

Eugenio Rodríguez Cepeda*

ATAQUES LEGISLATIVOS A LA EFICACIA DE LA HIPOTECA

Partiendo de la evidencia de que sin garantías no habría crédito y sin crédito no habría actividad económica propiamente dicha, en el presente trabajo se hace un elenco pormenorizado de las normas legales que en el Derecho español suponen una merma de la eficacia de una de las garantías más utilizadas por su mayor seguridad, la hipoteca inmobiliaria. El autor llama la atención al legislador cuando se prodiga en la aprobación de estos ataques, y lo aplaude cuando, como actualmente ocurre con la regulación del concurso de acreedores, el tratamiento legislativo es más favorable a la hipoteca que el existente con anterioridad.

Palabras clave: hipoteca, crédito, garantía.

Clasificación JEL: K11, K12, K13.

1. Introducción

Se duda actualmente si las clásicas definiciones del derecho como «ordenación moral, imperativa, de la vida social humana, orientada hacia la realización de la justicia»¹ o similares siguen siendo válidas, habida cuenta de que los cultivadores del análisis económico del derecho imponen la realización del Estado de bienestar como meta a conseguir por encima o al margen de la propia justicia. Sin embargo, dentro del abanico de las soluciones que se consideran justas, hay o suele haber suficiente campo de elección para que el legislador ordinario pueda optar por la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Sucede esto muy a menudo a la hora de abordar problemas de política legislativa en el ámbito de las obligaciones y los contratos. Varias son las soluciones que pueden considerarse justas y el legislador debe elegir, según las circunstancias de tiempo y de lugar, la que acarree mayor bienestar a los ciudadanos destinatarios de la norma a promulgar. Y esto es particularmente notable en la regulación de los derechos de garantía.

La hipoteca como derecho real de garantía es un producto de la evolución histórica. Aunque su nombre es de evidente origen griego, no fue en Grecia sino, una vez más, en la Roma clásica donde cuajó una garantía real llamada prenda (*pignus*), una de cuyas modalidades implicaba, a diferencia de la prenda clásica, la no desposesión del deudor de la cosa dada en garantía pues se entendía que la entrega posesoria se pudiera producir, no de forma inmediata, sino de forma diferida, y en

* Registrador de la Propiedad de León.

¹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo primero, volumen primero, 11.ª edición, Madrid, 1975, página 65.

concreto al momento en que la obligación garantizada puede considerarse incumplida²

Realmente, la configuración actual de la que alguien denominó «la reina de las garantías», procede del Siglo XIX y tiene mucho que ver con la creación de los modernos registros de la propiedad. Esta es la razón por la cual nuestra primera Ley Hipotecaria lleva este nombre cuando su nombre correcto sería Ley del Registro de la Propiedad. En el largo período codificador del derecho privado que se vivió en España a lo largo de aquella centuria, llegó un momento en que las exigencias económicas no podían esperar más y por eso se elaboró, como ley separada destinada a integrarse después en el Código Civil, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Con esta ley ninguna hipoteca se impondría a tercero si no estaba previamente inscrita en el registro. El Código Civil, cuando fue promulgado, no incorporó sino que respetó el texto de la ley hipotecaria. No obstante, en materia de hipoteca dio un paso adelante decisivo: impuso la inscripción registral como requisito constitutivo del derecho real, de forma que no ya solo respecto de terceros sino también entre las partes no había hipoteca hasta la inscripción.

Así las cosas, uno de los problemas que más preocupaban a los legisladores decimonónicos era el de la pervivencia o no de las hipotecas legales, es decir, aquellas que se imponían o se consideraban impuestas sobre la finca aunque no estuvieran formalmente constituidas e inscritas. Al final se impuso el criterio restrictivo, más acorde con las necesidades del crédito. Ninguna hipoteca por muy legal que fuera se impondría sin inscripción registral. Se consagró entonces el criterio de que quienes tuvieran derecho, por aplicación de las normas sustantivas, a que su crédito se garantizara con hipoteca legal podrían exigir judicialmente su constitución

e inscripción. De no ser así, no tendría eficacia alguna. Únicamente se salvaron dos de este criterio restrictivo, la hipoteca legal tácita por los impuestos que graven los bienes o sus productos y la hipoteca por primas de seguros de los mismos bienes. De ellas hablaremos en este trabajo pues ambas están vigentes de alguna forma.

Lo que sí interesa destacar —y éste es el principal objetivo de este trabajo— es una advertencia a ese modo de legislar extravagante que desde entonces se observa con mayor o menor intensidad, de forma que cada ley nueva que aparece relacionada con la preferencia creditual o con la ejecución de la garantía hipotecaria se convierte en un ataque a la eficacia del derecho real de hipoteca. Por este camino podemos llegar a un progresivo abandono de la institución por los agentes económicos cuando contemplen que la garantía no vale la pena. Y ya sabemos que un sistema crediticio sin garantías o con garantías desdibujadas se viene abajo. Acaso no podamos contemplar la caída con estrépito cual si de un terremoto se tratara. Sin embargo, la erosión económica irá produciendo lenta pero inexorablemente sus efectos y llegará un día en que el edificio resulte irreconocible e inservible. ¡Cuántas reformas legislativas torpes están en el origen de la postración económica de las grandes naciones!

2. El superprivilegio salarial

Este denominado superprivilegio salarial aparece regulado en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, cuyo apartado 1 dispone que «los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca».

En realidad, y así lo ha considerado toda la doctrina con adecuado reflejo en la jurisprudencia, este privilegio no es una carga que afecte a la finca propiedad del empresario, de forma que vaya sobre ella cualquiera que sea su poseedor. Al carecer del carácter de derecho real,

² D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, páginas 385 y siguientes. Este autor pone de manifiesto que «el derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral, como se practicaba, en cambio, en algunas provincias helenísticas. Esto explica que en derecho romano la garantía real tenga menos aplicación que la garantía personal de los fiadores».

desaparece tan pronto como el empresario hipotecante se desprende válidamente de la finca hipotecada. Naturalmente, si el hipotecante no es el empresario deudor (caso de una hipoteca por deuda ajena), no se plantea ninguna preferencia salarial. Sin embargo, lo consigno aquí como uno de los ataques legislativos a la eficacia de la hipoteca porque, en el caso de que la finca hipotecada no haya salido del dominio del empresario hipotecante, el acreedor hipotecario que trate de ejecutar la garantía se puede encontrar con un crédito preferente al suyo, que si se hace valer —a instancia de los trabajadores o, por subrogación en el crédito de éstos, por el Fondo de Garantía Salarial— por la adecuada vía de la tercería de mejor derecho en el mismo procedimiento de ejecución de la hipoteca, puede producir el efecto de que el producto de la subasta se destine en primer lugar a satisfacer ese crédito salarial, y únicamente lo que sobre se destinará a satisfacer el crédito del acreedor hipotecario. Bien es cierto que la ley ha optado por enmarcar el superprivilegio dentro de unos estrictos límites: solo beneficia a salarios (con lo que ello significa dentro del derecho laboral, que excluye indemnizaciones por despido y otros créditos del trabajador contra el empresario que no entren dentro del concepto «salario»), solo a los de los últimos 30 días de trabajo (por tanto, los salarios de tramitación quedarían fuera del privilegio) y tienen como tope el doble del salario mínimo interprofesional.

Esta preferencia crediticia, ya lo hemos indicado, se ha de hacer valer por la vía de la tercería de mejor derecho. El juez de la ejecución resolverá lo procedente aplicando las reglas ordinarias de la prelación de créditos de los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil. En realidad es como si este artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores formase parte como una regla más de tal cuerpo legal³.

³ Por eso la doctrina admite que la norma especial del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores supone una derogación tácita de la norma contenida en el artículo 1.924.2.º D del Código Civil, ya que coloca los créditos salariales muy por delante de donde los tenía situados dicho Código.

Procede advertir, no obstante, que la ley 22/2003, de 9 de julio, introdujo el apartado 5 en dicho artículo 32, para remitir a la ley concursal para determinar de otro modo esta preferencia cuando el empresario se halla en concurso. Posteriormente comentaremos el caso del concurso de acreedores.

3. La prima del seguro del bien hipotecado

Sin duda el sector asegurador era lo suficientemente fuerte en la segunda mitad del Siglo XIX como para conseguir a su favor una importante excepción en el criterio de la ley hipotecaria de que las hipotecas tácitas —entendiendo por tales las no inscritas en el Registro— deberían desaparecer⁴. La regla general y sus excepciones se mantuvieron en el artículo 1.875 del Código Civil cuando estableció que «las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la ley hipotecaria a favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro».

La vigente Ley Hipotecaria (aprobada por decreto —con valor de ley— de 8 de febrero de 1946), dispone en su artículo 195 que «el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho a exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho las primas del seguro de dos o más años, o de dos o más de los últimos dividendos pasivos, si el seguro

⁴ El artículo 219 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 consagraba la norma según la cual «el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho a exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos o más años, o de dos o más de los últimos dividendos, si el seguro fuere mutuo». Hasta aquí nada anormal pues se seguía la regla de que el asegurador solo tenía derecho a exigir la constitución de una hipoteca expresa. Sin embargo, la excepción estaba en el artículo 220, que disponía que «mientras no se devenguen los premios de los dos años, o de los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos». Aquí aparecía realmente un privilegio especial.

fuere mutuo». Hasta aquí nada que se salga de la regla general de la necesidad de constituir, si el asegurador lo exigiere, una hipoteca especial, sujeta a la publicidad ordinaria de cualquier hipoteca. La particularidad estriba en el artículo 196, según el cual «mientras no se devenguen las primas de los dos años o los dos últimos dividendos, en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos». En concordancia con esta norma, el artículo 1.923 del Código Civil recoge en su apartado 2.º el privilegio del crédito de los aseguradores en los siguientes términos: «con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: ... 2.º los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere en seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieran repartido». Vemos cómo, sin llegar a ser tampoco un derecho real que va con el inmueble cualquiera que sea su propietario, estas normas mantienen una regla de preferencia cuando sobre el mismo inmueble confluyen dos créditos pretendiendo resarcirse con su valor obtenido en subasta. Al igual que lo dicho antes respecto del superprivilegio salarial, el acreedor hipotecario que ejecuta puede encontrarse con la sorpresa de una tercería de mejor derecho entablada por el asegurador pretendiendo cobrar dos primas del seguro de daños del inmueble, de forma que solo percibirá alguna cantidad procedente de la subasta, una vez satisfecho el asegurador. Es cierto que la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro contiene en su artículo 15 un sistema distinto para asegurar el cobro de las primas mediante un derecho de resolución del contrato prácticamente inmediato, de forma que éste es el empleado por las compañías usualmente. Sin embargo, ambos sistemas no son incompatibles y en la medida en que la disposición final de la citada Ley 50/1980 no derogó expresamente el artículo 1.923.2º del Código Civil (a diferencia de lo que hizo con los artículos 1.791 a 1.797 del mismo), ha de reputarse en vigor. Además el propio artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro da al asegurador dos posibilidades en caso de impago de la prima: resolver el

contrato o exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Si optara por la exigencia de la prima no creo que le venga mal la preferencia que le atribuyen los artículos 1.923.2º del Código Civil y 196 de la Ley Hipotecaria, si al ejecutar se topa con la desagradable compañía de un acreedor hipotecario ejecutando el mismo inmueble.

No obstante, el privilegio del asegurador no es una hipoteca tácita propiamente dicha. De tal forma que si el inmueble pasa legítimamente a manos de un tercer adquirente, éste no tiene que soportar ninguna reclamación ni ejecución sobre el inmueble por deudas de un contrato de seguro pretérito.

4. Los gastos comunes en la propiedad horizontal

Este ataque legislativo a la eficacia de la hipoteca solo puede surgir cuando el inmueble hipotecado forma parte de un edificio —o de un complejo inmobiliario— de los sujetos al régimen denominado de propiedad horizontal y que en nuestro derecho tienen su regulación en la Ley 49/1960, de 21 de julio. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, aquí sí hay una verdadera hipoteca legal tácita, si bien limitada cuantitativamente y temporalmente como vamos a ver.

El artículo 9.1 de la citada Ley dispone que «son obligaciones de cada propietario ...: e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

«Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3º, 4º y 5º de dicho precepto, sin perjuicio

de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores».

«El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y el año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación».

Esta regulación no procede toda ella de la redacción originaria de la Ley de 1960, sino que también hay aportes de la Ley 8/1999, de 6 de abril. Sin embargo, en la parte transcrita del precepto claramente se aprecia el doble sistema de la prelación crediticia y de la hipoteca tácita. Concurriendo con un acreedor hipotecario, que es el motivo de nuestro estudio, la comunidad de propietarios, como ente carente de personalidad jurídica civil pero sí procesal para el cobro de los gastos comunes, puede hacer valer una tercería de mejor derecho de forma que, con el producto de la subasta del piso o local, se pague primeramente lo adeudado a dicha comunidad, que serán las cuotas correspondientes al año natural anterior y las devengadas durante el año en curso. En el mismo precepto hemos observado que, no obstante, el crédito de dicha comunidad cede preferencia al salarial del Estatuto de los Trabajadores que vimos en el apartado 2. Pero la Ley de Propiedad Horizontal no se ha conformado con la preferencia creditual, sino que el crédito dejado vivo por el propietario que transmite la finca —siempre dentro del límite de una anualidad y la parte vencida de la corriente al tiempo, en este caso, de la enajenación a un tercero— perjudica a este adquirente pues, de no satisfacerlo, deberá soportar la ejecución sobre el piso o local, y ello sin perjuicio de las acciones que tenga contra quien le vendió, aunque le haya manifestado o no estar al corriente del pago de los gastos comunes.

Numerosas son las sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas al respecto (rara vez, debido a que las cantidades reclamadas no suelen ser muy elevadas, la materia llega al Tribunal Supremo en casación) y también la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones. Antes de la clarificadora reforma de la Ley 8/1999, ya había propuesto este órgano del Ministerio de Justicia que la comunidad de propietarios que quisiera consolidar su preferencia por las cantidades adeudadas en determinado momento incluso respecto de terceros, evitando que el cierre de un ejercicio de al traste con su derecho, lo procedente era anotar la demanda en el Registro de la Propiedad. Así lo declaró en resoluciones de 9 de febrero y de 18 de mayo de 1987. En particular ambas resoluciones dijeron que «la correcta armonía entre el legítimo derecho que por Ley corresponde a la comunidad de propietarios en su diligente actuación y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia registral inmediata de aquella demanda —en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real— lo que para los supuestos en que no quepa el embargo preventivo podrá alcanzarse a través de una anotación de las prevenidas en el artículo 42, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria, por cuanto en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real del artículo 9.5º de la Ley de Propiedad Horizontal para un período concreto. Así, la comunidad de propietarios mantendrá la cobertura real de las cantidades impagadas diligentemente reclamadas». Esta doctrina y el camino marcado en dichas resoluciones sigue siendo aprovechable actualmente. Es más, una comunidad de propietarios

⁵ La norma entonces vigente (párrafo segundo de la obligación 5ª de las enumeradas en el artículo 9 según redacción originaria de la Ley de 21 de julio de 1960), establecía que «al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes».

que anota su demanda —demanda que debe perseguir no solo la reclamación de cantidad sino también solicitar la declaración judicial de su preferencia crediticia sobre la hipoteca inscrita y que por ello se ha de dirigir, además de contra el propietario del piso o local, contra el acreedor hipotecario⁶— se beneficiará de la norma contenida en el vigente artículo 131 de la Ley Hipotecaria —interpretado en sentido contrario— de forma que si la anotación se produce con anterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas para la ejecución hipotecaria, no se verá cancelada por la purga posterior. Al contrario, en la documentación obrante en el juzgado cualquier concurrente a la subasta verá que hay una reclamación de la comunidad de propietarios a la que posiblemente tenga que hacer frente y podrá hacer sus cálculos de cara a la cantidad a ofrecer por el inmueble. Por el contrario, si la comunidad de propietarios no actúa con la diligencia requerida y el mandamiento ordenando la anotación llega tarde, esto es, después de que el registrador expidiera la certificación de dominio y cargas del artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su pretendida preferencia para cobrar con respecto al acreedor ejecutante con el producto de la ejecución no tiene posibilidades de prosperar. Ello sin perjuicio de que en cualquier momento pueda activar, contra el adquirente de la finca en la subasta, la afección real por las deudas comunitarias previstas en los términos que antes vimos, esto es, limitando la reclamación a la última anualidad y a la parte vencida de la corriente.

5. La hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley General Tributaria

Hemos visto anteriormente, al transcribir el artículo 1.875 del Código Civil, que el Estado, las provincias y los pueblos también gozaban de cierta excepción en el

criterio de suprimir las hipotecas tácitas. Esta excepción se mantuvo en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria vigente⁷ y tiene su versión reciente en el artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el cual, dentro de la sección denominada «garantías de la deuda tributaria» y bajo la entrada de «hipoteca legal tácita», dispone que «en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior». Tanto la doctrina⁸ como la jurisprudencia —ésta no sin ciertas vacilaciones— están de acuerdo en que actualmente la aplicación de esta garantía se concreta única y exclusivamente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Sin perjuicio de la afección establecida por el artículo 64 de la Ley de Haciendas Locales⁹, con la que es compatible, la hipoteca legal tácita del artículo 78 transcrito tiene la doble vertiente, por una parte, de preferencia creditiva, para el caso de que ambos acreedores —el ayuntamiento del lugar de situación del inmueble como titular del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el otro acreedor cualquiera que sea, a excepción, entiendo,

⁷ Cuyo texto dice que «el Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente aunque haya inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles. A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago. Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades, podrán exigir el Estado, las provincias o los pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita».

⁸ Un completo estudio del desenvolvimiento en fase de ejecución de lo establecido en este precepto lo hace CALVO VERGEZ, J. en «La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 729, páginas 11 a 42.

⁹ Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

⁶ Incluso si ya está en marcha la ejecución hipotecaria, la demanda ha de presentarse a modo de tercería de mejor derecho pero no ante el mismo juzgado ejecutante porque, según el artículo 698.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «la competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias».

de los trabajadores cuyo crédito goce del privilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores antes estudiado, que son preferentes también al IBI— se encuentren en la ejecución del mismo inmueble, y por otra parte de hipoteca legal tácita, pues al establecer la ley preferencia no solamente sobre cualquier otro acreedor sin también sobre cualquier adquirente aunque haya inscrito su derecho, está dejando claro su criterio de que lo que regula tiene también el carácter de derecho real de garantía. De esta forma, cualquier adquirente de un inmueble no ha de quedar tranquilo al tiempo de formalizar su adquisición si no consulta antes en el ayuntamiento competente acerca de los recibos del IBI impagados, en el buen entendimiento de que solo le pondrán exigir el del año corriente y la última anualidad, a no ser que en el Registro de la Propiedad conste ya el embargo a favor del ayuntamiento por otros cuotas tributarias del IBI más atrasadas, en cuyo caso por éstas sufrirá la ejecución como cualquier adquirente ordinario de bienes embargados.

6. Los arrendamientos

Siempre ha preocupado a los defensores de la eficacia jurídica y económica de la garantía hipotecaria el menoscabo que a esta eficacia le puede llegar en caso de un arrendamiento del inmueble objeto de la hipoteca, habida cuenta del aluvión de normas aparecidas en el Siglo XX en nuestro ordenamiento jurídico en defensa de los derechos de los distintos arrendatarios.

No quiere ello decir que arrendar un inmueble sea necesariamente una circunstancia que por sí misma menoscabe la garantía hipotecaria. Al contrario —y ello se muestra con toda su verdad en estos tiempos de crisis— a veces es una bendición contar con un inquilino o arrendatario que paga puntualmente su renta porque reporta al propietario unos frutos que, en muchos casos, son los que le permiten satisfacer, en todo o en parte, las cuotas de amortización del crédito hipotecario.

No obstante, dentro del estudio que estamos haciendo de los ataques legislativos a la eficacia de la hipoteca,

vamos a detenernos en aquellas normas que suponen una excepción a la máxima tradicional de «venta quita renta» procedente de la *lex emptorem* romana y que, aplicada a la hipoteca, debería traducirse por inclinarse hacia la regla de que la venta en subasta de la finca hipotecada debe implicar la posibilidad —solo posibilidad, no obligación— para su adquirente de poder dar por extinguido el arrendamiento vigente sobre la finca.

La norma general, todavía vigente para un arrendamiento común, no sometido por tanto ni a la Ley de Arrendamientos Rústicos ni a la Ley de Arrendamientos Urbanos, sigue contenida en el párrafo primero¹⁰ del artículo 1.571 del Código Civil, a cuyo tenor «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la ley hipotecaria». Esta regla ofrece al adquirente en la subasta por ejecución hipotecaria la posibilidad, si le interesa, de desahuciar al arrendatario, con dos excepciones, una de las cuales, la del pacto en contrario no le afecta porque la norma sin duda se refiere al pacto contenido en el contrato de venta, cosa que no va a producirse en la transmisión por ejecución hipotecaria. Sí puede serlo la referencia a la ley hipotecaria: se trataría del caso de un arrendamiento común inscrito en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 2.5º de dicha ley. Sea o no el arrendamiento un derecho real, discusión que entretiene mucho a cierta doctrina, un arrendamiento debidamente inscrito en el registro perjudica o afecta a cualquier adquirente de la finca. Por eso, quien acude a una subasta de finca hipotecada ha de analizar en la documentación que se pone a su disposición en los autos de ejecución la certificación registral prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno de cuyos apartados, el segundo, se dedica a «los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas».

¹⁰ El párrafo segundo de dicho artículo contiene una norma protectora del arrendatario rústico que, si no derogada formalmente, está superada por la legislación especial.

En cumplimiento de este precepto el registrador habrá hecho constar la eventual existencia de la inscripción de un arrendamiento de la finca hipotecada, con extremos importantes como el plazo de duración y la renta pactada, así como el nombre y demás circunstancias del arrendatario. La subsistencia del arrendamiento inscrito, en sus propias condiciones de persona, plazo y renta, incluso después de ejecutar una hipoteca sobre la finca es indudable en el caso de que la inscripción del arrendamiento sea anterior a la inscripción de la hipoteca. Más dudosa es la subsistencia de un arrendamiento inscrito después que la propia hipoteca, dado el sistema de purga de asientos posteriores, aunque los términos en que se manifiesta el artículo 1.571 del Código Civil conducen a pensar en que la extinción del arrendamiento no se produce de forma automática sino a instancia del adquirente. Otra cosa es que en el procedimiento registral, una inscripción de arrendamiento posterior a la inscripción de la hipoteca ejecutada haya de cancelarse por el registrador en aplicación del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, cuyo párrafo segundo solo exceptúa de la purga «las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones».

Los arrendamientos urbanos

La regulación vigente en esta materia se encuentra en la Ley 29/1994, de 25 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Esta ley regula los arrendamientos de vivienda de una parte y los arrendamientos de finca edificada de uso distinto de vivienda de otra parte. En cuanto a estos segundos, con regulación menos tuitiva del arrendatario, el artículo 29, bajo la entrada «enajenación de la finca arrendada», dispone que «el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Este precepto y su posible aplicación a las enajenaciones forzosas —y aquí de éstas nos interesa especialmente la producida en una ejecución hipotecaria— ha dividido a

la doctrina. Algunos se inclinan por entender que este precepto solo se aplica a las enajenaciones voluntarias; en las forzosas resulta de aplicación la regla de derecho común contenida en el artículo 1.571 del Código Civil, de forma que el adquirente puede optar entre respetar el arrendamiento en los términos anteriormente pactados o pedir su extinción. Desde luego esto último solo podrá hacerlo si el arrendamiento no está inscrito pues si lo estuviera el propio Código Civil deja a salvo lo establecido en la Ley Hipotecaria, de forma que el arrendamiento se impondría a dicho adquirente en los términos de la inscripción registral. Otros autores, por el contrario, se inclinan por su aplicación a cualesquiera enajenaciones, incluidas las efectuadas en una ejecución hipotecaria. Pau Pedrón¹¹ sostiene una posición intermedia: dice que «el precepto no distingue, no habla de «adquirente voluntario», y por tanto no hay base para distinguir. Cuando se vende en pública subasta un local arrendado, el adquirente queda vinculado por el arrendamiento. Pero los principios generales obligan a señalar una excepción: que el arrendamiento sea posterior a la hipoteca». Y aduce dos razones, una que el derecho de hipoteca es preferente y el rango hipotecario solo puede alterarse por los mecanismos previstos en las normas, y otra la comparación con el arrendamiento de vivienda, en donde se asegura al arrendatario (después lo veremos) una continuidad durante cinco años incluso en caso de ejecución hipotecaria, cosa que no se dice en la regulación de los arrendamientos para uso distinto de vivienda.

De todas formas, en estos supuestos de enajenación judicial por ejecución hipotecaria, si el arrendamiento se inscribió antes que la hipoteca aquél subsiste en sus propios términos, pero aquí no hay ningún ataque legislativo a la eficacia de la hipoteca pues el acreedor hipotecario, antes de formalizar su derecho ya conoce los términos del arrendamiento y puede analizar si le interesa o no la garantía bajo esas condiciones.

¹¹ PAU PEDRÓN, A. (1996), comentario al artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la obra colectiva *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Madrid, página 311.

Más problemática resulta la subsistencia del arrendamiento que se concierta e inscribe después de la hipoteca pero antes de la ejecución. O incluso el que no se inscribe pero se impone al adquirente en la subasta por entender que éste tuvo que conocer la existencia del ocupante de la finca careciendo por ello de la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El acogimiento por cierta jurisprudencia menor de la conservación del arrendamiento en tales casos es indudablemente un menoscabo legislativo de la eficacia de la hipoteca pues se abre la puerta a que el propietario de la finca hipotecada concierte después un arrendamiento en condiciones gravosas para la propiedad, lo que indudablemente menoscaba el valor de la garantía. Contemplando estos actos del propietario perjudiciales para la hipoteca, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo el valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño». Es lo que usualmente se denomina la acción de devastación, que encontró una ampliación del supuesto en el artículo 219.2º del Reglamento Hipotecario, según redacción dada por Decreto de 17 de marzo de 1959, a cuyo tenor «el valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. El juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del

deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente». Lo que más llama la atención de este precepto es su manifiesta insuficiencia de rango normativo, pues difícilmente una norma con rango reglamentario puede adoptar soluciones que claramente debieran ser objeto de una ley formal, por mucho que sus redactores trataron de engarzarlo en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Además, si la solución estaba justificada en el año de su promulgación cuando de fincas urbanas o rústicas se trataba, dado el contenido de las leyes especiales que regulaban entonces los arrendamientos rústicos y urbanos, actualmente, al menos en el ámbito de los arrendamientos urbanos, opina García García¹² que no hay necesidad de acudir a la acción de devastación, pues el arrendamiento de fecha posterior podría quedar extinguido como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria preferente. No obstante, dado que tal extinción no se ha abierto camino franco en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (y la cuestión difícilmente llegará al Tribunal Supremo por las limitaciones al recurso de casación¹³), no es de extrañar que

¹² GARCÍA GARCÍA, J. M. (2011), en *Código de Legislación Hipotecaria, Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, nota 14 al pie del artículo 297 del Reglamento Hipotecario.

¹³ La sentencia del Tribunal Supremo 479/2007, de 24 de abril, da a entender que la ejecución hipotecaria no purga el arrendamiento posterior pues acoge el retracto arrendatario frente al adquirente de la finca en la subasta. Sin embargo, esta sentencia no es decisiva pues los únicos motivos de casación fueron la caducidad de la acción de retracto y la simulación del contrato de arrendamiento. En ningún caso el recurrente en casación planteó la inexistencia de retracto por la purga del arrendamiento posterior en virtud del ejercicio de la acción hipotecaria. Sin embargo, tampoco nos parece decisiva en sentido contrario la sentencia 450/2009, de 25 de junio. García García, en nota 31 al artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la obra citada en la nota anterior, la recoge como favorable a la extinción del arrendamiento. Sin embargo, bien leída lo que hace es reproducir el argumento de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 26 de noviembre de 2003, la cual se había decantado a favor de la nulidad de un arrendamiento celebrado con posterioridad a la hipoteca sin respetar las condiciones que en ella se establecían para poder hacerlo porque repugna a la seguridad del tráfico —dice la Audiencia— que pueda mantenerse la carga establecida con posterioridad a la real, sin publicidad y solo por el hecho de haberse anunciado su existencia en la ejecución. Y el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por un motivo más bien formal, sin hacer suyo claramente el argumento de la Audiencia. Me parece que aún no tenemos un pronunciamiento del Supremo concluyente, por lo que mientras lo aconsejable a los eventuales arrendatarios es llevar al Registro sus contratos siempre que se hayan formalizado en escritura pública, que posibilite la inscripción.

los acreedores hipotecarios, en las escritura de formalización de su derecho, impongan como causa de vencimiento anticipado de la obligación el arrendamiento posterior de la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor. Y lo que en principio se venía rechazando a la hora de la inscripción de la hipoteca, se fue aceptando siempre que la prohibición de arrendar no fuera absoluta sino cuando el arrendamiento fuera especialmente perjudicial para la hipoteca¹⁴. En cuanto a los arrendamientos de vivienda la cuestión es más grave para la integridad de la hipoteca pues el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 dispone en su apartado 1 que «si durante los cinco primeros años de duración de contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por ... la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria ..., el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años ... En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada». Parece claro que solo la inscripción previa del arrendamiento deja incólume al arrendatario frente a la acción hipotecaria. Sin embargo, la ley no distingue, a los efectos de mantener al arrendatario de vivienda durante los cinco primeros años la fecha del arrendamiento en relación con la fecha de la hipoteca, lo que ha conducido a la doctrina a aceptar la subsistencia del arrendamiento de vivienda en caso de ejecución hipotecaria durante ese plazo de cinco años aunque el arrendamiento sea posterior a la

hipoteca y aunque el arrendamiento no se haya inscrito en ningún momento.

Los arrendamientos rústicos

Aunque residualmente pudieran aún existir arrendamientos sujetos a leyes anteriores¹⁵ dada la absoluta irretroactividad derivada de su disposición transitoria primera¹⁶, la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre) contempla la materia de la enajenación de la finca arrendada en su artículo 22, a cuyo tenor «el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato o la de la prórroga tácita que esté en curso». Significa esto que la ejecución de la hipoteca no purga el arrendamiento rústico afectante a la finca salvo en cuanto al plazo superior que acaso se haya pactado. La referencia al artículo 34 de la Ley Hipotecaria hace pensar que ni siquiera son purgados los arrendamientos posteriores a la hipoteca inscritos o no inscritos, aunque el adquirente en la subasta por ejecución de hipoteca puede hacer valer su derecho a dar por concluido el arrendamiento, si éste no está inscrito antes que la propia hipoteca al terminar el plazo de tres años impuesto por el artículo 12, bien sea éste el plazo inicial bien alguna prórroga tácita. En todo caso, más de tres años no tendrá el adjudicatario de la finca que soportar el arrendamiento. El ataque legislativo a la eficacia a la hipoteca se halla mitigado por el acortamiento del plazo del arrendamiento rústico producido por la entrada en vigor de esta ley especial, ya que este contrato, como queda dicho, solo dura de forma obligatoria tres años.

¹⁴ Como representativas de cierta postura aperturista a ese pacto pueden citarse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996 y 28 de enero de 1998.

¹⁵ En especial, sujetos a la Ley 83/1980, de 31 de diciembre.

¹⁶ Según la cual «los contratos de arrendamiento y aparcería vigentes a la entrada en vigor de esta ley, se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración».

7. El derecho de uso del artículo 96 del Código Civil¹⁷

Situado sistemáticamente dentro de la regulación de los casos de crisis matrimonial, el artículo 96 del Código Civil¹⁸ dispone que «en defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Claro está que este derecho de uso solo colisiona o puede colisionar con el derecho real de hipoteca cuando el inmueble dado en garantía es una vivienda y, precisamente, es de hecho la vivienda que sirve de domicilio familiar en el momento del advenimiento de la crisis matrimonial. Acontece sin embargo que son tantas las viviendas hipotecadas y son tantos actualmente los casos en que se producen crisis matrimoniales de familias que viven en casa hipotecada, que la cuestión ha tenido

mucha incidencia en la práctica y han sido muy numerosos los casos analizados por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre esta materia. Desafortunadamente para la seguridad jurídica, la respuesta judicial no ha sido siempre la misma. Primeramente, se dudaba acerca de la naturaleza de ese derecho de uso. Desde autores que lo consideraban abiertamente un derecho de naturaleza real¹⁹, se ha abierto y consolidado la opinión de que se trata de un derecho especial de naturaleza familiar aunque inscribible en el Registro de la Propiedad como mecanismo para garantizar su oponibilidad frente a tercero.

En cuanto a su consideración de ataque legal a la eficacia de la hipoteca, actualmente lo es menos pues ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha tenido que poner las cosas en su sitio, corrigiendo algunas desviaciones de las sentencias de las Audiencias Provinciales, algunas de las cuales habían llegado a sostener la prevalencia del derecho de uso constituido después de la hipoteca en caso de ejecución de ésta y sin que tal uso constara inscrito en el Registro de la Propiedad en ningún momento. En la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 se refleja con meridiana claridad el principio de purga provocado por la ejecución hipotecaria respecto de un derecho de uso constituido años más tarde que la inscripción de la hipoteca.

Lógicamente, si el derecho de uso es anterior a la hipoteca y aparece inscrito en el Registro nada hay que objetar a su continuidad pese a la ejecución hipotecaria como derecho anterior que es y con el que cuenta el acreedor hipotecario. Otra cosa es que el que ofrece la vivienda en garantía silencie la existencia de un derecho de uso familiar y éste no esté inscrito en el Registro. La cuestión admite diversas soluciones según el adquirente de la finca pudo o no conocer, a través

¹⁷ Un completo y actualizado estudio sobre esta materia lo hace LÓPEZ FRIAS, A.: «El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 729, páginas 111 a 136. También MANZANO FERNÁNDEZ, M. del M.: «La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 730, páginas 907 a 934.

¹⁸ Esta redacción procede de la Ley de 13 de mayo de 1981. El problema del uso de la vivienda familiar no se abordó en el Código Civil hasta la ley de 24 de abril de 1958. Con anterioridad el Código disponía que una de las medidas a adoptar en caso de demanda de nulidad o divorcio de matrimonio (el divorcio vincular no se contemplaba sino que con tal palabra se designaba lo que después se llamó separación) era «depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la ley de enjuiciamiento civil». Hoy día produce perplejidad esa expresión del Código que alude a un depósito de la mujer como si de un objeto se tratara, pero así era la realidad a finales del Siglo XIX.

¹⁹ RAMS ALBESA, J. (1987): *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 110. Lógicamente, este autor afirma ser un derecho real de uso cuando la vivienda pertenece en propiedad con carácter privativo al cónyuge no usuario. Otra cosa sucede cuando el título de ocupación por parte de la familia es un arrendamiento o un precario.

de la posesión, la posible existencia de tal derecho, lo que nos conduce a la buena o mala fe del adjudicatario de la vivienda, con alguna particularidad si es o no el mismo acreedor hipotecario. Lo que es de lamentar es la doctrina contenida en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 2000, que revocó una calificación registral en la que el registrador, ante el estado civil de separado del hipotecante y su silencio respecto a si la vivienda era o no la de la familia, entendía que era necesario al menos una declaración de no existir algún derecho de uso familiar sobre la vivienda hipotecada. Se evitarían muchos litigios si la prevención del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario²⁰ se aplicara no solamente a los supuestos de normalidad matrimonial como un desarrollo del artículo 1.320 del Código Civil²¹ sino también a los supuestos de crisis en el matrimonio, pues no es difícil aplicarlo igualmente como desarrollo del último párrafo del artículo 96 de dicho Código. En la práctica, dada la asunción por la práctica registral de la doctrina de dicha resolución, los acreedores hipotecarios exigen al hipotecante separado o divorciado que declare expresamente la inexistencia de cualquier derecho de uso constituido a favor de los hijos o del excónyuge sobre la vivienda que está hipotecando.

8. La afección real por los gastos de la transformación urbanística

El artículo 16.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que «los terrenos incluidos en el

ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior. Estos deberes se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación».

La afección real de las fincas resultantes de un proceso de urbanización a los costes derivados de tal proceso no es novedad de la Ley de Suelo de 2008, sino que deriva de la legislación anterior y encuentra reconocimiento en términos prácticamente equivalentes en la legislación urbanística de todas las comunidades autónomas²². La conversión en urbanos de unos determinados terrenos que antes no lo eran genera unos gastos inevitables, tales como los propios de las obras de urbanización, los de indemnización a los propietarios de edificaciones o plantaciones que van a ser demolidas o taladas por su incompatibilidad con la nueva ordenación, el justiprecio de la expropiación forzosa producida por la incorporación de terrenos cuyos propietarios no se adhirieron voluntariamente a la actuación urbanística, los costes propios derivados del pago a los profesionales intervinientes y así un largo etcétera de conceptos que han de ser soportados por los propietarios de los terrenos resultantes.

Si tales propietarios satisfacen los gastos puntual y ordinariamente, nada ocurre. En caso contrario, la deuda cuenta con la garantía de la afección con carácter, dice la Ley, de garantía real. Significa esto que funciona, durante su vigencia, como si de una hipoteca inscrita

²⁰ Según el cual «cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

²¹ Dispone este precepto que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

²² Sirva, como ejemplo, el artículo 77.2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, cuando dispone que el proyecto de actuación, cuando contenga la reparcelación, producirá, entre otros efectos, «c) afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y al pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente».

se tratara, y ello a pesar de que en la inscripción de las fincas resultantes del proceso urbanizador no se pueda concretar en euros el importe máximo de responsabilidad sino tan solo el saldo de la liquidación provisional²³.

Como norma reglamentaria de desarrollo del citado artículo 16.2 de la Ley del Suelo puede citarse el artículo 19 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobadas por Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, el cual, bajo la entrada «de la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar», dispone que «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio y otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73²⁴ de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección.

Dicha afección se inscribirá en el Registro de acuerdo con las siguientes reglas: 1. En la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se hará constar lo siguiente: a) Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto. b) El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los

gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar».

Queda, pues, claro que cualquier hipoteca que, por proceder de las fincas aportadas a la urbanización, se traslade a las fincas de resultado se encuentra con una carga nueva, y además de cuantificación diferida hasta la liquidación definitiva. El porcentaje que a cada finca corresponde en los gastos de urbanización se conoce con exactitud y como tal se traslada a la inscripción en el Registro, pero la posible cantidad solo se da a conocer de manera provisional, lo que no deja de ser un ataque legislativo a la eficacia de la hipoteca, compensado en esta situación por el razonable aumento de valor que todo terreno experimenta cuando deja de ser rústico y se convierte en urbano. La doctrina anterior a la vigente Ley del Suelo se hallaba dividida acerca de la naturaleza de esta afección, esto es, si se trataba de una hipoteca legal expresa, un privilegio a favor de la Administración o una situación diferente. Como dice Arnaiz Eguren²⁵, la idea básica de esta última opinión «consiste en interpretar que la afección no es que tenga rango registral antepuesto a las cargas inscritas con anterioridad, sino que tales cargas son también objeto de la afección urbanística, puesto que el esquema de gestión vincula tanto al propietario en sentido estricto, como a los titulares de derechos reales menores». El texto de la norma reglamentaria transcrita refuerza esta última concepción. Tanto el propietario como el acreedor hipotecario de las fincas aportadas se benefician de la urbanización; por tanto, es lógico que uno y otro soporten esta carga que aparece tras ella.

9. El concurso del propietario de la finca hipotecada

Dejo deliberadamente para el final el problema de la eficacia de la hipoteca cuando el propietario de la finca

²³ Buena prueba de que la cantidad que se señala no es más que orientativa es el texto del artículo 249.1 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero, cuya letra f) dispone que en la memoria de reparcelación deberá constar la «determinación de la cuota y el importe que se atribuya en la cuenta de liquidación provisional a cada una de las parcelas resultantes de la reparcelación, con advertencia de su carácter provisional hasta la liquidación definitiva de la reparcelación».

²⁴ Ya hemos visto que en la vigente Ley General Tributaria el artículo no es el 73 sino el 78. Pero la remisión sigue sirviendo con la debida corrección del número del artículo.

²⁵ ARNAIZ EGUREN, R. (1999): *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid, 1999, página 171.

hipotecada entra en concurso de acreedores porque aquí la evolución legislativa ha sido la contraria de la advertida en otros supuestos. La vigente Ley Concursal²⁶ supone una superación de la situación legislativa anterior, en la que la posibilidad de la retroacción de la quiebra, declarada judicialmente, podía convertir en humo de pajas la pretendida eficacia de la hipoteca²⁷.

Actualmente, la vigente Ley Concursal²⁸ trata con cuidado exquisito el derecho real de hipoteca por las siguientes razones:

a) Considera al crédito garantizado con hipoteca un crédito con privilegio especial (artículo 90.1.1º).

b) Dispone que los acreedores privilegiados (y el hipotecario lo es) solo queden vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta (artículo 134.2).

c) Si un mismo acreedor ostenta contra el concursado créditos ordinarios y otros privilegiados, su voto se presumirá emitido en relación con los ordinarios, de forma que solo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación (artículo 123.3).

d) En principio, la declaración de concurso paraliza las ejecuciones individuales, incluidas las de las garantías reales que afecten a bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o a una unidad productiva de su titularidad. Sin embargo, esta paralización se levanta cuando se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a dicha garantía real o cuando

transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la liquidación (artículo 56.1).

e) Incluso antes, la suspensión se levantará si se aportare al procedimiento un testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 56.2).

f) La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía hipotecaria cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta (artículo 56.4). Esto significa que, hipotecada una finca, la posterior transmisión de ésta sin que el adquirente se haya subrogado de alguna forma en el crédito garantizado con la hipoteca, en nada afecta al acreedor hipotecario la circunstancia de que después el propietario de la finca, que no la hipotecó sino que la adquirió ya hipotecada (por eso la ley le llama tercer poseedor), haya entrado en situación de concurso.

g) La antigua retroacción absoluta del Código de Comercio de 1885 ha sido sustituida actualmente por el sistema de las acciones de reintegración reguladas en los artículos 71 y siguientes. Esto significa que —a diferencia con lo que ocurría en la regulación anterior a 2003, donde, declarada judicialmente la retroacción, era el acreedor hipotecario el que debía probar la regularidad y ausencia de fraude en su operación para salvarla de la nulidad— ahora es la administración concursal la que debe accionar para que se declare la rescisión de alguna hipoteca constituida por el concursado en un período de dos años anteriores a la declaración de concurso si se la considera acto perjudicial para la masa activa. Salvo los casos muy limitados en que el perjuicio patrimonial se presume —sin posibilidad de prueba en contrario en caso de actos a título gratuito, y con posibilidad de dicha prueba en otros casos— la ley se cuida de decir que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados con condiciones normales» (artículo 71.5). Es más, en el texto originario de la Ley Concursal se presumía el perjuicio patrimonial,

²⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio.

²⁷ El artículo 878 del Código de Comercio de 1885, hoy afortunadamente derogado por la Ley Concursal de 2003, establecía que «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Decimos afortunadamente más que por el texto legal en sí por la forma contundente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo alguna sentencia aislada, adoptó para interpretarlo, llevándose la retroacción por delante derechos reales de hipoteca constituidos en tiempo en que nadie podía prever que el hipotecante pudiera entrar en quiebra posteriormente y menos que el juez la declarara con efectos retroactivos. Era, pues, una norma que introducía tal inseguridad en el sistema que no sabemos realmente como éste pudo desarrollarse a pesar de todo.

²⁸ Con mayor razón después de la reforma operada en ella por Ley 38/2011, de 10 de octubre.

salvo prueba en contrario, en «la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contratadas en sustitución de aquellas» (artículo 71.3.2ª), lo que dificultaba enormemente las operaciones de refinanciación o la llegada a las empresas en dificultades de lo que en la terminología usual se denominaba «dinero fresco». Se hizo necesaria una reforma legislativa que dejara a salvo estas operaciones de refinanciación, lo que aconteció por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Esta Ley introdujo el apartado 6 al artículo 71, al decir que «no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor» en determinadas condiciones que enumera, y también una limitación a la legitimación activa para pedir la rescisión de estos acuerdos, facultando tan solo a la administración concursal con el alcance que puede verse en el nuevo apartado 2 del artículo 72.

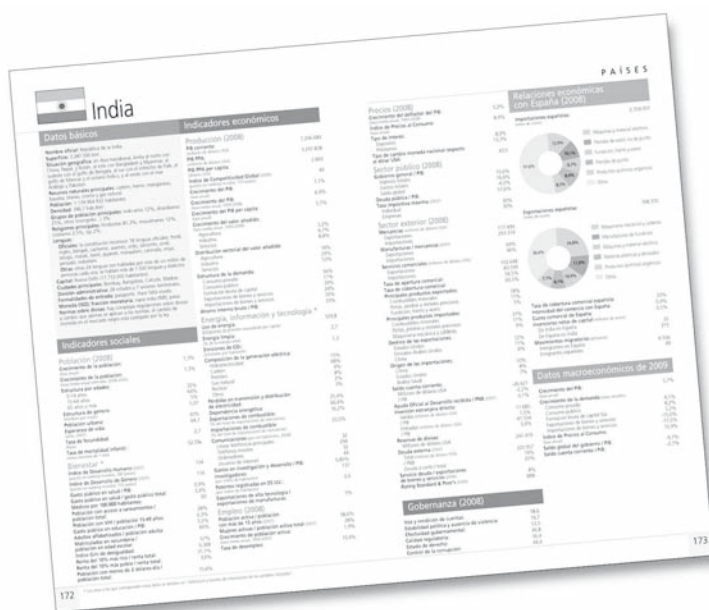
Referencias bibliográficas

- [1] ARNAIZ EGUREN, R. (1999): *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid.
- [2] CALVO VERGEZ, J. (2012): «La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs. 11-42.
- [3] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1975): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo primero, volumen primero, 11.ª edición.
- [4] D'ORS, A. (1968). *Derecho Privado Romano*, Pamplona.
- [5] GARCÍA GARCÍA, J. M. (2011): *Código de Legislación Hipotecaria, Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 7.ª edición.
- [6] LÓPEZ FRÍAS, A. (2012): «El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs. 111-136.
- [7] MANZANO FERNÁNDEZ, M. DEL M. (2012): «La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, págs. 907-934.
- [8] PAU PEDRÓN, A. (1996): *Comentario al artículo 29 de la Ley de Arrendamientos urbanos*, en la obra colectiva «El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral», Madrid.
- [9] RAMS ALBESA, J. (1987): *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid.

LAS CLAVES SOCIOECONÓMICAS DEL MUNDO



- Perfiles de los 197 países del mundo y de los 59 territorios dependientes
- 144 variables económicas y sociales para cada uno de los perfiles
- Fuentes oficiales y fiables de organismos multilaterales
- Datos actualizados y homogéneos que permiten la comparación entre países para cada variable
- Anexo de direcciones postales y electrónicas de interés



7ª edición actualizada (2011)
596 páginas
PVP: 25 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-7811-718-5

El mundo en cifras extrae la información de la base de datos ICEX-ICEI que también se utiliza en la publicación *Claves de la Economía Mundial*

Puede adquirir la obra en las principales librerías y en el ICEX.
Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX)
Pº. de la Castellana, 14 - 28046 MADRID - tel.: 91 349 1888
c.e.: libreria@icex.es - www.icex.es/publicacionesicex-libreria

ICEX

El mundo es tu mercado