quizá haciendo una interpretación auténtica del artículo 1.129 del Código Civil.

de RH cuando éste ejecuta su acción hipotecaria en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, al que da carta de naturaleza el párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Dispone aquel artículo: «El sobrante (el que queda después de pagado el acreedor hipotecario ejecutante) si hubiese acreedores posteriores, se consignará en el oportuno establecimiento público quedando afecto a las resultas de dichos créditos... Si no hubiese acreedores posteriores, el sobrante se entregará al dueño de la finca». La peculiaridad de este caso en relación con los dos antes estudiados y en lo que se refiere a la subrogación real imperfecta, está en que la decisión de subrogación real no emana de una disposición legal, al menos directamente, sino de un artículo reglamentario y el Reglamento no es disposición idónea para decretar una subrogación real, si es perfecta nunca y si es imperfecta, como es la de nuestro caso, tampoco, aunque tenga un apoyo legal derivado de una remisión en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, porque lo impide el artículo 1.090, que exige que la Ley establezca expresamente la obligación que nace de la Ley. Esta decisión de subrogación real imperfecta tiene un apoyo contractual, pues el artículo 129 citado exige que el procedimiento ejecutivo extrajudicial para que pueda utilizarse, exige que se pacte en la escritura de constitución cumpliéndose el principio jurídico *neminem laedere*, que se vulneraría si el sobrante se atribuyese al dueño de la finca. Es indudable que, si el acreedor no preferente ejecuta la hipoteca, teóricamente el precio de venta sería el sobrante, que él cobraría.

Creemos que esa decisión de subrogación real imperfecta de la hipoteca extinguida y cancelada del acreedor no preferente no es necesario que sea objeto de una declaración legal porque la decisión de subrogación real imperfecta puede ser objeto de declaración negocial, de un contrato normado o normativo como es el que regula el párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria al remitirse al RH, no como delegación legislativa, sino como cláusulas contractuales a que ha de ajustarse el procedimiento.

c) *El supuesto del artículo 127.2.º, inciso final*

Por último voy a referirme a un supuesto de decisión legal de subrogación real imperfecta que tampoco es estudiado como tal por la doctrina y que tiene lugar en la hipótesis de que el comprador rematante no quiera la finca con la hipoteca, garantizando los plazos no satisfechos o todo el capital, si la ejecución fue por impago de intereses, que es el supuesto de hecho del inciso final del párrafo 2.º del artículo 127 de la Ley Hipotecaria. Este precepto ordena depositar el importe del capital adeudado con los intereses para que sea entregado al acreedor a su vencimiento, lo que es una decisión legal de subrogación real imperfecta.

C. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL PERFECTA

En nuestro derecho común hay también casos de decisión de subrogación real perfecta del derecho de hipoteca, en los cuales la hipoteca no se extingue a pesar del cambio de objeto, sino que sobrevive al mismo, y sobrevive porque el objeto es de la misma naturaleza que el desaparecido, es otro inmueble con distinta situación o reconstruido, no dinero u otro bien mueble incompatible con la hipoteca inmobiliaria: así ocurre en la reparcelación, en el sistema de compensación, en la concentración parcelaria, en las permutas forzosas, cuando una parcela es sustituida por otra y en el supuesto del artículo 42 de la Ley de Contrato de Seguro, al que ya aludimos y que después comentaré brevemente.

a) *En el urbanismo* (16)

La desastrosa Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1977, número 61, en lo que respecta a la subrogación real perfecta, es necesario aludirla (17). La subrogación real es en esencia una vicisitud del derecho de propiedad, entre otros, una cuestión de derecho de propiedad, primordialmente competencia exclusiva del Estado español, del Estado central, no de las Autonomías, aunque, repito, también es una vicisitud de algunos derechos reales y otros personales, pero primordialmente del derecho de propiedad, que es básico y necesario para que la subrogación real perfecta pueda realizarse respecto de los *iura in re aliena*, entre ellos la hipoteca, pues si no se produce la subrogación real previamente sobre la parcela de origen y de resultado que grava la hipoteca, no puede trasladarse ésta, de aquélla a esta parcela, como dispone con meridiana claridad el artículo 168.1, que mantienen vigente la Sentencia 61 de 20-3-1997, y el proyecto para cumplirla, aunque aquélla ha anulado y este proyecto deroga el artículo 167.b) que proclama «la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas» en un asombroso alarde de contradicción.

¿Cómo puede negarse la competencia al Estado español para regular la subrogación real perfecta respecto de las parcelas del derecho de propiedad y admitir la competencia en cuanto al traslado a ellas de los *iura in re aliena* que lo gravaban?

(16) «La s.r. en el urbanismo» es un capítulo del libro, pendiente, en parte, de publicación en la REDA, en el que se estudia la s.r.p. en los *iura in re aliena* y al que tengo que remitirme; aquí haré una referencia concreta al derecho real de hipoteca.

(17) El raquítico proyecto de Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, apadrinado por las Autonomías y ya aprobado en el Congreso es respetuoso con las contradicciones de la sentencia en esta materia.

La cuestión está regulada por el Real Decreto Legislativo que acabo de citar, por el que se aprobó el TR de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, del que la Sentencia, también citada, 61, de 20-3-1997, anuló total o parcialmente 235 artículos de los 310 que la integraban, todas las Disposiciones transitorias y cuatro de las ocho adicionales; el TR aprobado por Real Decreto 1346, de 9-4-1976, sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; el Reglamento sobre gestión aprobado por el Real Decreto 3288, de 25 de agosto de 1978, y las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobadas por el Real Decreto 1903, de 4-7-1997, primordialmente sus artículos 11, 12, 15 y 16.

Me limitaré a los rasgos generales de la subrogación real en la reparcelación y en el sistema de compensación.

La subrogación real imperfecta respecto del derecho de hipoteca juega en el supuesto de hecho del número 1 del artículo 168, pues si la parcela de origen no puede ser sustituida por una parcela de resultado, por ejemplo, porque su superficie sea inferior a la mínima edificable, la hipoteca no puede trasladarse a la finca de resultado, porque no se adjudica ninguna al propietario gravado, «el acuerdo aprobatorio de reparcelación producirá la extinción de la hipoteca corriendo a cargo del propietario que aportó la indemnización correspondiente, cuyo importe se fijará en el mencionado acuerdo». El propietario a quien no se pueda adjudicar una parcela igual o superior a la mínima edificable, según el artículo 99.d) del TR de 1976, se le adjudicará una cuota *pro indiviso* en una parcela de resultado y si su cuota es inferior al 15 por 100, esta adjudicación puede sustituirse por una indemnización dineraria. El TR del 91 en su artículo 167.1.f), párrafo 2.º, anulado, habla de «compensaciones económicas sustitutivas», frase en la que se pueden comprender los dos supuestos del 99.d). El artículo 96.1 y 3 del RGU dispone lo mismo que el 99.d) del TR del 76 (18).

Si la indemnización se hace en dinero, la hipoteca no puede subsistir con este objeto, como hemos visto en el capítulo anterior, y el propietario debe indemnizar al acreedor hipotecario, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 168.1. Si se sustituye la finca de origen por una cuota en una finca de resultado, entiendo que no hay subrogación real perfecta, que no es lo mismo el derecho de propiedad que el derecho de copropiedad, y me remito a los argumentos que doy en otro lugar de esta obra, y la hipoteca no puede trasladarse de la propiedad de la finca de origen a la copropiedad de la de resultado, el propietario tendrá que indemnizar al acreedor hipotecario. Ahora bien, en ambos supuestos, el derecho del acreedor hipotecario está tutelado por una decisión legal de subrogación real imperfecta, que da al ex acreedor

(18) En cierto sentido, también el artículo 11.1 del Real Decreto 1093 de 1977.

hipotecario una prelación sobre la indemnización o la copropiedad idéntica a la que tenía con la hipoteca sobre la finca hipotecada.

Si la finca de origen hipotecada se la sustituye por una de resultado, la hipoteca se traslada a esta última en virtud de la decisión de subrogación real perfecta contenida en los números 2 y 3 del artículo 168 del TR del 92 y 122 y 123 del RGU y explícitamente acogida en el artículo 11.2 y 3 del Real Decreto 1093 de 1977.

En el supuesto de que al titular de una finca de origen se le adjudicase dos o más de resultado, la hipoteca se trasladará sobre todas ellas con carácter solidario, conforme al artículo 11.4, no pudiendo distribuirse la responsabilidad hipotecaria entre ellas sin el consentimiento del acreedor hipotecario, que es lo que debió añadir el inciso final de dicha regla 4.^a y no lo que agregó: «sin que sea necesario que el proyecto distribuya... la carga o derecho trasladado».

La regla 5.^a del artículo 11 nos parece incorrecta. Cuando sean varias las fincas de origen y se adjudique una de resultado, el precepto reglamentario exige, qué proyecto determine «respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen», para trasladar «los derechos o cargas preexistentes (en nuestro caso la hipoteca) sobre cada una de las fincas de origen la cuota porcentual que corresponda a aquélla en la finca de resultado». Esta decisión reglamentaria de subrogación real perfecta no es válida, la decisión tiene que ser legal, porque afecta en este caso a los modos de adquirir, modificar, transmitir y perder el dominio y los demás derechos reales, que regula una ley imperativa, el artículo 609 y concordantes del Código Civil, no se puede dejar en manos de los Reglamentos estas cuestiones trascendentales. Por otra parte, esta agrupación de las fincas de origen que habrá que hacer en el proyecto de reparcelación o de compensación en escritura pública aparte y llevarla al proyecto antes de su aprobación, exige el consentimiento del acreedor hipotecario y el de los demás copropietarios y no puede romperse, es firme e inamovible, a diferencia de lo que ocurre con otras voluntarias, que al ejecutar, por ejemplo, la hipoteca que grava una de las fincas agrupadas después hay que volver a dividirla o segregarla, siendo una agrupación inconsistente jurídicamente. Sin el consentimiento del acreedor hipotecario no puede constituirse la hipoteca sobre una cuota y es extraña al Derecho la subsistencia de una copropiedad de un solo propietario de unas cuotas gravadas y otras libres.

Esta decisión reglamentaria de subrogación real perfecta no es viable y tampoco lo sería si fuese legal, porque no traduce la realidad jurídica. La solución jurídica es la extinción de la hipoteca y por subrogación real imperfecta la afección de la indemnización al mismo fin que aquélla. Pactar, puede pactarse la extinción de la hipoteca y su constitución sobre una cuota de otra, pero no el traslado de la hipoteca por subrogación real perfecta.

La decisión de subrogación real perfecta en el urbanismo y respecto de la hipoteca, exige la previa decisión también de subrogación real perfecta imponiendo la sobrevivencia del derecho de propiedad hipotecado, a pesar del cambio de la parcela de origen por la de resultado.

b) *En la concentración parcelaria*

Me limitaré en este epígrafe únicamente a una breve referencia a la subrogación real de las hipotecas, puesto el estudio de la subrogación real en la concentración parcelaria se hace en el título correspondiente y lo mismo se hace respecto de las permutas forzosas en el epígrafe siguiente.

La concentración parcelaria como medio adecuado de reordenación de la propiedad agraria tuvo un instrumento eficaz en la subrogación real cuya decisión legal fue clara, aunque a causa del menor valor de las fincas rústicas con relación a las urbanas, del carácter voluntario de la inscripción y de las deficiencias en la identificación de las fincas, la regulación de la subrogación real no pudo tener ni tuvo la riqueza que recogieron las Leyes y Reglamentos relativos a la reordenación de la propiedad urbana.

Su regulación está contenida en el T. VI, artículos 171 a 240 del Decreto 118 de 12 de enero de 1973, que aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

La concentración parcelaria tendrá como primordial finalidad la constitución de explotaciones agrarias de estructura y dimensiones adecuadas adjudicando «a cada propietario en coto redondo o en el menor número posible de fincas de reemplazo, una superficie de la misma clase de cultivo y cuyo valor, ...sea igual» (art. 173).

En las bases que deberán ser aprobadas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, deberá constar la declaración de las parcelas a favor de quienes las posean y determinación de su superficie y clarificación y determinación de los gravámenes que hayan quedado determinados en el período de investigación [art. 184.c) y d)] y como las hipotecas constituyen un derecho real, una carga, un gravamen sin contacto sucesorio para determinarlas, el artículo 192 ordena la investigación de su existencia y con respecto a las cargas, entre las que están las hipotecas, ya acreditadas, el artículo 198 pide a los titulares de las mismas «para que, de acuerdo con los propietarios afectados y dentro del lote de reemplazo señalen la finca, porción de finca o parte alícuota de la misma, según los casos, sobre los que tales cargas, hipotecas han de quedar establecidas en el futuro, apercibiéndose de que si no se acredita su conformidad, dentro de los plazos señalados, la traslación se verificará de oficio por el Instituto. Los acuerdos de los interesados sólo se respetarán cuando la posible ejecución de los derechos trasladados no afecten a la indivisibilidad de la

unidad mínima». Como se lee, el precepto consagra la decisión de subrogación real perfecta que no plantea cuestión cuando la hipoteca que grava la finca original se traslada a la de reemplazo o a una porción de ésta que no afecta a la indivisibilidad de la unidad mínima, pero si se traslada a una parte alícuota a una cuota de la nueva finca se plantean los problemas que hemos visto al estudiar la subrogación real de las hipotecas en la reparcelación.

El artículo 230 contiene la decisión de subrogación real perfecta en estos términos: «El dominio y los demás derechos reales... que tengan por base las parcelas sujetas a concentración parcelaria pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente Ley».

Las hipotecas están comprendidas en el supuesto del hecho del artículo 230, pero pueden plantear los mismos problemas que planteaban el traslado en la reordenación urbana y que hemos expuesto, pues, por ejemplo, el artículo 234 dispone que «el Instituto responderá directamente frente a los titulares inscritos o sus causahabientes del importe del dominio u otros derechos reales y de los créditos y cantidades aseguradas en la medida en que hubieran de realizarse sobre las parcelas gravadas y sea el valor de éstas suficiente para cubrir-las...» y entonces la decisión es de subrogación real imperfecta, ya que la hipoteca se extinguió y la Ley la sustituye por la indemnización.

El requisito de la procedencia no es exigido rigurosamente en la concentración parcelaria, al contrario, pues si bien, como hemos visto, las letras *c)* y *d)* del artículo 184 exigen que en las Bases se describan las fincas de origen y los gravámenes que pesan sobre ellas, el artículo 222 dice que «el Instituto extenderá y autorizará el Acta de Reorganización de la Propiedad, donde se relacionarán y describirán las fincas resultantes de la concentración... y los derechos distintos del dominio existentes sobre... las parcelas de procedencia que impliquen posesión de las mismas y la finca de reemplazo sobre la que hayan de recaer tales derechos, determinada por los interesados o, en su defecto, por el Instituto, relacionándose asimismo los demás reales y situaciones jurídicas que hayan podido ser determinados en el período de investigación y la finca sobre la que haya de establecerse».

El artículo 235.1.º dice que «las fincas de reemplazo serán inscritas sin hacerse referencia... a las parcelas de procedencia... En la misma inscripción se harán constar las cargas... inscribibles acreditadas... y que por afectar a la finca de que se trate, se hayan consignado en el título relativo a la misma». La referencia de la procedencia de la finca de resultado se excluye de la inscripción, desvirtuándose la subrogación real perfecta al omitirse el título adquisitivo de la finca de reemplazo, que es el mismo título que el de la de procedencia, ya que el derecho de propiedad de ésta sobrevive con el objeto de aquélla y en las cargas, en las hipotecas, el traslado queda desvirtuado, pues se hacen constar en la inscripción de la finca de reemplazo, quedando

en nebulosa la procedencia y debiendo constar en el Registro además por asiento de inscripción independiente, por exigencias de la Ley Hipotecaria.

c) *En las permutas forzosas*

El Título III de la LR y DA se destina a las «Permutas forzosas» y está integrado por los artículos 261 a 269. Si bien el artículo 263.f) exige que la parcela que haya de entregarse en sustitución de la enclavada esté libre de cargas e inscrita en el Registro a nombre de quien pida la permuta, el artículo 267.4 dispone que respecto de la otra parcela, la enclavada, «...los derechos reales, ...pasarán inalterados sobre la parcela dada en sustitución...»

De esto se desprende que, aunque el título y articulado hablen de permuta, no se trata jurídicamente de ese contrato traslativo y oneroso de cosa por cosa, sino de una subrogación real perfecta con una decisión legal evidente respecto de la hipoteca en el artículo 267.4, una fluctuación de la finca que ha de entregarse en sustitución de la enclavada y ésta y el contravalor está claro en la condición a) del artículo 263 en cuanto a la procedencia, si bien la equivalencia, no sólo no es exigida en rigor, sino con una prima de al menos, el 50 por 100 del valor de la enclavada, pero que no desvirtúa la subrogación real perfecta.

d) *La reconstrucción de la finca asegurada en el caso del artículo 42 de la Ley 50 de 8-10-1980 de Contrato de seguro*

La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por razón del seguro o más precisamente la subrogación real imperfecta de las indemnizaciones procedentes del seguro, sufre una excepción en el artículo 42 citado, que tiene su precedente en el artículo 411 del Código de Comercio, derogado por la Ley de Contrato de Seguro, también citada, para el caso de que asegurador y asegurado convinieran «reparar, reedificar... en todo o en parte, los objetos asegurados o destruidos por el incendio...», pues en estos casos de reedificación o reparación del inmueble asegurado, la hipoteca debía subsistir sobre los mismos y la decisión tenía que ser de subrogación real perfecta.

Esta decisión recogida con claridad en el artículo 42 de la citada Ley de contrato de seguro, «en el caso de que la indemnización haya de emplearse en la reconstrucción de las cosas siniestradas», en cuyo supuesto, desde el siniestro hasta la reconstrucción, el derecho de los acreedores hipotecarios está en suspenso, en estado de quiescencia o quietud y una vez reconstruido el inmueble renace la hipoteca sobre el nuevo inmueble reconstruido. Es el mismo caso que para el usufructo y censo enfiteútico contemplan los artículos 518, párra-

fos primero y segundo, 1.626 del Código Civil, respectivamente, en otro lugar estudiados y que son supuestos de decisión de subrogación real perfecta.

III. LA HIPOTECA MOBILIARIA

La hipoteca mobiliaria plantea en materia de subrogación real casi siempre problemas idénticos a los de la hipoteca inmobiliaria, a los que me remitiré, previa referencia al precepto legal pertinente. Esta hipoteca está regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. Como peculiaridad en relación con la hipoteca inmobiliaria presenta los artículos 2 y 4 que disponen aquél «No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía de precio aplazado». Y éste «El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor».

A. CASOS EN QUE NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL

Son: el pago del crédito hipotecario, la dación en pago, el pago por el fiador o el tercero poseedor, el pago por el tercero hipotecante con el consentimiento del acreedor, que exige el artículo 4, el pago del crédito hipotecario con el precio del remate referido en la regla 9.^a del artículo 84 que regula el procedimiento judicial sumario y dice que «el precio del remate se destinará sin dilación al pago del crédito del actor». Y si éste es igual o superior se extingue la hipoteca y lo mismo ocurre con la regla 10.^a del artículo 87 que regula el procedimiento ejecutivo extrajudicial, que destina el precio del remate al pago del crédito por principal e intereses, después de pagar los gastos de procedimiento y si no hay sobrante se extingue también la hipoteca no existiendo subrogación real en ninguno de los casos citados, por las mismas razones que las expresadas en la hipoteca inmobiliaria y que no reproduzco.

B. SUPUESTOS DE LA SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA EN LA HIPOTECA MOBILIARIA

a) *Su extensión a las indemnizaciones*

En el artículo 5.º regula esta cuestión disponiendo la sustitución de los bienes hipotecados por las indemnizaciones en virtud de una decisión legal de subrogación real imperfecta calcando el artículo 110.2.º de la Ley Hipoteca-

ria con las adaptaciones necesarias, así: «La hipoteca se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca.

Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio se consignará en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente a la existencia de la hipoteca».

Este artículo contiene una decisión legal de subrogación real imperfecta respecto de la hipoteca mobiliaria, lo mismo que los 109 y 110 de la Ley Hipotecaria la contienen respecto de la hipoteca inmobiliaria. El hecho de recaer la hipoteca sobre bienes muebles determinados, tampoco hace subsistir la hipoteca sobre la indemnización, se extingue la hipoteca por las mismas razones que hemos dado para inmobiliaria y el derecho a la indemnización tiene el mismo destino que tenía el crédito garantizado con la hipoteca mobiliaria. Las disposiciones contenidas en el artículo 40 y 42 de la Ley del contrato de seguro son también aplicables a los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria. Las indemnizaciones pueden proceder, lo mismo que en la extinción de la hipoteca inmobiliaria, de un seguro, de expropiación, aunque ésta es raro que pueda tener lugar o de acto dañoso y culposo de un tercero, ya que todas ellas están comprendidas en la frase «que correspondan al hipotecante... concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados».

b) *La extensión de la hipoteca del establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas*

La extensión de la hipoteca en virtud de pacto a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento está contemplada en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria (19) que dice: «La hipoteca

(19) De este artículo y de su precedente, el 1.865 bis de la Ley de 5-12-1941 que introdujo los artículos 1.863 bis a 1.873 bis *del Código Civil, se ha ocupado VALLET DE GOYTISOLO en varios artículos: «Pignus tabernae», ADC, octubre-diciembre de 1953, págs. 832 y sigs. «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», RDN, abril-junio 1955, núm. VIII, págs. 75 y sigs., reproducción del de la conferencia que dio en la A.A.M. del N. y que se publicó en el Tomo XI, Madrid, 1961, págs. 43 y sigs., y también en sus «Estudios sobre garantías reales», Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 360 y sigs., rechazando la doctrina de este artículo y viendo, acertadamente, una obligación

se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio»; se trata de ninguna decisión negocial de subrogación real, porque la reposición de mercancías puede hacerse por producción del establecimiento, por compra con dinero que no se obtuvo vendiendo las que se reponen, sino por un préstamo, faltando el requisito de la procedencia.

c) *El sobrante del remate*

También en la hipoteca mobiliaria hay decisión legal respecto al sobrante del remate, no sólo en el supuesto del procedimiento judicial sumario, sino también y por vía de Ley en el ejecutivo extrajudicial. El artículo 84, reglas 9.^a y 10.^a referentes a aquél, disponen: ...«y el sobrante (del remate) se entregará a quien corresponda...» (9.^a) y en el Auto, aprobando el remate, deberá constar que el valor de lo vendido... en caso de ser superior (al importe del crédito garantizado) que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto o se entregó a quien tuviere derecho» (10.^a). La persona que tendría derecho al sobrante será el titular de una anotación preventiva de embargo por razón de su crédito, en su defecto el propietario. El sobrante no irá a un segundo acreedor hipotecario porque el artículo 2.º prohíbe las segundas hipotecas.

En el procedimiento ejecutivo extrajudicial el artículo 87.10, párrafo último, contiene una clara decisión legal de subrogación real imperfecta en estos términos: «El exceso se entregará, por el Notario, al hipotecante o al tercer poseedor si no existiesen otras personas que hubieren trabado embargo sobre ellos o interpuso reclamación judicial, y si las hubiere, se depositará a su disposición en un establecimiento público destinado al efecto».

Subrogación real perfecta en la hipoteca mobiliaria en caso de reconstrucción. También hay algún caso de subrogación real perfecta en esta clase de hipoteca, como ya anticipamos, y es el mismo precepto, el 42 de la Ley de Contrato de Seguro, que el estudiado al tratar de la hipoteca inmobiliaria, en caso de reconstrucción del bien hipotecado y destruido el que contiene esta decisión legal de subrogación real perfecta y a cuyo epígrafe nos remitimos.

legal de reponer y no una s.r. por faltar la procedencia, ya que se determina la reposición *sub specie universitatem*.

IV. LA SUBROGACION REAL Y EL EMBARGO

A. EN CASO DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN EMBARGADO

No suele ocuparse la doctrina de esta cuestión (20) y creo que acertadamente, porque no parece dudoso que la subrogación real perfecta ni la subrogación real imperfecta guarden relación con el embargo en los casos de destrucción; no obstante, nosotros vamos a argumentar negando esa relación en estos supuestos, no en otros, quizá pensando en la antigua hipoteca judicial, que no era tal hipoteca, sino un embargo.

Si el deudor entrega al acreedor su débito, si cumple su obligación, no hay cuestión y el otro elemento de la obligación, la responsabilidad, que se proyecta sobre el patrimonio del deudor, no entra en juego; pero si el deudor no cumple, el acreedor no puede entrar en el patrimonio del deudor a tomar lo que éste le debe, tiene que pedir al Estado, a través del órgano judicial, el cumplimiento de la obligación mediante la entrega, si lo que se deba dar está en el patrimonio del deudor; mas si no está, el crédito, que es el lado activo del débito y que puede ser dinerario o de cosa distinta del dinero y como es imposible la ejecución sobre lo que no tiene el deudor en su patrimonio, el crédito se convierte, por vía de resarcimiento o indemnización, en crédito de dinero y si no lo hay en el patrimonio del deudor, es cuestión de obtenerlo, convirtiendo en dinero otros bienes del deudor y, por tanto, a la entrega debe preceder la liquidación; si la deuda es dineraria, la liquidación está ya hecha, si no lo es hay que hacer la evaluación dineraria y después en ambos casos convertir en dinero los bienes en la subasta judicial y con el dinero obtenido pagar al acreedor.

Si el deudor cumple con el débito, el acreedor lo toma de él aceptando el pago; si no cumple, el acreedor lo recibe o toma del juez, del órgano ejecutivo.

Ahora bien, para que la venta forzosa pueda hacerse hay que privar al deudor de la disponibilidad de los bienes que hay que vender, pues de otro modo se pondría en jaque el proceso ejecutivo; para ello, se principia por concretar y apartar los bienes sobre los que se va a ejecutar el débito, después se venden y, por último, se paga con su precio al acreedor (21).

(20) Las dos recientes monografías más amplias sobre el embargo, la de RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, y SARMIENTO RAMOS: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Editadas ambas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992 y 1993, respectivamente, no aluden a ella.

(21) En esta exposición del embargo he seguido a CARNELUTTI, «Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones», publicado entre otros libros en su *Estudio de Derecho Procesal*, t. I, por Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952. Traducción de Sentis Melendo, págs. 372 y sigs., 459 y sigs.

En este apartamiento de las cosas del patrimonio del deudor para su venta forzosa, no hay constitución de ninguna preferencia, puesto que ninguna tenía el acreedor y el juez no puede crearla no hay ningún privilegio sobre ella y no hay ningún precepto legal que disponga una sustitución en caso de destrucción a favor del ejecutante, del embargante, como la hay en el caso del hipotecante en los artículos 109 y 110-2 de la Ley Hipotecaria y 5.º de la Ley Hipotecaria mobiliaria y si la casa embargada se incendia y está asegurada, la indemnización como bien futuro ingresará en el patrimonio del deudor y el acreedor tendrá que ejercitar de nuevo su acción ejecutiva sobre los bienes del patrimonio del deudor, en caso de embargo no hay ninguna decisión legal de subrogación real perfecta ni imperfecta y la contractual es poco pensable, para el supuesto de destrucción o pérdida de la cosa embargada.

B. LA DECISIÓN DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA A FAVOR DEL EMBARGANTE RESPECTO AL SOBRANTE

Sin embargo, en materia de embargo hay, al menos, un supuesto en que la subrogación real imperfecta actúa y es el de extinción del mismo y cancelación de la anotación preventiva por la ejecución de un derecho de crédito hipotecario u otro embargo preferente, si hay un sobrante dinerario después de realizado el valor del inmueble y satisfechos los derechos de crédito preferentes. La decisión legal de subrogación real está contenida en el artículo 44 que se remite con carácter general, no sólo para el supuesto de concurso, al artículo 1.923-4.º del Código Civil. En la práctica judicial de los procesos ejecutivos es frecuente que los acreedores, que tienen a su favor anotaciones preventivas de embargo posteriores o no preferentes, insten en la ejecución del derecho preferente, la consignación a su favor del remanente.

Esta decisión legal de subrogación real imperfecta es genérica en las reglas 9.ª y 10.ª del artículo 84 de la Ley Hipotecaria mobiliaria que regula el procedimiento judicial sumario y concreta en el párrafo último de la regla 10.ª del artículo 87, que regula el procedimiento ejecutivo extrajudicial al decir: «El exceso se entregará, por el notario, al hipotecante o al tercer poseedor, si no existiesen otras personas que hubiesen trabado embargo sobre ellos...»

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA
Notario