

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN

**Programa de doctorado: 050F Aspectos civiles y
fiscales de la adquisición y disfrute de bienes
inmuebles.**

Presentada por:

Grisel Giunta Santimoteo

Dirigida por:

Dr. D. Francisco de Paula Blasco Gascó

Valencia, octubre de 2015

Papá y mamá, lo que soy y lo que tengo os lo debo a vosotros: la ilusión, el apoyo constante y la fuerza del día a día. Cada paso en el camino me ha hecho llegar donde estoy ahora. Vosotros habéis escrito la tesis de mi vida, ahora yo quiero dedicaros la mía.

*«Tuya es la Tierra y todo lo que contiene,
y, lo que es más, ¡serás un hombre, hijo mío!»*

Poema «Si», Rudyard Kipling

INDICE

INTRODUCCIÓN	11
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I - FASE DE SEGURIDAD Y ACCIÓN DE DEVASTACIÓN ... 21

I.1. CUESTIÓN PRELIMINAR.....	21
I.2. OTRAS MEDIDAS LEGALES QUE PUEDE EJERCITAR EL ACREEDOR ANTE EL DETERIORO DE LA FINCA HIPOTECADA.....	21
I.3. DESCONFIANZA QUE SUSCITA LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN. ESPECIAL MENCIÓN A LA FASE DE SEGURIDAD DE LA HIPOTECA	28

CAPÍTULO II - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 117 LH 47

II.1. CON ANTERIORIDAD AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836.....	47
II.2. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836.....	54
II.3. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851.....	58
II.4. LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861 Y SU REGLAMENTO	61
II.5. REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 6 DE AGOSTO DE 1915.....	71
II.6. LEY HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944. TEXTO REFUNDIDO DE 8 DE FEBRERO DE 1946.....	76

CAPÍTULO III - ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN..... 87

III.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO	87
III.2. REFERENCIA A LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO PASIVO	91
III.2.1. Deudor hipotecante.....	91
III.2.2. Hipotecante no deudor.....	94
III.2.3. Tercer poseedor	99
III.3. DERECHOS REALES HIPOTECABLES	105
III.4. VOLUNTAD DEL DUEÑO	121
III.5. DOLO Y CULPA.....	138
III.6. CASO FORTUITO	146

CAPÍTULO IV - ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN..... 159

IV.1. PLANTEAMIENTO GENERAL	159
IV.2. TIPOS DE DETERIORO	161
IV.2.1. Deterioro temido y/o realizado	161

IV.2.2. Deterioro material y/o jurídico	167
IV.2.2.1. Alcance del concepto del deterioro a los efectos de determinar si es material y/o jurídico	167
IV.2.2.2. Enumeración posibles supuestos deterioro material.....	203
IV.2.2.2.1. Uso y no uso de los derechos subjetivos	204
IV.2.2.2.2. Cambio de destino del inmueble hipotecado.....	209
IV.2.2.2.3. Desafectación de elementos incluidos mediante pacto expreso en el objeto de la hipoteca de acuerdo con lo previsto en el art. 111.1º LH.....	211
IV.2.2.2.4. Especial mención a la Ley 8/2013, de 26 de junio de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas	218
IV.3. AUSENCIA DE ELEMENTOS ECONÓMICOS	261
IV.3.1. Planteamiento general.....	261
IV.3.2. La cláusula rebus sic stantibus, una posible solución en la situación actual	266
IV.4. TEMOR POR LA INSUFICIENCIA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA	269

CAPÍTULO V - ARMONIZACIÓN PRECEPTOS 1129.3º CC Y 117 LH...271

V.1. PLANTEAMIENTO GENERAL	271
V.2. CONCORDANCIAS Y DISCREPANCIAS ENTRE SUS ÁMBITOS DE APLICACIÓN.....	272

CAPÍTULO VI - PRINCIPALES EFECTOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACION 287

VI.1. EL PROCEDIMIENTO.....	287
VI.2. SOBRE LAS MEDIDAS QUE SE ADOPTEN.....	291
VI.3. LA CONDUCTA DEL CAUSANTE DEL DETERIORO.....	292
VI.4. LA AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA	294
VI.4.1. La ampliación de la hipoteca admitida en los textos legales hipotecarios.....	294
VI.4.2. La ampliación de la hipoteca sobre otros bienes inmuebles	297
VI.5. OTROS MEDIOS PARA EVITAR O REMEDIAR EL DAÑO	299
VI.6. LA PERSISTENCIA EN EL ABUSO: LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.	301

CAPÍTULO VII - CLÁUSULAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS..305

VII.1. PREFERENCIA DE LOS PACTOS DE CONSERVACIÓN DE LA GARANTÍA.....	305
VII.2. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO	307

CONCLUSIONES 317

BIBLIOGRAFÍA..... 325

LEGISLACIÓN 349

RESOLUCIONES DE LA DGRN Y SENTENCIAS DEL TS 353

AGRADECIMIENTOS 359

INTRODUCCIÓN

Cuando mi Director de tesis, el Dr. D. Francisco P. Blasco, me propuso como tema de estudio el art. 117 de la Ley Hipotecaria, y me expuso las posibilidades que encontraba en hacer una tesis sobre el mismo, he de reconocer que la idea me atrajo, ya que la hipoteca es una figura muy debatida y este precepto podría dar un juego mayor para la solución de los conflictos que actualmente se plantean. Cumplía con mis deseos de seguir trabajando en el campo del Derecho, muy especialmente del Derecho Civil, y en este caso en el ámbito del Derecho Hipotecario. Este ha sido el motivo que me ha animado a profundizar en el tema e intentar simultañarlo con mi trabajo.

El comentario de un precepto conlleva un método de investigación y estudio, que es el contemplado por la doctrina y por nuestro propio Código Civil en el art. 3 donde se expresan los distintos elementos hermenéuticos, que es necesario utilizar para poder obtener una interpretación lo más aproximada posible a la realidad del significado y utilización del art. que se convierte en nuestro punto de partida y en el centro de todo él.

El trabajo de investigación tiene que servir para concatenar los diversos elementos de interpretación, para que se produzca un resultado dotado de unidad en la comprensión del art. dentro de una figura jurídica en concreto como es la hipoteca.

Lo primera parte de mi tesis se ha centrado en buscar el fundamento y finalidad perseguida en el precepto. Debe tenerse en cuenta que este art. se halla dentro de la llamada doctrinalmente fase de seguridad. Fase que ha sido ordinariamente poco tratada por la doctrina y poco desarrollada legalmente, si la comparamos con la fase de ejecución, que ha sido y es, indudablemente, la parte más estudiada y regulada en los textos positivos.

Sin embargo, es importante señalar que las hipotecas, como otras figuras jurídicas, no nacen para su ejecución; es más, en tiempos anteriores a la crisis económica, la ejecución de la hipoteca era la excepción. El crédito garantizado no es un crédito que nace con la intención de ser incumplido, muy al contrario, cuando existe el crédito la intención de las partes es la de su cumplimiento, por lo que no debe pensarse que ya de entrada se llegará a la fase de ejecución hipotecaria.

Así, la llamada acción de devastación del art. 117 LH se encuentra en la fase de seguridad, en una previsión normativa para que no disminuya la garantía ofrecida al acreedor, minoración o deterioro del bien o bienes hipotecados, producida por actos o conductas realizados por el propietario y/o de cualquier otro titular del derecho real del bien, ofrecido en garantía.

Aunque luego se insista en ello, la fase de seguridad es el momento adecuado para poder solucionar muchas de las cuestiones que preocupan a la sociedad actual respecto del crédito hipotecario. Cuando se dice «no a la hipoteca» se está incurriendo en una importante confusión ya que es un «no al crédito y a los productos financieros», que se han creado y comercializado alrededor del crédito hipotecario. La hipoteca cuando nace es precisamente para favorecer al deudor que necesita de financiación para poder afrontar sus inversiones, a través de una liquidez que no posee en aquellos instantes.

Si se introdujeran reformas legales en la hipoteca, y estas reformas fuesen en la fase de seguridad, entiendo que no se llegaría tan fácilmente a la ejecución, ni haría falta el código de buenas conductas. Lo que sí se ha evidenciado es un cambio de perspectiva del legislador, que en un primer momento dicta normas orientadas a dinamizar y agilizar la contratación para, a posteriori, en plena crisis económica y del mercado hipotecario, proteger al deudor en el proceso de ejecución hipotecaria y especialmente en la protección del deudor-consumidor sin

recursos. Lo que sí se ha evidenciado es un cambio de perspectiva del legislador, que en un primer momento dicta normas orientadas a dinamizar y agilizar la contratación para, a posteriori, en plena crisis económica y del mercado hipotecario, proteger al deudor en el proceso de ejecución hipotecaria y especialmente en la protección del deudor-consumidor sin recursos. Además no puede obviarse que las diferentes normas legales reguladoras de los créditos y préstamos hipotecarios no han tenido en cuenta la necesaria protección del deudor cuando tiene la condición de consumidor¹.

Se puede advertir cómo en pocos meses se han producido diferentes normas legales que no han tenido en cuenta la necesaria protección del deudor cuando es consumidor y celebra contratos con las entidades financieras como parte del desarrollo económico de la sociedad en la que vivimos. Es decir, los mecanismos de protección del deudor-consumidor hipotecario se desarrollan en el marco de un procedimiento judicial (declarativo o ejecutivo), pero no se prevén con carácter general instrumentos preventivos que eviten la inclusión de cláusulas abusivas en esta modalidad de contratos.

Este proceso normativo ha sido desordenado y descoordinado como evidencia la convivencia y superposición de normas legales promulgadas en contextos económicos y jurídicos diferentes, con fines normativos opuestos y con resultados prácticos inconexos cuando no directamente contradictorios. En ningún caso se ha abordado una reforma integral de la normativa reguladora de los créditos hipotecarios, desde sus diferentes perspectivas (procesales y sustantivas) y sobre

¹ *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario* / María Ángeles Alcalá Díaz, directora; Antonio Roncero Sánchez [et al.], Madrid: Dykinson, 2014, pág. 15.

todo, adecuada a la legislación comunitaria y nacional de protección de los consumidores².

Este proceso normativo ha sido desordenado y descoordinado como evidencia la convivencia y superposición de normas legales promulgadas en contextos económicos y jurídicos diferentes, con fines normativos opuestos y con resultados prácticos inconexos cuando no directamente contradictorios.

Sin embargo, hay un conjunto de preceptos hipotecarios que han resistido los embates de las últimas reformas legales, olvidándose de cuándo y por qué se concedía como garantía del crédito a la hipoteca, de lo que más adelante trataré. De este modo se ha perdido la oportunidad de reforzar la protección del deudor-consumidor hipotecario mediante la previsión normativa con un rango suficiente para evitar la inseguridad jurídica en la contratación de productos financieros. Se hace necesario, como se verá a lo largo de estas páginas, invertir en seguridad preventiva porque constituye la misma una condición necesaria para el desarrollo económico y, en especial, del buen funcionamiento del sistema financiero y del mercado inmobiliario.

El elemento histórico es, sin lugar a dudas, otro de los elementos hermenéuticos a tener en cuenta. Así, hay que estudiar detenidamente los inmediatos antecedentes que existen de la acción de devastación dentro de nuestro ordenamiento, que se revisa de forma exhaustiva en el trabajo, siguiendo el orden cronológico de los distintos proyectos, y entre los mismos se indica cuál de ellos fue el que de una forma aproximativa puede considerarse el antecedente de la acción, luego a su manifestación en el Reglamento, y su definitiva inclusión en la Ley Hipotecaria.

² *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario* ob. cit., pág. 113.

Las normas de Derecho Extranjero, como criterio hermenéutico, se han introducido en los distintos epígrafes, estudiando los distintos sistemas y la regulación de la acción de devastación en los mismos. Así, se ha estudiado el sistema italiano, el alemán y el francés, el cual fue anterior a la regulación del art. 117 LH y ha sido el sistema seguido por nuestro legislador.

Los elementos subjetivos de la acción de devastación han ocupado el siguiente punto del trabajo. En el lado activo está claramente definida la figura del acreedor hipotecario como legitimado para el ejercicio de la acción, en definitiva, él es el mayor perjudicado por la disminución del valor de la garantía.

En el lado pasivo las tres figuras que pueden aparecer en el crédito hipotecario: el deudor hipotecario, hipotecante no deudor y tercer poseedor de finca hipotecada han sido tratadas y examinadas desde la perspectiva de la acción de devastación y su relación directa con el bien dado en garantía.

La utilización de los términos «dueño» y «propietario» ha permitido acudir al sentido propio de las palabras en busca de alguna posible interpretación diferenciadora entre ambos. La amplitud de la norma permite examinarla desde diversas perspectivas. Los conceptos jurídicos incluidos en el art. 117 LH admiten un estudio por separado de cada uno de ellos, y ha sido necesario adaptarlos al sentido y finalidad de la acción de devastación. El dolo, la culpa y la voluntad del dueño son buenos ejemplos de lo dicho. Las conductas ilícitas originadoras del daño o del deterioro del bien hipotecado, han de ser definidos dentro del supuesto de hecho del art. 117 LH aunque también se ha analizado el caso fortuito como supuesto excluido del art. hipotecario, si bien admitido en el ámbito de las obligaciones (art. 1129.3º CC) para poder determinar o no su aplicación práctica en la hipoteca, accesoria al crédito.

Es imprescindible recordar que los derechos reales susceptibles de ser hipotecados hacen que no solo sea el propietario quien pueda causar daños al objeto o bien; se ha de pensar en el titular del derecho real de usufructo hipotecado, en el titular del derecho real de subhipoteca, en el titular del *leasing* etc. Lo que también ha sido objeto de estudio.

La relación entre el crédito y su garantía ha sido tenida en cuenta desde la óptica de que el crédito es el elemento principal y la hipoteca es el elemento accesorio. Partimos de que la garantía cubre la totalidad del crédito, o, al menos, se encuentra en una relación de cierta proporcionalidad. Cuando se define la hipoteca siempre se dice que es una realización de valor, de ahí la necesidad de tasar el bien ofrecido en garantía y que esa tasación sea lo más objetiva.

El valor del bien hipotecado es esencial para el funcionamiento no solo de la misma hipoteca, sino también para el sistema financiero en su conjunto. La llamada globalización ha ampliado a unos horizontes insospechados lo que antes era plenamente localizado.

No puede olvidarse la situación actual de crisis económica, y que dentro de ella se encuentra la crisis inmobiliaria, con una bajada importantísima del valor de los bienes, que no obedece a ninguna conducta ilícita del propietario del bien, sino a una crisis en la que la oferta de los inmuebles es muy superior a su demanda, y que la tasación de los mismos revela unas deficiencias importantes por la bajada en los precios del mercado. Pérdidas de valor que no cubren los créditos a los que sirven de garantía, y que más bien responden a imprudencias de las entidades financieras que a la conducta del deudor.

El art. 117 LH se ocupa del propietario del bien y de los actos lesivos al mismo. Como se decía anteriormente el precepto no ha sido actualizado, a pesar de todas las reformas efectuadas en la Ley

Hipotecaria. Ni siquiera su referencia a un art. de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido adaptada a la nueva ley del 2000.

A continuación, la exégesis del art. lleva al examen de los elementos objetivos, relativos al deterioro y al daño causado. Deterioro efectuado que ha originado ya la minoración del valor del bien, de tal manera que se ha roto el carácter de la hipoteca como realización del valor en relación al crédito, o deterioro que origina un temor fundado a que esa situación lleve a producirse.

Como se examina también en este punto, hay una enorme amplitud de conceptos. La cantidad de supuestos que pueden incluirse en el supuesto de hecho hace prácticamente imposible su enumeración exhaustiva. La realidad supera la imaginación, por eso se han comentado aquellos casos que tradicionalmente se consideran más habituales o tratados por la mayor parte de la doctrina.

No debe olvidarse que la hipoteca en los orígenes de su regulación en la Ley Hipotecaria, no se situaba en un tiempo ni en una realidad económica siquiera semejante a la actual. Como ya hemos comentado la hipoteca estaba localizada, es decir, era un medio de financiación para la industrialización y la renovación agraria. La localización bancaria y el conocimiento directo del acreedor con su deudor, permitían una confianza entre las partes, que era muy importante en la vida de la hipoteca.

Antes de la crisis económica, los movimientos financieros y el deseo de determinados resultados económicos hicieron que esa relación personal desapareciera o pasara a un segundo plano. En muchos casos, en el mercado hipotecario se titularizaban los créditos hipotecarios, sin que el deudor tuviera conocimiento de ello, o de forma más simple las grandes empresas inmobiliarias eran las que obtenían el préstamo y la garantía en lo que luego se subrogaba el cliente, último comprador de

la finca, e incluso se novaba el préstamo y se ampliaba el capital con el correspondiente aumento de la responsabilidad hipotecaria.

De ahí que los supuestos o causas de deterioro físico o jurídico sobre las finca no se tenían en cuenta mientras se pagase el plazo correspondiente al crédito.

El art. 117 LH no es un precepto aislado, debe estudiarse su relación con otros preceptos, tales como el art. 219.2º RH. Este art. considera que el arrendamiento es uno de los supuestos que cabe incluir en el art. legal de la acción de devastación, así se manifiesta expresamente en el propio precepto. Hoy las nuevas leyes que regulan el arrendamiento han disminuido los derechos a favor del arrendatario. El arrendador puede recuperar el bien más fácilmente, ya que se ha posibilitado extinguir el contrato de arrendamiento con la desaparición de la llamada prórroga forzosa. Lo que permite afirmar que el arrendamiento por sí mismo no minusvalora el bien hipotecado, sino las condiciones del mismo.

Sin embargo, el art. del Reglamento Hipotecario tampoco ha sido modificado, por lo que necesariamente ha de ser tenido en cuenta, como supuesto de deterioro jurídico de la hipoteca, tal como se expresa en el mismo texto del precepto.

La otra relación importante es con el art. 1129.3º CC, que regula los supuestos de vencimiento anticipado del crédito. Este efecto está incluido en el art. 219.2º RH como posible efecto por causa de arrendamiento del bien, después de haber sido hipotecado en los supuestos del art. 117 LH. Forzosamente ha de estudiarse si el vencimiento anticipado del crédito constituye uno de los efectos generales producidos por el art. 117 LH.

Sin duda, la práctica ha hecho que en muchas ocasiones las causas de vencimiento anticipado sean verdaderas casos de deterioro físico o jurídico de la finca, que podrían ser objeto del art. 117 LH y

obtener un trato que esté dirigido a la conservación del crédito, y no a su extinción mediante el vencimiento anticipado, que es la antesala de la ejecución hipoteca.

El estudio de los efectos de la acción de devastación pasa necesariamente por el art. 219.2º RH, que al menos sirve como guía de referencia necesaria. En definitiva, los efectos vendrán dados por las circunstancias que han ocasionado la aplicación de la acción de devastación, y las medidas conservativas han de ser las adecuadas a esas circunstancias, que remedien el daño ocasionado o que eviten su producción.

De la misma forma deben plantearse las normas procesales para la aplicación de la acción de devastación, de acuerdo con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Lo hasta aquí dicho ha ido conformando los diversos campos de interpretación y comprensión del art. 117 LH. Sin duda es un precepto que, conforme se estudia y se profundiza en él, se amplía su horizonte. De forma que los distintos conceptos jurídicos que se dan cita en el art., no contribuyen a su determinación, sino que obligan a un ejercicio de concreción, que permita más fácilmente su aplicación, que ha sido la constante intención a lo largo de todo este estudio.

CAPÍTULO I

FASE DE SEGURIDAD Y ACCIÓN DE DEVASTACIÓN

I.1. CUESTIÓN PRELIMINAR

El acreedor tiene, como consecuencia de la vinculación real que en garantía del crédito impone la hipoteca, el derecho a que el bien conserve su valor en tanto el crédito pende, a fin de poder exigir, eventualmente, la realización, con la seguridad de que la garantía se haya mantenido tal como se constituyó.

Desde su constitución, la hipoteca, como derecho real, confiere a su titular un poder inmediato y directo sobre el bien, que tiene como eventual plasmación la realización del valor para satisfacer el crédito garantizado y el derecho a la conservación en tanto el crédito no venza y se incumpla.

Este poder se concreta en la distinción de dos fases: una primera fase de seguridad, desde que la hipoteca se constituye, y en la que se incluyen una serie de medidas legalmente previstas que a continuación citaré, tendentes a la conservación de la integridad de la cosa; una segunda fase, la fase de realización, en la que se alude al *ius distrahendi* como manifestación del derecho real de hipoteca.

I.2. OTRAS MEDIDAS LEGALES QUE PUEDE EJERCITAR EL ACREEDOR ANTE EL DETERIORO DE LA FINCA HIPOTECADA

Las medidas de tutela para el acreedor hipotecario, conducentes a prevenir o remediar los menoscabos al objeto de la hipoteca, en orden a su conservación, tienen un elemento común que las caracteriza, evitar el menoscabo del valor del bien hipotecado, que puede llegar a disminuir la eficacia aseguradora de la hipoteca, privando de su contenido objetivo, total o parcialmente, al eventual *ius distrahendi*.

Estas medidas afectan directamente al objeto de la hipoteca y son las siguientes:

- La **anticipación del vencimiento de la obligación** en los términos previstos en el art. 1129.3º CC cuando el deudor disminuya por actos propios las garantías que hubiese otorgado después de establecidas, y cuando desaparecieran éstas por caso fortuito, si el deudor no las sustituye inmediatamente por otras nuevas e igualmente seguras.

Es importante señalar que dicho precepto no busca la preservación de la garantía ya que pone fin a la hipoteca con el cumplimiento del término de pendencia de la obligación garantizada. Sin embargo, sí que ofrece al acreedor un medio de reacción ante el menoscabo de la garantía, protegiendo con ello su derecho de crédito.

- La **ampliación de la hipoteca** en las de carácter legal. El art. 163 LH dispone que: *«En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan, respectivamente, el derecho o la obligación de exigir las y de calificar su suficiencia».*

Para las hipotecas voluntarias, el art. 115 LH admite la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados con el objeto de cubrir el pago de los intereses que no estén incluidos en la extensión que determina el art. 114 LH.

LLOPIS GINER³ hace referencia también a la posibilidad de pedir una ampliación de la hipoteca cuando se reduzca el valor de

³ LLOPIS GINER, JM. La ampliación del préstamo hipotecario. En: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González*, vol.2, 2004, págs. 2819 y ss.

la finca hipotecada a través de un arrendamiento gravoso. En este sentido, el literal del art. 219.2º RH, sobre el que volveré más adelante, es el siguiente: *«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»*. Explica el autor el supuesto de aplicación diciendo: «1.-El crédito es el mismo que el que ha sido garantizado en primer lugar; 2.-La cobertura hipotecaria ha resultado insuficiente y no cubre por entero dicho crédito. 3.-Se posibilita la ampliación de la hipoteca sobre bienes distintos al hipotecado, ya que este ha sufrido el daño económico con el arrendamiento y por supuesto de hecho no puede por sí mismo ser de nuevo el objeto de la garantía».

- La llamada **extensión de la hipoteca** a que hace referencia el art. 110.2º LH extiende la hipoteca a toda indemnización debida por terceros por razón del deterioro o pérdida de valor del objeto gravado de privilegio o hipoteca. Dicho precepto, coherente con la finalidad de asegurar del derecho de hipoteca, se refiere a la consignación o depósito de las cantidades que correspondan al dueño en concepto de indemnización si han de hacerse efectivas antes del vencimiento. En tal situación, dado que el acreedor tiene derecho a ser resarcido en la medida de su derecho, lo procedente es que se afecte la indemnización al destino de garantía al que hasta que se produce el perjuicio estaba vinculado el bien hipotecado, ahora desaparecido o menoscabado.

BLASCO GASCÓ⁴ considera que si el crédito indemnizatorio nace una vez vencida la obligación garantizada pero todavía no satisfecha, la solución parece que debe ser la misma con base en

⁴ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 199.

la coherencia del sistema y en el propio fundamento de la extensión objetiva.

El ordenamiento español no discrimina atendiendo al origen de la indemnización. En este sentido BLASCO GASCÓ⁵ es de la opinión que el art. 110-2º LH es aplicable cualquiera que sea la causa de la indemnización (se está refiriendo a la indemnización por daño extracontractual ex. art. 1902 CC). Más adelante, el autor explica que nacido el derecho indemnizatorio, por siniestro, expropiación u otra causa, el gravamen hipotecario afecta de manera automática a tal derecho de crédito. Y esta sujeción automática dice, no significa que el acreedor hipotecario tenga un derecho a la indemnización sino sobre la indemnización pues lo primero supondría una suerte de subrogación personal activa.

Sin embargo, LLOPIS GINER⁶ limita el supuesto de hecho del art. 110.2º LH además de a las indemnizaciones por expropiación, a las indemnizaciones por seguro, añadiendo que por tratarse de indemnizaciones por siniestro en razón del inmueble hipotecado, «queda excluido del art. 110 cualquiera otra indemnización que pudiera sufrir por causa distinta a ésta».

Completa este art. lo dispuesto en los arts. 40 a 42 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro:

- I. El art. 40 LCS reproduce la extensión que tiene el acreedor hipotecario a las indemnizaciones que por razón del bien hipotecado corresponden al propietario. Para asegurar su efectividad introduce por una parte la obligación del tomador y del asegurado de comunicar al asegurador la

⁵ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., pág. 198.

⁶ LLOPIS GINER, J.M. Comentario al artículo 110 de la Ley Hipotecaria. En: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, t.VII, vol. 6, Madrid, 2000, págs. 254 y ss.

existencia de la hipoteca y por otra parte la consecuente obligación de este de no pagar la indemnización sin consentimiento del acreedor, o bien de depositarla, tal y como ya establece el art. 110.2º (LCS 50/1980, de 8 de octubre) que, en sede de indemnizaciones del contrato de seguro, queda desplazado por la norma posterior y especial que recoge la Ley de Contrato de Seguro, por tratarse de una norma general anterior. De esta forma, el art. 110.2º seguirá siendo de aplicación cuando las indemnizaciones debidas o concedidas al titular del bien hipotecado procedan de sujetos distintos al asegurador de la finca.

- II. El art. 41 LCS (50/1980, de 8 de octubre), en su segundo párrafo, establece el derecho que tiene el acreedor hipotecario a satisfacer la prima impagada aunque el tomador y el asegurador se opongan. Esta previsión supone una especificación de la genérica facultad de todo tercero de pagar la deuda ajena prevista en el art. 1.158 CC Para dotarle de mayor efectividad a tal previsión contenida en el art. 41 LCS, el legislador le impone al asegurador la obligación de notificar al acreedor hipotecario el impago de la prima. El mismo art. incluye además la imposibilidad de oponer la extinción del contrato de seguro al acreedor hipotecario, hasta que transcurra un mes desde que se le comunique el hecho extintivo⁷.
- III. De modo complementario a la previsión del art. 40 LCS (50/1980, de 8 de octubre), recoge el art. 42 LCS (50/1980,

⁷ Como aclara VARGAS VASSEROT, C., en *El seguro de la finca hipotecada*, Barcelona, 2003, pág. 288, la finalidad del precepto es doble. Por un lado, proporciona al acreedor, ante la disminución de garantías que con la extinción del seguro va a experimentar, tiempo para reaccionar, y por otro lado, mantiene la obligación del asegurador de satisfacer, en caso de siniestro, la indemnización, sobre la que se extenderá el derecho de los acreedores protegidos por el precepto.

de 8 de octubre) la garantía para el acreedor en caso de que la indemnización deba destinarse a la reconstrucción de la finca siniestrada. Es decir, habrá que atenerse a lo que prevé el art. 42 LCS, que establece la necesidad de que exista un acuerdo entre acreedor hipotecario y asegurado, acerca de las garantías con las que debe asegurarse la reconstrucción y, en caso de que no se alcance dicho acuerdo, impone la solución del art. 40, el depósito de la cantidad correspondiente.

Advertido lo anterior con respecto a las previsiones contenidas en la Ley de Contrato de Seguro, a modo de conclusión, puesto que nos referimos en todo caso a indemnizaciones satisfechas, cuando todavía no ha vencido la obligación garantizada con la hipoteca, las alternativas previstas son o bien el depósito del art. 40 LCS o la reconstrucción del bien hipotecado siniestrado del art. 42 LCS. Para el resto de cláusulas que se puedan añadir en la escritura de constitución de la hipoteca, si bien la casuística en materia de seguros puede ser enorme, como sostiene VARGAS VASSEROT (2003): «solo serían válidas las cláusulas contractuales que alterasen el contenido de los arts. 40 a 42 de la LCS cuando el régimen establecido convencionalmente sea más beneficioso, al mismo tiempo que para el asegurado propiamente dicho, para los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados»⁸.

No puede negarse el interés que la LCS le presta al supuesto de garantía hipotecaria. En definitiva, como se ha visto, es un sistema de protección del crédito ante los posibles daños que pudieran darse sobre el bien hipotecado. Esta idea se transforma en una prevención necesaria antes de la firma del propio préstamo hipotecario, de forma que se firma conjuntamente con la escritura del préstamo la

⁸ VARGAS VASSEROT, C., ob. cit., pág. 176.

constitución del seguro con una empresa que de forma directa o indirecta se haya relacionada con la entidad financiera. Esta práctica debe entenderse como positiva, sí en cuanto a su fin, mas no en cuanto a su obligatoriedad, como requerimiento necesario de la concesión del préstamo por parte de la entidad, ya que es un requisito añadido e impuesto que, a mi modesto juicio, excede de los tratos preliminares del contrato principal. Además, cuando al seguro sobre el bien hipotecado, se le añade un seguro de vida del deudor, como si la obligación que se va a constituir se extinguiese por la muerte del deudor o deudores.

En cuanto a las indemnizaciones por expropiación forzosa y por cambio de cultivo, se plantea BLASCO GASCÓ⁹ qué ocurre cuando la indemnización por el primer motivo (el justiprecio) no cubre la obligación garantizada, lo que no es difícil que suceda porque el valor del justiprecio no es el mismo que el valor de mercado del bien hipotecado. En este supuesto, considera que el acreedor hipotecario no puede invocar el art. 1129 CC y exigir el cumplimiento de la obligación garantizada por vencimiento anticipado porque si se entiende que la garantía disminuye, dicha disminución no se debe a actos propios del autor y por tanto no se puede entender que la garantía desaparece, ya que el importe del justiprecio sustituye a la cosa hipotecada y expropiada y precisamente uno de los efectos que produce la «extensión» objetiva de la hipoteca a las indemnizaciones por razón de los bienes hipotecados es, en su caso, imposibilitar que el acreedor hipotecario pueda exigir el cumplimiento de la obligación garantizada por vencimiento anticipado al amparo del art. 1129 CC.

Tampoco considera que pueda ejercitarse la acción de devastación teniendo en cuenta que la expropiación de la finca no puede equipararse al deterioro y disminución de valor de la misma. Y menos

⁹ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., págs. 200 y 201.

que se produzca por dolo, culpa o voluntad del dueño, presupuesto subjetivo de la acción de devastación.

Otro de los supuestos que menciona el autor es el referido a las indemnizaciones concedidas al propietario por abandono de cultivo. En este caso considera que el acreedor hipotecario estaría legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada por el vencimiento anticipado de la misma al amparo del art. 1129.3º CC o a ejercitar la acción de devastación pues, aunque, no proceda con dolo ni culpa, el abandono de cultivo es voluntario¹⁰.

I.3. DESCONFIANZA QUE SUSCITA LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN. ESPECIAL MENCIÓN A LA FASE DE SEGURIDAD DE LA HIPOTECA

Junto a las medidas de seguridad preventiva que he citado en el apartado anterior, destaca la **acción de devastación** regulada en el art. 117 de la Ley Hipotecaria, de la que me voy a ocupar en adelante y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de 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.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

¹⁰ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., págs. 200 y 201.

En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los arts. 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Complementa el art. 117 LH, el art. 219.2º RH, aparecido en la reforma de dicho Reglamento por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que regula específicamente un supuesto de disminución del valor de la finca hipotecada, *«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»*, en cuyo caso 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»*. Además, el precepto contiene una presunción, indicativa de la existencia de una disminución de valor, consistente en el arriendo del inmueble *«por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada»*.

Al mecanismo de tutela de la garantía hipotecaria previsto en el art. 117 LH, se le atribuye, desde un punto de vista doctrinal, y aprovechando el estudio de la tan debatida *bifase* vital de la hipoteca, un lugar privilegiado dentro de las medidas de conservación y mantenimiento de la garantía hipotecaria en la fase de seguridad.

Dicha previsión normativa armoniza las potestades jurídicas que concurren sobre el bien hipotecado y potencia al máximo el aprovechamiento del mismo. Sin imponer límites cualitativos al propietario, que puede aprovechar o desaprovechar la cosa, en todo aquello que no le esté prohibido por el ordenamiento jurídico o limitado por el contenido específico de poder reconocido al titular de un derecho real, pretende evitar que su proceder abusivo atente contra el derecho del acreedor hipotecario, ocasionando un menoscabo que decrezca el valor que sirve de garantía.

De esta forma, una vez cumplidos los presupuestos legales de la norma objeto de estudio –art. 117 LH y con ella el art. 219. 2º-, esta misma velará por el mantenimiento del valor del bien, canalizando la concurrencia de titularidades jurídico reales del propietario y del acreedor hipotecario. Para ello impone un deber específico de conservación a aquel, limitando lo menos posible su derecho sobre el bien hipotecado. Con esto se otorga a la hipoteca su máxima eficacia, que no consiste únicamente en asegurar al acreedor su derecho de crédito vinculando el valor, sino que lo hace restringiendo lo menos posible las potestades jurídicas del propietario del bien.

La hipoteca no desposee al deudor de su propiedad y por ello hay que buscar una serie de garantías en beneficio del acreedor. Como sostiene CRISTÓBAL MONTES (1971):

si el acreedor hubiera de permanecer inerte frente a los peligros que pueden amenazar o materializarse en la cosa gravada, a bien poco quedaría reducida (en teoría, se entiende) su garantía hipotecaria, e incluso cabría dudar de la existencia de un verdadero derecho en su favor: un derecho sin tutela, un derecho que no pueda reaccionar frente a lo que atente a su integridad y plenitud no es un genuino poder jurídico¹¹.

El acreedor hipotecario no tiene la posesión, que sí que la tiene el deudor hipotecante o hipotecante no deudor, alterándose con la hipoteca sus facultades dominicales. En este sentido cabe afirmar que, con la hipoteca, los deberes del titular del bien hipotecado, de acción u omisión, relativos al modo de aprovechamiento del bien hipotecado y del ejercicio de potestades de goce sobre el mismo, modalizan el ejercicio de sus facultades. Por otra parte, la carencia de posesión por parte del

¹¹ CRISTÓBAL MONTES, A. Los presupuestos de la disminución de la garantía hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, nº 481, págs. 566 y 567.

titular del derecho real, queda garantizada con la inscripción en el Registro de la Propiedad. En el derecho real de hipoteca la inscripción es constitutiva, ya que no hay traspaso posesorio y por tanto es esencial la publicidad registral.

Desde un punto de vista doctrinal, se le achaca cotidianamente a la acción de devastación una reputación de ineficaz y con escasa aplicación práctica, debido al desinterés doctrinal que suscita la fase de seguridad¹². Los procesalistas únicamente toman en consideración la fase de ejecución, pero no hay que olvidar que la fase de seguridad, que comienza desde el mismo instante en que la hipoteca queda constituida, tiene importancia ya que desde ese momento el derecho real de hipoteca manifiesta su eficacia *erga omnes* y la hipoteca adquiere rango en el Registro de la Propiedad. Así, la fase de seguridad es relevante cuando un comprador acude al Registro de la Propiedad para conocer si el inmueble está libre de cargas y el propietario está al corriente de todos los pagos. En este sentido una nota simple revelará si el inmueble se encuentra en el estado que el vendedor ha manifestado en cuanto a hipotecas, embargos o afecciones fiscales.

El legislador dio al art. 117 una gran importancia preventiva, que la doctrina en un primer momento supo valorar. La práctica hipotecaria ha sido la que posteriormente ha hecho que el precepto carezca del uso y del alcance que dicho precepto hubiese tenido.

Las razones pueden ser varias pero considero que ha sido la misma realidad social o económica la que ha llevado a esta situación. En un primer momento la hipoteca era socialmente un acto de garantía en la que el acreedor y el deudor se conocían personalmente y en el que el primero tenía el conocimiento exacto del patrimonio del deudor, su

¹² Así lo afirman DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J.A. La conservación de la cosa hipotecada, *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 506 y 507 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Madrid: McGraw-Hill, 1996, págs.169 y 170.

situación y estado, así como de las posibles modificaciones o alteraciones que se producían en los *bienes*. De esta forma el acreedor preveía los daños que se ocasionaban en ellos.

Hoy la situación ha cambiado totalmente, las entidades financieras han actuado de forma que no se ha tenido en cuenta la situación personal del deudor, eso sí, se han pedido determinados datos que estaban incluidos en una burocracia que debía reflejar la seguridad en el trabajo y su capacidad para el pago de la hipoteca, pero esa relación personal era totalmente inexistente en una sociedad masificada en donde la multiplicación de las hipotecas dificultaba esa situación. Además, en cuanto a los bienes hipotecados se desconocía hasta su ubicación, especialmente en el caso de los rústicos. ¿Cuándo se preocupaba el acreedor de la situación física y económica de los bienes hipotecados? En el momento de la ejecución. Es frecuente la utilización de corredores de fincas o de personas conocedoras del término municipal para que ubiquen las fincas hipotecadas.

Todo esto, que podría considerarse como mera anécdota, a mi juicio refleja una realidad que necesariamente hace pensar en que la hipoteca que regula la Ley Hipotecaria, concebida para una financiación económica en un tiempo determinado, ha sido reutilizada para otra situación totalmente distinta, sin que las reformas legales efectuadas hayan llegado a tiempo y solo hayan servido para parchear la realidad legal existente. Y ello, dejando a un lado las operaciones financieras con los títulos hipotecarios, de lo que más adelante se tratará, pero que ha servido para agrandar la brecha existente entre el tipo de hipoteca regulado en la Ley y los «juegos» económicos que de forma global han sido una de las causas primeras de la actual crisis económica.

La desconfianza que produce en el mismo deudor el mecanismo de tutela de la garantía hipotecaria, previsto en el art. 117 LH, ha ocasionado que en la práctica, la eventual disminución del valor de la

finca sea resuelta a través de cláusulas de vencimiento anticipado que se convierten en un instrumento que se le atribuye al acreedor hipotecario, poniendo fin al plazo de amortización del crédito, y ello, como analizaré más adelante, porque el vencimiento anticipado se produce de forma automática, independientemente de si existe o no culpa del propietario. Ejemplo de esto son las cláusulas que se adicionan a la escritura de constitución de la hipoteca y que atienden a los perjuicios en el objeto hipotecado durante la fase previa al vencimiento del crédito asegurado. Con estos mecanismos convencionales se desplazan a un segundo plano los dispositivos legalmente previstos para el acreedor hipotecario conducentes a prevenir o remediar los menoscabos al objeto de la hipoteca hasta el momento en que, si procede, se ejecute la garantía.

Además de su poco uso en la práctica, contribuye a la escasa atención prestada por los tratadistas al estudio de la acción de devastación, el que la doctrina considere que es en la fase de ejecución donde la hipoteca despliega toda su eficacia, por ser de generalización doctrinal el que la misma atribuye al acreedor hipotecario el poder de poner en marcha la ejecución, en aras a obtener una suma de dinero de la finca hipotecada, en el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada y con preferencia, respecto al resto de acreedores. Y con ello, la fase de seguridad se reduce, por parte de abundante bibliografía que trata sobre la fase de ejecución, a una simple presión psicológica que el vínculo ejerce sobre el deudor o tercer poseedor para obtener el cumplimiento de la obligación garantizada.

A pesar de estas consideraciones doctrinales, no podemos olvidar que la realización de valor es un remedio para el caso de incumplimiento. Y el derecho real de garantía no se dirige a remediarlo, sino a asegurarlo. El incumplimiento representa el supuesto anormal o patológico, y si esto es así, no hay motivo para erigir en nota esencial la de realización del valor, que solamente entra en juego en los supuestos

anormales. Es decir, la realización de valor es una situación extrema a la que puede conducir la hipoteca, pero no se puede afirmar que sea el fin al que la hipoteca se ordena. Por ello hay que darle importancia a la fase de seguridad, especialmente si consideramos cómo se ha producido la titularización de los créditos hipotecarios a nivel internacional y cómo se ha iniciado la actual crisis hipotecaria con las hipotecas *subprime*, concedidas por debajo de la prima de riesgo.

DE LA CÁMARA¹³ hizo notar que «el poder que se ejercita cuando la ejecución hipotecaria entra en funciones constituye una aplicación específica del poder que sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho. La persuasión (digámoslo así) ha fracasado y cede el paso a la fuerza».

La mayor parte de los estudiosos han criticado el art. 117 de la Ley Hipotecaria. Así, a título de ejemplo, DE CASSO ROMERO, lo ha calificado de «vago e impreciso», afirmando que «el régimen de la acción «de devastación» es, como se observa, muy vago e insuficiente, y además, que no se concretan las medidas que podrá ordenar el Juez «para evitar o remediar el daño», ni tampoco el régimen de la administración judicial. Por ello, es conveniente que los interesados prevean el supuesto y lo regulen en la escritura de hipoteca»¹⁴.

En el mismo sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS estima que el precepto es «oscuro, contradictorio y condensado», exponiendo que

lo primero que puede apreciarse es el hecho de que toda la materia de la acción de devastación esté comprendida en un solo art., a

¹³ DE LA CÁMARA, M. Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real, *Revista de Derecho Privado*, 1951, págs. 412 y ss.

¹⁴ DE CASSO ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4ª ed., Madrid, 1951, pág. 666. Vid. también PUIG BRUTAU, J. *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho Hipotecario*, vol. III, Barcelona, 1989, pág. 452, que dice textualmente que el precepto «resulta vago porque no señala qué actos concretos del propietario pueden justificar la indicada intervención judicial».

diferencia de la regulación más minuciosa que se adopta en los Códigos anteriormente examinados. Por otra parte a esta dificultad se añade la defectuosa redacción del precepto, lo que contribuye a hacer oscura la tarea del intérprete [...] ¹⁵. (DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1966)

Se refiere el autor, cuando dice «Códigos anteriormente examinados», a lo preceptuado en el derecho comparado para esta materia. ALVAREZ CAPEROCHIPI considera el precepto como «poco afortunado», sosteniendo que se trata «de una redacción muy poco afortunada. Los distintos criterios dogmáticos e históricos sobre la devastación se encuentran mezclados y confundidos. De hecho se tratan conjuntamente la devastación fortuita con la devastación voluntaria y dolosa; y la disminución del valor de la cosa con la insuficiencia de la garantía. Finalmente el art. 117, LH, no prevé la posibilidad de sustitución de las garantías devastadas» ¹⁶ . Aun admitiendo parte de la crítica de estos autores, me propongo clarificar a lo largo de estas páginas el alcance y motivaciones de la norma, la aplicación práctica de la misma y las dudas que giran en torno a su utilidad, entre otras cuestiones.

Si bien es cierto que antes se veía como un art. residual, ha sido paulatinamente desgranado por la doctrina, resaltando siempre la fase de ejecución, que ya sabemos que no tiene por qué existir en todo caso.

¹⁵ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1966, pág. 293.

¹⁶ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. *Curso de Derechos reales*, T. II, *Los derechos reales limitados*, Madrid, 1987, También DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. 1966, ob. cit.,pág. 293, considera que procede, antes de su entronque con aquellos criterios normativos con los que guarda relación, «hacer el intento de interpretar debidamente tan desafortunado artículo».

Tal y como dice GIL MARQUÉS¹⁷ cuando hace referencia a la hipertrofia doctrinal en torno al estudio de la Ley Hipotecaria de 1861 y extrapolándolo a la acción de devastación, tengo la impresión de que realmente los estudios doctrinales que existen sobre la materia no logran dilucidar si realmente se puede aplicar tal mecanismo a las circunstancias actuales o a la misma realidad social que provocó la redacción del art. 117 en su origen.

También en este caso, al igual que decía el autor para los llamados principios hipotecarios y recorriendo los distintos estudiosos que se han ocupado del tema, existe un fondo indudable de método pedagógico para explicar el alcance de la norma, presupuestos de aplicación y medidas a adoptar por el Juez. Pero coincido con el autor en que «una vez superada esta fase doctrinal, necesaria, desde luego, para dar altura científica a una materia, es necesario tener en cuenta que, por la misma fuerza de las cosas, el fijar unas rígidas bases o principios, puede llegar a cristalizar la norma, y todo lo que sea cristalizar en estos tiempos corre el peligro de convertirse en pieza de museo». Añade el autor que «hemos dedicado la mayoría de nuestros esfuerzos al aspecto teórico o doctrinal, olvidando que la finalidad social de las normas, el aspecto sociológico de las conexiones hecho social-Ley, nunca deben perderse de vista».

Podría decirse que son ciertas las críticas que sobre el art. 117 LH ha realizado la doctrina, acerca de que es vago, impreciso, oscuro, contradictorio y muy especialmente que deja un amplio margen al Juez para poder adoptar las medidas que sean más convenientes. Sin embargo, también puede pensarse que eso es precisamente lo que ha pretendido el legislador.

¹⁷ GIL MARQUÉS, A. Proyección histórica y actual del sistema hipotecario. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 787 y 788.

Pienso que el legislador hubiera podido enumerar una serie de supuestos en los que se daría la acción de devastación, pero esa numeración:

- a) Podría ser incompleta y por consiguiente, se quedarían fuera una cantidad de supuestos que, dado el carácter abierto de la norma, cabe incluir en el art. 17 LH. Muchos de sus elementos subjetivos y objetivos serán examinados posteriormente pero entiendo que para evitar cualquier tipo de enumeración, el legislador ha intentado establecer unos requisitos, que han sido los que en cierta forma oscurecen su redacción. Considero que el precepto debería haber contenido una expresión todavía más amplia.
- b) No concreta los efectos del ejercicio de la acción de devastación porque puede pensarse que el legislador hipotecario no quiere entrar en la fase de ejecución de la hipoteca y por tanto no apunta hacia su extinción. Muy al contrario, lo que pretende es salvar la garantía hipotecaria, de forma que se adopten las medidas necesarias para que subsista y aun se pueda salvar la cobertura del crédito garantido.

Esto es así porque una figura jurídica como la hipoteca no puede vivir aislada de la realidad social. Conviene recordar en este punto el art. 3.1 CC que establece que las leyes se interpretarán «*atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*», aunque también es cierto que a veces la realidad social cambia a tal velocidad que se hace prácticamente imposible la adaptación de las leyes a la misma. Eso no significa que las instituciones legales no necesiten adaptaciones al medio socioeconómico en el que se desenvuelven.

Como se ha dicho anteriormente, quizá la hipoteca que hoy regula la Ley Hipotecaria o la fase de ejecución la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sea más que un parcheado para evitar una nueva configuración de

la hipoteca atendiendo a las circunstancias presentes. Más adelante analizaré cómo la hipoteca se ha ido configurando de acuerdo a las necesidades de la época. Esas necesidades del siglo XIX y de mediados del siglo XX, no son sin duda las actuales ni tampoco responden a los criterios de una garantía para el propio acreedor.

Continuamente podemos asistir en los medios de comunicación a las críticas verbales y físicas en las que se confunde lo que es propiamente el crédito con la garantía, que es su hipoteca. No se trata de que el deudor lo sea, sino de que su deuda esté garantizada con su vivienda, lo que ha hecho que sobre este derecho real de garantía recaigan las mayores críticas que pueden llegar a formularse con respecto a una garantía real.

Ahondando en la repercusión que tiene la fase de ejecución, es cierto que en la de realización del valor; se producen los más vigorosos efectos de la hipoteca¹⁸ sin embargo, desde el momento en que esta queda válidamente constituida, nace un derecho real con eficacia *erga omnes*, donde la fase de seguridad es de vital importancia en aras a la satisfacción del crédito hipotecario llegado el momento de la ejecución hipotecaria, aunque no hay que olvidar que no siempre se hace uso del mismo. Como observa oportunamente LACRUZ BERDEJO (2009)¹⁹ :

el derecho real de hipoteca no nace al ejercitar el procedimiento hipotecario, en cualquiera de sus manifestaciones, sino al quedar formalmente constituido; ya durante la pendencia del crédito, despliega su eficacia *erga omnes*. La moderna doctrina civilista distingue, así, en

¹⁸ Como dice HEDEMANN, J. W. en *Tratado de Derecho civil, II, Derechos reales*, trad. y notas de J. L. Díez Pastor y M. González Enriquez, Madrid, 1955, pág. 428, «La hipoteca no desarrolla lo más importante de su naturaleza sino cuando se llega a *hacerla efectiva* en el valor de la finca gravada».

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et. al. Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 278 y 279.

la hipoteca una fase cautelar o de seguridad y otra ejecutiva o de realización de valor. No se trata, con todo de dos fases inconexas, sino que la primera pretende asegurar, para en su caso, la efectividad de la segunda.

Cuando se constituye la hipoteca, existe un señorío jurídico sobre la misma que le permite al acreedor evitar cualquier tipo de menoscabo sobre el bien hipotecado²⁰, y es en esta fase cautelar o estática, donde la garantía hipotecaria se encuentra protegida contra las causas que puedan provocar una disminución o extinción del valor del bien, que en definitiva, es una representación monetaria de la condición material y jurídica del mismo y, por tanto, cualquier menoscabo en dicha condición tiene su reflejo en la valoración del mismo y, por ende, sobre la garantía hipotecaria.

El art. 117 de la Ley configura esta situación jurídica de restricción y correlativo poder entre el titular del bien hipotecado y el acreedor. Delimita, atendido el derecho que tiene el acreedor hipotecario sobre la cosa y su función jurídico-económica, el derecho del propietario, exigiéndole la prevención o reparación del daño causado (analizaré más adelante si también temido) y, en última instancia, la administración judicial del bien.

Esto es así porque pendiente el crédito hipotecario, el propietario no pierde sus facultades dispositivas, aunque no le está permitido realizar actos de disposición material y jurídica que entrañen un perjuicio para el acreedor y que en definitiva mermen el valor del inmueble gravado. Por otra parte, el acreedor conserva la facultad de controlar el mantenimiento del valor de la garantía ante cualquier

²⁰ HEDEMANN, J.W. ob. cit, pág. 408, dice, y cito textualmente, que: «Solo con autorización del acreedor hipotecario se pueden hacer *alteraciones arbitrarias* en la sustancia de la finca. De otra suerte, sería posible disminuir el valor de lo que se ha empeñado por la libre acción del mismo propietario».

menoscabo sufrido por la actuación del deudor o propietario del bien que posee el inmueble.

La consecuencia de permanecer el objeto hipotecado en posesión del dueño, se traduce en que el ordenamiento jurídico articula unos mecanismos de protección que se dirigen a salvaguardar la integridad de la garantía hipotecaria, manteniendo las expectativas de crédito y afrontando en su caso la hipotética disminución o pérdida de valor, el deterioro del bien por actos materiales o jurídicos del propietario o poseedor del bien o, en su caso, la destrucción o expropiación del mismo objeto. Entre ellos, como ya comenté, ocupa un lugar destacado la norma del art. 117 LH.

Y así, el acreedor hipotecario, sin necesidad de provocar la anticipación del vencimiento de la deuda, puede hacer prevalecer dicha medida de conservación del crédito hipotecario contra actos del dueño que impliquen una disminución del valor cubierto por la garantía²¹.

Como se sabe, en la actualidad, el valor del bien ha disminuido. Si se concedieron en su momento hipotecas, por el 100% o más del valor de tasación (valor de mercado) de la vivienda, es posible que el valor de mercado actual sea inferior al valor de la garantía. Sin embargo, al acreedor hipotecario, especialmente a las entidades financieras, por motivos contables, les puede interesar seguir manteniendo la hipoteca a pesar de la desvalorización del bien y de la morosidad del deudor. Para ello, han buscado figuras jurídicas como la novación, que implica mantener la hipoteca en la fase de seguridad y no entrar en la fase de

²¹ LALAGUNA DOMINGUEZ, E. *Los créditos hipotecarios*, Madrid, Reus, 1977, págs. 51 y 52, donde tacha de innecesaria la utilización de las medidas de conservación previstas en el campo del Derecho de obligaciones para los créditos comunes, añadiendo que la protección del crédito hipotecario está conformada fundamentalmente por principios y normas del Derecho de cosas donde las medidas de protección tienden a mantener intacto el crédito durante todo el tiempo en que perviva la relación obligatoria y este se mantiene con eficacia al gravitar las medidas de seguridad sobre la cosa que sirve de garantía y no sobre el comportamiento obligatorio del deudor.

ejecución, pactando con la novación algunas modificaciones tales como: la ampliación o reducción de capital, alteración del plazo de amortización, modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, modificación en el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y la prestación o modificación de las garantías personales.

Contra los actos del dueño que pueden repercutir desfavorablemente sobre el derecho real de garantía, se le atribuye al acreedor hipotecario, según ROCA SASTRE²², un *ius prohibendi*, encaminado a prevenir o eliminar, según los casos, las causas que puedan hacer disminuir el valor de su garantía hipotecaria manteniendo incólume el valor del elemento sujeto a la hipoteca.

En definitiva, se hace necesario atemperar el alcance de los actos de disfrute y disposición, tanto materiales como jurídicos, del propietario de la cosa, siempre que influyan en el mantenimiento del valor de la misma, ante el peligro o realidad de que sufra menoscabo, conservando así el valor en cambio de la cosa y so pena de que se pongan en funcionamiento las medidas que contempla el art. 117 LH objeto de la tesis. El acreedor no puede abandonarse a los peligros que amenazan la cosa gravada, pues como dice CRISTÓBAL MONTES²³ «un derecho sin tutela, un derecho que no pueda reaccionar frente a lo que atente a su integridad y plenitud, no es un genuino poder jurídico».

Es necesario que previamente, en la fase de seguridad, se respeten cada uno de los aspectos que pueden llegar a condicionar el resultado de la enajenación forzosa, debido a que cualquier tipo de quebranto que

²² ROCA SASTRE, R.M.^a, ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho Hipotecario*, tomo VII, 8^a ed., Barcelona, 1998, pág. 584.

²³ CRISTÓBAL MONTES, A. *La disminución de la garantía hipotecaria*, Venezuela, 1972, pág. 18.

se ocasionase durante la fase de seguridad no sería posible remediarlo en la fase de ejecución.

A diferencia de los derechos de goce, donde la utilización de la cosa y el contacto material con la misma reflejan su titularidad, en la hipoteca, el acreedor hipotecario no despliega ninguna actividad material, por lo que se hace necesaria la publicidad material en el Registro de la Propiedad para dejar constancia de su titularidad y para que con ello, el acreedor pueda ejercitar sus derechos con eficacia real. Esto enlaza con la idea que yo planteaba en un principio de inmediatez de la hipoteca, puesto que el acreedor tiene un poder inmediato sobre la cosa, que está destinada a cubrir con su estimación de valor, la obligación garantizada, y esta es la utilidad que tiene para el acreedor hipotecario.

Se afirma entonces que el acreedor tiene un poder inmediato sobre la cosa, de acuerdo con el interés sobre su valor, y no requiere por tanto ninguna injerencia material sobre la misma, porque además sostiene DORAL que «una presencia demasiado acusada del acreedor rebasaría los límites de la justicia y de la moral»²⁴.

Y en este punto, a colación del término «moral», me planteo si también podría perjudicar el interés que tiene el acreedor en el valor del inmueble, una ausencia de principios éticos por parte del deudor en supuestos de sobreendeudamiento excesivo, derivado de una asunción de deudas de forma incontrolada que puede asociarse a una adicción al consumo irresponsable, a la inmediata disposición de dinero a través de tarjetas de crédito o al acceso a préstamos personales para financiar actividades extra.

²⁴ DORAL, J.A. 1962, ob. cit., pág. 503.

Si bien en la concesión de préstamos hipotecarios, se les exige a las entidades financieras que tengan un plus de diligencia superior al particular que solicita la financiación, mediante la obligación ética y jurídica de conceder hipotecas a personas que puedan pagarlas, es cierto también que el particular debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia. En la actualidad, la realidad es que se ha jugado con valores que jurídicamente se encontraban dentro de los límites de la legalidad pero que desde un punto de vista ético podrían considerarse reprobables, tanto por parte del acreedor como por parte del deudor. En el primer caso, el acreedor estará incurriendo en un riesgo moral si, de manera imprudente, no valora con diligencia los riesgos de una operación de préstamo hipotecario, considerando que en un posible supuesto de quiebra por impago de deudores, el Estado o el asegurador acudirán en su rescate. Y en el segundo caso, si el deudor incurre en un sobreendeudamiento excesivo, piénsese que podría ocasionar un deterioro jurídico sobre el que reaccionar el acreedor. Sirva como ejemplo en este sentido, el impago de impuestos y contribuciones a los que se refiere el art. 194 LH y de cuotas por gastos producidos a favor de la comunidad de propietarios en edificios bajo régimen de propiedad horizontal. En este caso, como digo, el sobreendeudamiento del deudor daría lugar a una serie de deterioros jurídicos comprendidos en la norma objeto de estudio. Sobre el repertorio de conductas incorrectas o dudosas que se han producido en la actual crisis económica volveré más adelante.

Como venía diciendo, es la inmediatez sobre la cosa la que le concede al acreedor la facultad de adoptar las medidas necesarias para conservar el valor del bien, en tanto que el crédito no venza y no dé lugar a su incumplimiento e ineludiblemente a su ejecución. Entre estas medidas, como comentaba, tiene especial interés la acción de devastación, que supone una restricción para el propietario en el ejercicio de sus facultades de goce y disposición y una facultad de

actuación para el acreedor que se traduce en el derecho de realización de valor.

Por tanto, la cosa hipotecada, por la sujeción de la garantía, entra de alguna manera a formar parte del patrimonio del acreedor y dentro del mismo resulta un bien protegido y protegible. Tanto es así que la transgresión de la garantía supone un daño en dicho patrimonio.

En la fase de seguridad, la garantía real es compatible con los actos de aprovechamiento, uso o explotación, que el propietario realiza en la cosa. Es decir, la hipoteca no implica privación de las facultades inherentes al dominio o de aprovechamiento del bien para su incorporación en el ámbito de actuación del acreedor hipotecario, sino que la hipoteca modaliza la propiedad o la configura de manera distinta. No es lo mismo un propietario con cargas que sin cargas, ya que en la propiedad hipotecada se están modalizando las facultades del propietario. Lo más característico de dicha fase es, precisamente, la puesta en comunicación de dos esferas patrimoniales por la concurrencia de derechos del dueño y del acreedor hipotecario sobre la misma cosa.

Esta concurrencia conlleva la necesidad de armonizar la utilización de la cosa y el respeto a la garantía, lo que se hace posible si se delimita y recorta la zona de influencia de las dos esferas patrimoniales a las que me refería anteriormente y que por tratarse de un mismo bien, se ponen en contacto.

Así como el acreedor hipotecario tiene especial interés en la salvaguarda del valor de la cosa, el derecho que tiene sobre la misma le otorga la facultad de impedir cualquier acto del dueño o del poseedor del que pueda derivarse una disminución del valor. Al acreedor se le debe dotar de los poderes necesarios que le permitan restablecer el estado original de las cosas, tutelando su posición jurídico económica, cuando la disminución del valor del bien sea efectiva o, como se verá

más adelante, también cuando constituye simplemente una amenaza o peligro en su garantía.

Y ante este poder inmediato del acreedor, el poseedor tiene el deber de conservar la integridad de la cosa dada en garantía, deber que, en caso de incumplimiento, origina el medio de defensa del que goza el acreedor hipotecario, que constituye la acción de devastación a la que se refiere el art. 117 LH, que concluyendo, viene a regular la relación jurídico-real entre el titular del bien hipotecado y acreedor hipotecario, de manera que a este último le corresponde una constante actitud de vigilancia para comprobar el estado del bien hipotecado y se encuentra legitimado para reaccionar en caso de que se lesione el objeto de su derecho.

En consecuencia, el art. 117 LH es uno de los medios que, junto a los otros antes mencionados, sirven al acreedor hipotecario para mantener el valor que garantiza su crédito y en un sentido más material tener una actitud de vigilancia o inspección del bien hipotecado. Así se observa cómo, en las escrituras de préstamo hipotecario, se faculta al acreedor para poder inspeccionar el bien hipotecado cuando lo considere conveniente, observando si se han producido deterioros que, según lo que se haya pactado en otras cláusulas, puedan determinar el vencimiento anticipado.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 117 LH

Una vez centrado el precepto objeto de estudio, dentro de las herramientas de tutela que se le ofrecen al acreedor para la conservación de su garantía, expondré en los siguientes apartados la investigación sobre los antecedentes históricos que confluyen en la actual configuración de la acción de devastación y su encuadre en la evolución que ha sufrido la materia hipotecaria.

II.1. CON ANTERIORIDAD AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836.

Creo necesario iniciar este breve apartado histórico con la referencia necesaria a la conocida Constitución gaditana de 1812, que introdujo de modo oficial la Codificación en España, al establecer en el art. 258 que: *«el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»*²⁵.

²⁵ «No obstante los buenos propósitos de los Diputados gaditanos, la reacción de Fernando VII a su vuelta a España, supuso la completa abrogación del régimen instaurado y por tanto la finalización de todas las tareas pendientes de las Cortes. Pero ello no vino a significar el abandono de la labor de la Codificación del Derecho civil, pues consta que el propio Fernando VII, en 1815, solicitó información a distintas Universidades sobre la conveniencia de plantear la unificación de las leyes civiles, sin que aquel intento fraguase en la elaboración de proyecto alguno. Nuevamente, después del levantamiento de Riego en enero de 1820, fue replanteada la cuestión de la Codificación, nombrándose sendas comisiones: una para la confección del Código criminal, y otra para la redacción del Código civil [...] compuesta por miembros destacados del foro, de la Universidad o de la Magistratura, en los que además coincidía su condición de Diputados de aquella legislatura: Nicolás M^a Garelly, que la preside; y como vocales, Antonio Cano Manuel, Pedro de Silves, Martín de Hinojosa, Antonio de la Cuesta y Torre, Juan N. Fernández San Miguel y Felipe Navarro, nombrados en la sesión de 22 de agosto de 1820. El día 19 de junio de 1821 el Diputado Garelly, autor material del discurso preliminar y del proyecto, Diputado de ideas liberales que destacó por sus intervenciones parlamentarias en debates de relieve político como el de la abolición de la Inquisición, leyó el Discurso preliminar ante las Cortes, como así era requerido en el Reglamento de las Cortes vigente. El día 14 de octubre de mismo año, otro miembro destacado de la Comisión, el Diputado San Miguel, inició la lectura de los dos primeros libros de la primera parte, lectura que no concluyó hasta la sesión del 23 de octubre, sin que conste que fuese redactado completamente». (BARÓ PAZOS, J. *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1992, págs. 54 y 55).

Debe citarse que en la segunda época de vigencia del Código político gaditano se redactó el primer proyecto de 1821, que pese a su no conclusión, no pasó inadvertido en la historia de nuestra Codificación civil²⁶. Quiero citar, aunque sea en nota a pie de página, las enormes dificultades que existían para confeccionar un proyecto de Código, no llegándose a regular la materia de derechos reales y ni siquiera se incluyó en el mismo referencia alguna a la hipoteca.

Por su carácter inconcluso, el contenido del libro tercero de este Proyecto se deduce del índice y los párrafos que dedica el discurso preliminar a cada título o enunciado. Aunque el proyecto no llegó a articular la propiedad, dice LASSO GAITE (1970) que:

a la propiedad se refieren los cuatro títulos primeros, con unos enunciados muy genéricos, que permiten apreciar su vinculación al sistema del Código francés. La exposición que sobre ellos hace el discurso preliminar, desarrollando principios muy generales, confirma que no estaba redactado ni madurado con detalle su contenido²⁷.

El discurso preliminar del proyecto se refiere a un concepto de derecho absoluto de propiedad y se puede ver el valor sagrado que se le otorga a la misma:

Las sociedades deben su origen al instinto y deseo natural de asegurar la propiedad, y con ella nuestra existencia: y aquella sociedad será más perfecta cuyas leyes dispensen mayor

²⁶ «El gran mérito de Garely y la Comisión que preside, es haber servido de estímulo para el inicio de la labor codificadora en nuestro país; y precisamente en un sector de nuestro ordenamiento, el civil, que plantea unas mayores dificultades por la práctica carencia de doctrina científica y por el vigor y raigambre de las fuentes jurídicas de los territorios forales, en un momento en que el sentir de los representantes de esos territorios históricos (Lázaro Dou, Aner....) se dejó oír ya por vez primera en los debates de aquellas Cortes Liberales, en lo que bien podría ser el prelude de sus resistencias durante prácticamente todo el resto del siglo hasta la definitiva promulgación del Código civil de 1889» (BARÓ PAZOS, J. ob. cit.,pág. 64).

²⁷ LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Codificación española. 4- Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, V.I, Madrid, 1970, pág.93.

protección a la propiedad en sus dos períodos de *adquisición y conservación*, y que hayan combinado más felizmente la pública utilidad con la libertad individual en el *traspaso* de la propiedad [...] La sociedad entera se constituye fiadora del propietario, y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedito uso y aprovechamiento de su propiedad. Por esta razón se llama *sagrada* o como si dijésemos inviolable; porque la ley la protege como un sagrado, al que nadie puede llegar sin atacar las bases de la sociedad²⁸. (LASSO GAITE, 1970)

El discurso preliminar también se refiere en el título IV a las servidumbres públicas o privadas como gravámenes de la propiedad, sin hacer mención alguna a las hipotecas.

Con posterioridad, el proyecto de Cambronero en 1833 resulta también irrelevante para el objeto de este estudio por su carácter incompleto; mantiene puntos de coincidencia con el Proyecto de Garely pero tampoco hace ninguna referencia expresa a los derechos reales²⁹.

Por tanto en España, antes del proyecto de Código civil de 1836, en ninguno de los Proyectos de Código Civil que se redactaron siguiendo el

²⁸ Dice LASSO GAITE (ob. cit., pág.126), comentando las «diferencias apreciables entre el proyecto de 1821 y el de 1836 sobre la propiedad», que en el proyecto de 1821, «se aprecia un mayor énfasis en la formulación de los principios jus naturalistas que el segundo proyecto».

²⁹ BARÓ PAZOS, J. (ob. cit., pág. 66), cuando hace referencia a los intentos de Fernando VII por avanzar en la tarea codificadora, hace mención al proyecto de Código Civil de Cambronero: «Mantiene puntos de coincidencia con el Proyecto de Garely, que sin duda utilizó; basta para aseverar este dato la simple comparación de uno y otro proyecto, para apreciar que Cambronero utiliza la misma línea doctrinal que los redactores del primer Proyecto de Código civil de nuestro país; como este, el trabajo realizado por Cambronero destaca por la profusión de definiciones, y por la claridad de sus conceptos, en un esfuerzo común de cuantos se dedican a esta tarea ordenadora en los primeros años de nuestra Codificación, sin duda para distanciarse de los autores de aquellas colecciones legislativas formadas en la vieja técnica de la recopilación, que se caracterizan más bien por su obscurantismo conceptual. Aparece a lo largo del trabajo de este preclaro jurista su preocupación por el derecho histórico, en particular en lo que concierne a los institutos de la tutela y curatela, donde se aprecian claras influencias del Código de las Siete Partidas, y del Proyecto inmediato anterior. Si este trabajo de Cambronero, solo referido a una parte de nuestro ordenamiento jurídico (tutela, curatela, ausencia y personas morales), tomó como antecedentes aprovechables el Proyecto de 1821, va a servir de pauta, a su vez para los redactores del nuevo Proyecto de 1836 [...]».

mandato de la Constitución gaditana de 1812, se obtuvo un proyecto articulado en materia de derechos reales, y lo que es más curioso todavía en materia de propiedad, considerada esta institución como elemento clave o derecho absoluto, tan solo, como se ha dicho, se hace una breve referencia a ella en el proyecto de 1821. Consecuentemente ni la hipoteca, ni mucho menos la acción de devastación aparecían recogidas en los proyectos.

Sin embargo, fuera de nuestras fronteras, se puede hablar de antecedentes de la acción de devastación en el Código Civil francés también llamado Código Napoleón³⁰ que, como ya se dijo, resulta ser la influencia más notable de los primeros intentos codificadores en España y como resultado, es uno de los elementos influyentes en la redacción definitiva del Código Civil, y fuera de este en la que sería, como ley especial, la Ley Hipotecaria, sin relegar con esto la enorme influencia del llamado sistema germánico, representado por el Código Prusiano. Pero introducirse en este tema nos aleja del punto central de la investigación que es la regulación de la acción de devastación y la solución que se le ha dado en distintos ordenamientos al supuesto de hecho objeto de este estudio.

No pueden olvidarse los problemas surgidos en nuestro proceso codificador, que obligan a que se dicten leyes especiales de carácter general como es la Ley Hipotecaria, la de Aguas, etc., de tal manera que las influencias en las redacciones de las leyes y del Código pueden ser diversas y que eso conlleva la necesidad de un texto legal que armonice el Código Civil con la Ley Hipotecaria, como fue el del 1909.

³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España, Parte General*, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 200, dice: «La promulgación del Código como un «solo cuerpo de leyes», se hace por ley de 30 de ventoso del año XII (21 marzo 1804), bajo el título de *Código civil de los franceses*». Añade el autor que: «Por ley de 3 de septiembre de 1807 recibe el título de «Código Napoleón», derogada por ordenanza de 17 de julio y 30 de agosto de 1816, vuelve a recobrar el título de «Código Napoleón» por Decreto de Luis Napoleón, como presidente de la República francesa, en 27 marzo 1852».

En la redacción originaria del Código Civil francés ha de citarse el art. 2131 que dice: «Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujejtis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenues insuffisante pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque».

Además del citado precepto, cuya redacción originaria es igual al actual Código Civil francés, ha de tenerse en cuenta cómo en materia de las obligaciones a término, el art. 1188 regula la pérdida del beneficio del plazo y dice: *«ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier»*.

Cierra la materia el art. 2175 del Código Civil francés en el que se declara que los deterioros que procedan «du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires [...] donnent lieu contre lui à une action en indemnité [...]».

Como se ha dicho con respecto al art. 2131, los dos restantes también forman parte del actual Código.

El art. 2131 del *Code* parte de un fundamento objetivo de la acción de devastación, enunciando una segunda excepción a la prohibición de hipotecar bienes futuros, establecida en el párrafo 2º del art. 2129.

Sin duda, el Código Napoleón prevé el supuesto de hecho que se regula posteriormente en nuestra Ley Hipotecaria, aunque ni los requisitos ni los efectos son los mismos. De este modo contempla una posición claramente objetiva donde no se tiene en cuenta la causa de la pérdida o del deterioro ocasionado en el objeto hipotecado. Más adelante se insistirá en esta posición objetiva y cómo en el momento presente podría ser una solución a los temas planteados en la situación de crisis económica.

Lo que sí quiero subrayar es que el sistema se sostiene sobre la garantía hipotecaria, es decir, con el mantenimiento del valor del bien hipotecado, y también sobre el crédito garantizado con el plazo, en cuanto que produce como sanción el vencimiento anticipado del crédito. En definitiva se trata de la protección del crédito, que es el elemento esencial.

En este sentido es necesario recordar la doctrina de DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, que advierte que el art. 2131 del *Code* es aplicable a la hipoteca convencional siempre que el deterioro o pérdida del inmueble no tuviera su origen en actos del deudor porque para ello se aplicaría el art. 1188³¹. De todos modos considera que no «constituye una típica acción de devastación puesto que es aplicable a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (salvo si la insuficiencia fuese anterior a la constitución de la hipoteca o producida por una depreciación independiente del deterioro del inmueble)».

CRISTÓBAL MONTES³² da cuenta del análisis que hace la doctrina francesa del art. 2131 del *Code* y sostiene que el precepto parece atribuir al acreedor hipotecario la elección entre las dos posibilidades, el reembolso inmediato u obtener un suplemento de hipoteca y los primeros comentaristas del Código francés también se inclinaban en dicha dirección. Añade que

esta solución aunque apegada a la letra de la norma, chocaba, sin embargo, con fuertes obstáculos, tales como la dificultad de armonizarla con la general interpretación que se daba al art. 1.188 del mismo Código a propósito de la disminución de las garantías por actos del deudor, y la circunstancia evidente de que si el art.

³¹ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J.A., 1966, ob. cit.,pág. 288.

³² CRISTÓBAL-MONTES, A., Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVI, 1973, pág. 284.

2.131 venía dado para el caso de que la hipoteca se hubiese vuelto insuficiente, no resultaba lógico ni justo que el acreedor pudiese reclamar la satisfacción del crédito no obstante el restablecimiento de la garantía que le ofreciese el deudor.

Señala el autor que se inició un cambio de dirección hacia la tesis de que la elección de estos medios correspondía al deudor, aunque la doctrina francesa no logró encontrar una argumentación adecuada para explicar los motivos que le llevaban a otorgar la elección al deudor, y no al acreedor, entre el pago inmediato y la concesión de un suplemento de hipoteca. Dice así CRISTÓBAL MONTES que:

ello conduce, como corolario lógico, a que si el acreedor ha reclamado la satisfacción de su derecho esta acción queda detenida o paralizada en el momento en que el deudor ofrece un suplemento de hipotecado adecuado, y a que ni siquiera pueda intentarse cuando el complemento de garantía ya haya sido objeto de oferta firme y definitiva³³.

Como se puede ver, el primer código francés, con disposiciones de distinto alcance y procedencia, abarca todas las causas que pueden dar lugar al deterioro de la finca hipotecada, si bien lo hace en normas con diferentes efectos y contenido.

Ahora bien, el rasgo de objetividad que impera en el art. 2131 del Código civil francés contrasta con la regulación del mecanismo de acción que se le concede al acreedor, ante el daño a su garantía hipotecaria, en nuestro ordenamiento.

³³ CRISTÓBAL-MONTES, A., 1973, ob. cit., pág. 293.

II.2. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836

Si bien ni el Gobierno ni las Cortes hicieron estudio ni discusión alguna sobre el Proyecto de Código civil de 1836³⁴, es el primero que se ocupa de la materia hipotecaria.

Como hecho significativo que afecta a este trabajo, es necesario señalar que en la configuración del supuesto de hecho de la regulación actual de la acción de devastación, procede remontarse al Proyecto de Código civil de 1836 y no al art. 1796 del Proyecto de Código Civil de 1851 como sostienen algunos autores³⁵, que mencionan, ciñéndose a la simple cita, el art. 1.796 como precursor de la norma que contiene el actual art. 117 LH. Es en el Proyecto de Código Civil de 1836 donde se encuentra presente el fundamento subjetivo de la acción de devastación en nuestro ordenamiento, su rasgo más característico frente a los derechos de nuestro entorno actual.

Por tanto, sin restarle méritos ni al art. 1796 ni a su autor, se puede atisbar en el Proyecto de Código Civil de 1836³⁶, el origen de la

³⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P. Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 39, pág. 291.

³⁵ MORENO QUESADA, B. La acción de devastación. En: *Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas*, VI, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 544 y 545, SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil III*, Vol. 2º, *Derechos Reales Limitados, Situaciones de Cotitularidad*, de LACRUZ BERDEJO, J.L et al., ob. cit., pág. 279 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., 1996, ob. cit., pág. 166.

³⁶ «Tres conocidos jurisconsultos, Don José de Ayuso y Navarro, Don Eugenio de Tapia y Don Tomás María Vizmanos, redactaron el proyecto de Código cumpliendo Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia. El proyecto fue aprobado por el Gobierno y sometido a la deliberación de las Cortes en 16 de noviembre de 1836. No llegó a discutirse.

No es extraño que tal sucediera. Más bien es de admirar cómo en aquellos años de azarosa vida política y social, personas estudiosas encontraran reposo y ocasión para labor tan meritoria como es el referido proyecto.

Téngase en cuenta, que en agosto de 1836, se produjo la sublevación de los sargentos en La Granja, que obligaron a la reina regente, Doña María Cristina, a jurar la Constitución de 1812, que la guerra carlista ensangrentaba ciudades y campos, que estaban casi a la orden del día los motines populares, como el que costó la vida al general Quesada.

Después de un año y a solicitud del mismo Gobierno, la Secretaría de las Cortes devolvió el proyecto de Código al Ministerio.

En materia hipotecaria, el proyecto no se inspira en el Código Napoleón, sino en el sistema

previsión normativa objeto de este estudio. Es a partir de 1836, cuando comienza una etapa en la que se intenta que la Ley Hipotecaria quede encuadrada dentro del Código civil en proyecto o en formación, hasta que más tarde, vista temporalmente la imposibilidad de publicar un Código Civil, se pretende que la Ley Hipotecaria constituya una Ley especial que pueda ser promulgada con mayor rapidez.

Aunado a lo anterior, es en el proyecto de Código Civil de 1836 donde se comienzan a regular las hipotecas y es además el primer trabajo legislativo en el que se intentan establecer los principios de un sistema hipotecario³⁷.

Además, no carece de enjundia este tema pues, como se sabe, por Real decreto de 8 de agosto de 1855, el Gobierno recomendó a la Comisión de Códigos, encargada de la redacción de la primera Ley Hipotecaria, la revisión y análisis de diversos estudios legislativos que se encontraban reunidos en el Ministerio de Gracia y Justicia cuando se publicó dicho Real Decreto y uno de ellos era el proyecto de Código Civil de 1836, en el que aparecían desarrollados los principios de publicidad y especialidad de la hipoteca.

Expone BALLARÍN HERNÁNDEZ que no contiene el Proyecto de 1836 declaración semejante a la del art. 105 de la primera Ley

alemán, basado en los principios de publicidad y especialidad, sin duda por estimarlo superior al francés. Tales principios se aplicaban a la hipoteca casi exclusivamente» (MENCHÉN BENÍTEZ, B., Antecedentes de la registración de bienes en Derecho Histórico español. En: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, t. I-1º, *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, 1989, págs. 33 y 34).

³⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 184, hace mención a que en el preámbulo están recogidas las razones de introducción del sistema registral y los fines de publicidad registral. No se trata exclusivamente de fomentar el crédito territorial ni solo el fomento de la circulación de los bienes, sino que ya en esta primera idea del proyecto aparecen ambas razones: por un lado, el fomento del crédito territorial, pues, aunque no lo menciona expresamente el proyecto, en definitiva es la hipoteca la que se regula en el mismo; pero, además, existe una clara referencia en el preámbulo a la «circulación de los bienes», a la «fácil traslación de los bienes de unas manos a otras». Además, no todo se cifra en la circulación de bienes y en el fomento del crédito. También aparecen otras razones: se alude al problema del fraude, diciendo que «se evitarán muchos fraudes». En fin, insiste también en la idea que siempre tuvo el legislador en esta materia y manifestó ya en la Pragmática de 1539: la idea de «evitar litigios y embrollos». Y, lo que no deja de ser significativo: se pretende también proteger «por todos los medios, a los acreedores».

Hipotecaria, sin embargo, el texto articulado de 1836 da noticia del intento de indagar, afirmar y regular las que pueden considerarse líneas fundamentales de la fórmula que luego proclamará la Ley Hipotecaria de 1861.

A partir de un lenguaje distinto, menos depurado, que no alcanza el nivel técnico luego ofrecido por el texto legal de 1861 y que, desde luego, no propicia resultados semejantes ni acierta a regular siquiera la estructura suficiente para obtener los más modestos que en el Proyecto de 1836 se pretenden, pueden rastrearse las bases de la fórmula de 1861. Así: inmediatez, reipersecutoriedad y realización de valor.

Una de las manifestaciones de la inmediatez en el Proyecto de 1836, como proyección directa del gravamen hipotecario sobre los bienes afectados, examinada por BALLARÍN HERNÁNDEZ³⁸ como una de las líneas fundamentales sobre las que proclamará más adelante la L.H. de 1861, es la imposición al hipotecante «mediante una rudimentaria regulación de la acción de deterioro» de la obligación de lo previsto en el art. 1731, a saber, *«cuidar y usar de la cosa hipotecada con el esmero propio de un padre diligente de familias»* y, *«si por falta de esta diligencia padeciese la finca hipotecada tal deterioro que no cubra la obligación principal, estará obligado a constituir otra hipoteca suficiente»* (art. 1732).

Más adelante, con el art. 1776³⁹, se disipaba la duda sobre la inclusión o exclusión del tercer poseedor en el deber de conservar el objeto hipotecado, puesto que se concedía al acreedor *«acción para reclamar contra el tercer poseedor el importe de los deterioros que por su culpa o negligencia hayan sufrido las fincas hipotecadas»*. Ahora bien, no

³⁸ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *La hipoteca. Génesis de su estructura y función*, Madrid, 1980, págs. 116 y ss.

³⁹ Como dije en páginas anteriores, el art. 2175 del Código civil francés prevé un supuesto similar al ocuparse de los deterioros ocasionados por la actuación del tercer poseedor, anudando a tal supuesto fáctico el derecho del acreedor a reclamar la indemnización por la disminución de valor que los deterioros hayan causado.

hay que perder de vista que la acción se concedía en fase de ejecución, ya que solo a partir de la Ley Hipotecaria de 1861, la fase de seguridad comienza a tener un lugar destacado.

El contenido de la regulación del Proyecto de 1836 se diferenciaba de la actual en la concreción de las medidas a adoptar, puesto que si el deterioro provenía del hipotecante, el acreedor podía exigir ampliación de la hipoteca, mientras que tal exigencia no era posible si el deterioro procedía de la actuación negligente del tercer poseedor, por no ser constituyente de la garantía y en este caso, quedaba limitada la reclamación del acreedor a los daños y perjuicios que hubieran sufrido las fincas hipotecadas.

Además de estas diferencias, la importancia del Proyecto de 1836 estriba en dar a la acción un fundamento que pierde en el Proyecto de 1851, pero que recupera y comparte, primero a través de los Reglamentos, la vigente Ley Hipotecaria. La acción de devastación se concibe en 1836 como reacción frente al daño imputable al propietario del bien hipotecado, diferenciándose así la regulación española de otros ordenamientos jurídicos, donde la conducta consciente del propietario no resulta ser el presupuesto único y exclusivo para la concesión de la acción cuando el daño, al bien y a la garantía, se derive de actos voluntarios del propietario. En efecto, como se verá, el art. 2131 del originario Código Napoleón, con toda probabilidad la influencia más notable en los primeros intentos codificadores en España, parte de un fundamento objetivo de la acción de devastación, sin perjuicio de que se asignen consecuencias de mayor rotundidad a los deterioros derivados de actos del propietario.

Dicho fundamento subjetivo de la acción desaparece en el Proyecto de 1851⁴⁰, otro de los trabajos legislativos que, sobre la reforma de la

⁴⁰ GARCÍA GARCÍA, J.M., ob. cit., págs. 189 y ss. explica las novedades de este proyecto en

legislación hipotecaria, se habían llevado a cabo en el Ministerio de Gracia y Justicia a la publicación del Real decreto de 8 de Agosto de 1855 y que debía estudiar también la Comisión nombrada para redactar la Ley Hipotecaria.

II.3. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Para el tema que nos ocupa, el art. 1796, dentro del Título XIX del Libro Tercero, contempla tanto el deterioro provocado por el deudor como el originado por causas ajenas a este. Su tenor literal era el siguiente: *«Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el mismo acreedor prefiera que se amplíe la hipoteca.*

Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá este renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y solo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en este art. se entiende sin perjuicio de lo determinado en el art. 1562».

CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, principal autor de este título que alberga el art. citado, dentro de la obra de GARCÍA GOYENA, destaca como más razonable el art. 1796 que el 2131 del Code, precisamente por la distinción que, en cuanto a las facultades concedidas al acreedor, se derivan de la circunstancia de ser el

materia registral y dice que «según se ha reiterado por los autores, es, en general, de influencia francesa, no obstante, en materia hipotecaria es más bien de influencia germánica, dada la eficacia que atribuye a la inscripción y la importancia de la publicidad y especialidad. La materia registral del proyecto de 1851 está distribuida en dos partes, al igual que en el Anteproyecto de 1848: la *Hipoteca* y el *Registro Público*. El Título XIX trata de la hipoteca y comprende los artículos 1.782 a 1.818; y el Título XX se denomina «Del Registro Público» y comprende de los 1.819 a 1.889, añadiendo seis disposiciones transitorias dentro del propio Título».

deterioro imputable al deudor o derivado de causas ajenas a este⁴¹. Cita, como preceptos que contemplan también la importancia de la actuación dolosa del deudor en la generación del deterioro, los arts. 18 y 45 del Código de Baviera⁴² y, añade, «otros»⁴³.

⁴¹ «El artículo 1796 parece más razonable que el 2131 Francés; en este último se concede al acreedor la facultad de exigir el reembolso o un suplemento de hipoteca cuando los bienes anteriormente hipotecados se deterioran, sin hacer diferencia de los casos en que el deterioro provenga de culpa del deudor según su responsabilidad». En GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, t. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, pág. 202.

⁴² La regulación del derecho de hipoteca en el Código de Baviera fue introducida, muy posteriormente a la promulgación del mismo en 1756, por la ley de junio de 1822. El art. 18 de la misma, contenido en la *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, obra original de SAINT JOSEPH y traducida al castellano, sin mención expresa del autor por VERLANGA HUERTA, F. y MUÑIZ MIRANDA, J., Madrid, 1843, establecía que si la «cosa gravada se deterioró por el hecho del propietario, de manera que no pueda ya garantizar el crédito, el acreedor puede pedir que se inscriba sobre otros inmuebles del deudor por la disminución del valor, salvo los derechos de los acreedores inscritos». Por su parte el art. 45, tras promulgar la capacidad del deudor para disponer libremente la cosa gravada, preceptuaba que «si por negligencia del deudor o por deterioro se disminuyese el valor de la cosa, los acreedores tendrán derecho á demandar su pago antes del vencimiento del término o de hacer que se revoquen judicialmente los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos». Parece que ambas normas contemplan consecuencias diversas para el mismo supuesto fáctico. Podría aventurarse, a riesgo de incurrir en imprudencias interpretativas, que el correcto entendimiento y coordinación de ambos preceptos fuese reservar la aplicación del art. 45 a los supuestos en los que la disminución del valor de la cosa provocada por el deudor no producía insuficiencia de la garantía, y la del art. 18 a los casos en que tal descenso haga insuficiente la garantía del crédito, sin perjuicio de que el acreedor pueda, en este caso, utilizar también las medidas previstas en el art. 45. Parece avalar esta interpretación la ubicación sistemática de dicho artículo. Mientras que el art. 18 se sitúa en el capítulo que regula los títulos de adquisición de las hipotecas, el art. 45 se encuentra en el que ordena los efectos de la hipoteca, de modo que su aplicación no tiene por qué considerarse incompatible. (CARPI MARTÍN, R. *La tutela del acreedor ante el perjuicio de la hipoteca inmobiliaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 146).

⁴³ ANTÓN DE LUZURIAGA, C. Título XIX «De la Hipoteca». En: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* / Florencio García Goyena, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, pág. 202, se refiere a «otros», sin especificar cuáles. Cabe suponer, no obstante, que se trate de normas pertenecientes a legislaciones incluidas en la obra de Saint Joseph que, según citan algunos autores, sirvió para difundir el estado de la legislación europea de la época, fomentando así la codificación al estilo de la metodología europea. En este sentido, LATOUR BROTONS, J., Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria: su génesis, circunstancias y efectos de la misma, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, núms. 410-411, pág. 445, destaca que «la difusión de la panorámica comparatista, que sirvió de impulso a nuestra codificación y que había de infundir una impronta metodología europea a nuestra leyes, fue la publicación de la *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*».

El mismo autor reproduce las palabras de ANTÓN DE LUZURIAGA, explicando su ponencia sobre los Títulos XIX y XX del Libro III del Proyecto, diciendo que «la Comisión general de Códigos adoptó dos grandes principios de *publicidad y especialidad* de las hipotecas: La Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y, en consecuencia, nuestra Ley Hipotecaria concuerda con los Códigos o Leyes Hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de alemán, porque, en efecto,

Sin embargo, a pesar de los comentarios de ANTÓN DE LUZURIAGA, cuando destaca el mayor acierto del art. 1796 del Proyecto de Código Civil de 1851 respecto del precepto francés, cabe deducir que al concebir el art. 1796 tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 2131 del Código francés⁴⁴, completándolo con la solución articulada por el derecho germánico, en particular, la legislación bávara. Sin embargo, tal pretendido perfeccionamiento no supuso una novedad en el sentido que el citado comentarista pretende dentro de la evolución de esta medida a través de los intentos codificadores decimonónicos, pues la valoración de la culpa en la generación del deterioro ya aparecía en 1836. Más bien la novedad aparecía por la influencia del Código francés con la inclusión del deterioro fortuito, que en la Ley Hipotecaria de 1861 será nuevamente omitido.

Además, en el proyecto de 1851 desaparece la distinción entre el deterioro causado por negligencia del hipotecante y el causado por el tercer poseedor, puesto que hace referencia al dueño de los bienes hipotecados. Es más, dicho proyecto omite la distinción entre constituyentes de la hipoteca y adquirentes posteriores del bien para equiparar las consecuencias jurídicas de su falta de diligencia en la conservación.

la Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede, desde luego, tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wutemberg (lo que pone de manifiesto la utilidad de la consulta de la traducción de VERLANGA, para seguir las concordancias), las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diecisiete Estados, y que sucesivamente va extendiéndose también a la Italia y a la Bélgica, y que amenaza asimilarse la legislación francesa, con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto de Francia» (LATOUBROTONS, J. ob. cit., págs. 460-461).

⁴⁴ DÍEZ PICAZO, L. señala que «en contra de la tesis de quienes mantienen el absoluto germanismo de Luzuriaga, la lectura de los «Comentarios» pone de manifiesto el puntual conocimiento que dicho autor y todos los que con él participaron en la preparación de los trabajos legislativos, tenían tanto del CC francés como de los trabajos preparatorios de dicho Código, de las objeciones de sus comentaristas, y, asimismo de los trabajos realizados en Francia, por aquellos mismos días, para reformar lo relativo a la transcripción y al Registro» (Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas. En: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución. Leyes de 1861 y 1869*. ob. cit, pág. 23).

II.4. LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861 Y SU REGLAMENTO

Ante la imposibilidad de publicar un Código Civil (ya tuvo ocasión de analizar con anterioridad cómo ninguno de los Proyectos comentados salió adelante) se pretende que la Ley Hipotecaria sea una Ley especial que pueda ser promulgada con mayor rapidez. Entre las circunstancias favorables que propiciaron la necesidad de publicar la primera Ley Hipotecaria, cabe citar el aumento de población en la Península y sus consecuencias a efectos inmobiliarios, la prosperidad económica mundial, la creación del ferrocarril y la desamortización de los bienes que promueve el requerimiento de tener un Registro adecuado de publicidad y garantía, aunque GARCÍA GARCÍA ⁴⁵ advierte que el Registro ya había sido creado unos siglos antes, que en Europa ya se había producido su implantación y que existían otras circunstancias favorables para ello además de la desamortización: «la necesidad de «evitar pleitos», dar seguridad al dominio, fomentar el crédito territorial, moderar el interés el dinero y facilitar la adquisición de la propiedad».

Dichas causas aparecen recogidas en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855 por el que se ordenó a la Comisión de Códigos, constituida para la formación de la Ley Orgánica de Tribunales y el Código de Procedimientos y para la revisión del proyecto de Código Civil que se dedicase con preferencia y brevedad a formular una ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial⁴⁶. Para ello debía

⁴⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M., ob. cit., pág. 180.

⁴⁶ «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad á la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición á los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad á los que sobre aquella garantía prestan sus capitales. Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma á no haberse creído que el Código civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que

estudiar los trabajos legislativos que se hallaban reunidos en el Ministerio de Gracia y Justicia al publicarse el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, Proyectos a los que me he referido en páginas anteriores⁴⁷.

Promulgada la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, su Exposición de Motivos expresaba de modo insuperable que

«el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, más bien que a la persona; puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad: al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de la fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un

tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido á formar la Monarquía, permitieran llevar en breve término á las Cortes el proyecto de Código civil.

Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe limitarse lo que requiere tan urgente remedio, y que es indispensable para la creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y á los demás derechos en la cosa, para poner límites á la mala fe y para libertar al propietario yugo de usureros despiadados. Una ley especial, á cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V.M. tiene nombrada para formular el Código Civil, satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere de modo alguno el de la formación de los Códigos; no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por demás urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos». Tomado este texto del Apéndice I de la obra de OLIVER Y ESTELLER, B.: OLIVER Y ESTELLER, B. *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la Península, Islas Adyacentes, Canarias, territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*, 2ª ed., Madrid, 2009, págs. 721 y 722.

⁴⁷ «A esto se añadió –como aclaración y explicación– en Real orden, fecha 10 del mismo mes y año, que era deseo de S.M. el que la nueva ley partiese del principio de la publicidad de las hipotecas, pedida por las Cortes de Toledo de 1539 y por las de Valladolid de 1555 y elevada a ley del Reino; que, como incompatibles con aquella condición, no se reconociesen para lo sucesivo hipotecas generales; que se estableciesen formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa; y que se meditase con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales; y en el primer caso que se escogitasen los medios de conciliar la supresión con los intereses que antes protegía el privilegio, y especialmente con los de las mujeres casadas, los menores y los incapacitados» (CAMPUZANO Y HORMA, F. *Legislación Hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1926, pág. 11).

crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que le importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial queda así suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad».

En la actualidad, las bases sentadas en 1861 conservan toda su fuerza y sigue siendo la hipoteca un poderoso instrumento de crédito territorial: el crédito es la confianza en la seguridad del reintegro del dinero prestado (o de otro modo acreditado) y conlleva la movilización de capitales dinerarios. Para asegurar la obligación garantizada, función primordial de la hipoteca, es precisamente en la fase de seguridad donde se manifiesta la necesidad de adoptar cuantas cautelas sean necesarias para evitar la disminución de la garantía, pues una vez que se llegue a la fase de ejecución no será posible proteger al acreedor de dichos quebrantos. La hipoteca cumple en primer término una función primordial de aseguramiento de la obligación garantizada, función de la que responde la fase de seguridad, y en segundo lugar, en caso de incumplimiento de lo pactado, legitima al acreedor para lograr la enajenación del bien. Aunque como ha quedado dicho, la realidad social y económica actual imposibilita que muchos de los principios anteriormente mencionados puedan seguir siendo la base de una

concepción de la hipoteca, que ha sufrido los embates de la globalización económica. Ahora bien, es y seguirá siendo un buen medio de financiación pero no cabe duda que es necesaria una reforma del concepto de hipoteca que existía en el siglo XIX y XX.

Se aprecia que en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se consagra la pretensión de asentar el crédito territorial con base a la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido porque «lo que le importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca». Con lo que se puede observar que en el sistema que se instaura, la fase de seguridad ya cobra un lugar destacado, de forma que se afirma en dicho preámbulo, en contra de las hipotecas generales, que no merece llamarse hipoteca la que no sigue a la finca cualquiera que sea su poseedor. Este es el criterio que se impuso en la época en la que se elaboró la Ley.

Como se sabe, una de las líneas fundamentales sobre las que descansa la regulación de la hipoteca como derecho real se encuentra en la concepción económica del derecho de propiedad, en la dependencia de la hipoteca respecto de la misma de tal forma que el crédito real está adherido a la finca formando un vínculo de cohesión irrompible. Además, lo que le importa al acreedor es que la hipoteca no se altere o se pierda por la merma del crédito personal del deudor y esto se consigue desde el momento en que el crédito está adherido a la finca y se convierte en un crédito real.

Ya nuestro legislador en 1861 entiende la hipoteca como una garantía real, un derecho sobre la cosa; es decir, la hipoteca garantiza el crédito pero es una garantía real que se acusa previo a la fase de ejecución, de modo que el crédito no esté sujeto a las vicisitudes económicas por las que atraviesa el deudor y la hipoteca, es decir, la garantía no desaparezca. Por ello, se centró entonces en la fase de seguridad de la hipoteca como expresión más clara de la eficacia real y

las posteriores reformas legislativas únicamente han ido perfeccionando esta institución, prácticamente sin alterarla, lo que consagra la permanencia de su estructura, hasta llegar a la legislación vigente de 1946 que recoge la acción de devastación en el art. 117 LH.

Si bien la acción de devastación no adquiere rango legal hasta 1946, nace con una configuración prácticamente igual, en el seno del primer Reglamento Hipotecario de 1861⁴⁸. Con leves variaciones, el art. 97 de este último Reglamento, contemplaba prácticamente el mismo contenido que el art. 117 LH.

Como se ha podido ver, hasta su nacimiento en la Ley Hipotecaria de 1861, se regula la acción de devastación como contenido principal del derecho de la hipoteca. Sin embargo, es a partir de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando aparece como contenido secundario. Nada induce a imaginar que fue un olvido del legislador, pues la amplitud en las discusiones parlamentarias me hacen pensar lo contrario y además, sí que hace referencia esta ley, en su articulado, a un supuesto especial de devastación que tiene lugar por dolo, culpa o voluntad del censatario sobre la finca acensuada⁴⁹, al que también se alude en la Exposición de Motivos redactada por Gómez de la Serna⁵⁰.

⁴⁸ Sin embargo, varios autores ubican el origen del precepto en el Reglamento de 1870, pasando por alto la presencia del mismo en el Reglamento de 1861. Tal es el caso de MORENO QUESADA, B., 1969, ob. cit., págs. 543 y 544 y en Comentario al artículo 117. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VII, Vol. 6, artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edersa, 2000, pág.322, CHICO Y ORTIZ, J.M. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4ª edición actualizada, Madrid, 2000, pág. 1417 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.,1996, ob. cit., pág. 166.

⁴⁹ Artículo 150 LH 1861, que se mantiene en 1869: «*Siempre que por dolo, culpa o la voluntad del censatario llegare la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, podrá exigir el censalista á dicho censatario que, o imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurada por la disminución del valor de la misma finca, o redima el censo, mediante el reintegro de todo su capital*».

⁵⁰ «Nada han dicho expresamente nuestras leyes respecto al caso de que una finca acensuada llegue a ser insuficiente para garantir el pago de las pensiones, y esta insuficiencia no sea efecto de caso fortuito, sino por dolo, culpa o mera voluntad del censatario. La aplicación de las reglas generales acerca de la prestación de dolo y de la culpa bastan para que se considere viva la responsabilidad del censatario, si bien no puede menos de considerarse o menguado o

Además, ahondando más en dicha cuestión, se puede leer como BIENVENIDO OLIVER destaca la exhaustividad con que fue discutido el proyecto de Reglamento Hipotecario redactado por Cárdenas, por la Comisión de Códigos, debate que trajo como consecuencia la adición de una gran cantidad de preceptos a la Ley, ya revisada, por entender que se trataba de cuestiones que trascendían lo meramente reglamentario⁵¹.

En esta exhaustiva labor de análisis y debate, como dije anteriormente, los redactores consideraron la acción de devastación una cuestión de importancia menor y la ubicaron por ello en el Reglamento.

El Reglamento Hipotecario de 1861 establecía en su art. 97 LH que: «*Cuando la finca hipotecada se deteriorare disminuyendo de*

extinguido el censo, según sea o no completa la destrucción de la finca, o se haya vuelto infructífera en todo, o en parte. Esta, que es la opinión uniforme de nuestros jurisconsultos, no está bien desenvuelta en la práctica, y dista mucho de satisfacer cumplidamente los intereses del censalista, porque en lugar de un crédito real suficientemente garantido, solo le queda un crédito personal que depende única y exclusivamente de la situación del antiguo censatario, que tan mala cuenta ha dado de la finca acensuada. Por esto la comisión, después de proclamar el principio de la responsabilidad del censatario, procura una indemnización mucho más completa al censalista, estableciendo que cuando la finca llegue á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones por las causas antes indicadas, pueda obligar al censatario, o bien á imponer sobre otros bienes inmuebles la parte del capital que deja de estar asegurada por la disminución del valor de la misma finca, o á redimir el censo» («1.2. Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria» [sic], en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución. Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, 1974, pág. 284).

⁵¹ «Inmediatamente comenzó, la discusión del Reglamento que había redactado, y en la cual se invirtieron siete meses, o sea desde el 1.º de Noviembre hasta el 3 de junio de 1859, en que fue aprobado el último de los artículos, juntamente con los modelos de asientos y de certificaciones. Durante esta discusión, que á veces fue empeñada, y siempre muy detenida, ocurrió un hecho muy interesante para el conocimiento del modo como fue redactada la vigente Ley Hipotecaria. Al mismo tiempo que se sometían á debate en cada sesión los correspondientes artículos del Reglamento, se presentaban discutidos y aprobados casi diariamente gran número de disposiciones propias de la Ley, á cuyo Proyecto, ya aprobado, se adicionaban en el lugar que la Comisión acordaba. Este hecho lo explica la Comisión por qué, «teniendo entonces que descender á muchos pormenores de ejecución, se convenció de que algunos de ellos afectaban más o menos directamente á derechos civiles, y por lo tanto, no debían comprenderse en el reglamento, sino en la ley, como lo comprendió, no encontrando uno solo de los artículos de la Ley que debiera pasar al Reglamento.» Por este procedimiento el Proyecto de Ley Hipotecaria que en su segunda revisión solo constaba de 182 artículos se aumentó al concluir la discusión del Reglamento hasta 413, adicionándose en su consecuencia más de 200 artículos, entre los cuales se encuentran algunos muy importantes, que fueron objeto de largo y empeñado debate. Varios de los artículos adicionados fueron á su vez reformados por la misma Comisión una y más veces. ¡Con tal esmero, cuidado y escrupulosidad procedieron los ilustres vocales de la Comisión al redactar la Ley Hipotecaria y el Reglamento dictado para su ejecución!» (OLIVER Y ESTELLER, B., ob cit., pág. 261).

valor por dolo, culpa o voluntad del dueño podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez ordinario del lugar en que esté la misma finca, que le admita justificación sobre estos hechos, y si de la que diere resultare su exactitud y fundado 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.

Si después insistiere el propietario en abusar de su derecho, dictará el juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial».

La equiparación entre constituyentes de la hipoteca y adquirentes posteriores del bien que formulaba el proyecto de 1851, se mantendrá en el art. 97 RH, en el seno del primer Reglamento Hipotecario de 1861. CANALES IBAÑEZ⁵², comentando el art. 97 del Reglamento Hipotecario de 1861, tras poner de manifiesto la ausencia de referencia expresa al deterioro debido a la actuación dolosa, culposa o voluntaria de un nuevo poseedor, explica que en el sistema antiguo (se refiere con la expresión al sistema anterior a la Ley Hipotecaria 1861), de no publicidad de la hipoteca, el tercer poseedor únicamente respondía cuando los daños habían sido causados tras la interposición de la demanda hipotecaria y concluye que tras la instauración del nuevo sistema hipotecario, basado en el principio de publicidad de la hipoteca, el tercer poseedor responderá siempre, ya que no puede desconocer, cuando adquiere la finca, la existencia de la hipoteca, que constará inscrita.

En el Reglamento Hipotecario de 1870 se mantiene inalterable la norma. Dice la doctrina con respecto a la misma que «como no es justo

⁵² CANALES IBAÑEZ, N. *Legislación hipotecaria española. Historia, concordancias y explicación filosófica y exegética de las leyes de 1861 y 1869, y de los reglamentos dados para su ejecución*, t. II, Granada, 1875, pág. 201.

que el dueño de la finca, prevaleciéndose de estarla poseyendo, pueda destruirla o hacer que desmerezca, bien sea por mala voluntad que tenga el acreedor, o para su conservación, se han establecido precauciones para evitar perjuicios al acreedor, respetando al propio tiempo en lo posible los derechos del dueño»⁵³.

Ya anunciaba BARRACHINA Y PASTOR⁵⁴ que dicha disposición debiera haberse plasmado en la Ley, presagiando que su ubicación en el Reglamento sería reproducida en el siguiente, como así fue en el de 1915, significando además que la norma del art. 97 era consecuencia del principio establecido en el art. 105, que ponía de relieve el carácter de sujeción de los bienes al hipotecarse. Sin embargo, atemperaba el alcance de dicha sujeción puesto que según su criterio no era absoluta, ya que el dueño de los bienes:

puede transmitirlos por título intervivos o mortis causa, usar y gozar de ellos, signo externo del derecho de disfrute y aún abusar de los mismos, no en el sentido de destruirlos caprichosamente llevado de malicia, poseído de negligencia generadora de culpa lata que raya en el dolo, o leve que es la que se presta en los contratos onerosos, sino modificándolos y transformándolos, á base de que no disminuyan de valor, para que no sufra menoscabo la garantía real hipotecaria. De donde resulta, bien á las claras, que el elemento económico de la hipoteca, bajo el concepto de carga, no es la cosa, si que su valor (BARRACHINA Y PASTOR, 1911).

De igual modo, DIAZ MORENO señalaba que la Ley Hipotecaria no

⁵³ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M. *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, t II, Duodécima edición, corregida y aumentada por Don Juan Manuel Montalbán*, Madrid, 1871, pág. 418. Y del mismo modo SALOM Y PUIG, S. *Apuntes de Derecho Civil Español, Segundo Curso*, Valencia, 1897, pág. 243.

⁵⁴ BARRACHINA Y PASTOR, F. *Comentarios a la Ley Hipotecaria publicada por R.D. de 16 de Diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*, Castellón, 1911, págs.119 y ss.

se había ocupado nunca, a diferencia de todas las demás legislaciones, del desmerecimiento de la finca por culpa del deudor, exponiendo con acierto, a mi modo de entender, que «algunas de las disposiciones de dicho Reglamento son de índole substantiva é impropias de su adecuada condición». Cita como muestra de otras legislaciones, el parágrafo 1.133 BGB que dice al respecto, que si por efecto del deterioro de un predio corriese peligro la seguridad de la hipoteca, podrá el acreedor fijar al deudor un plazo para que haga cesar aquel peligro y que, después de haber expirado, tendrá facultad dicho acreedor, si el deudor no ha tomado las debidas determinaciones, para proceder ejecutivamente contra el predio o para exigir otra hipoteca⁵⁵.

Por otra parte, por lo novedoso de la cuestión, cito en este punto de la misma el planteamiento de ARAGONÉS Y CARSI, que al comentar el art. 97 del Reglamento Hipotecario de 1870, se planteaba si «disminuido el valor de la cosa hipotecada, tiene el acreedor el derecho a pedir una ampliación de hipoteca». Si bien desarrollaré más adelante la ampliación de la hipoteca como posible remedio incluido en el art. 117 de nuestra actual Ley Hipotecaria, el autor reconocía que nada decía la Ley (se refiere a la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869), sobre este caso, aunque reconocía este derecho en las hipotecas legales, concretamente en el art. 163 y también cuando el deudor se retrasaba en el pago de los intereses, según los arts. 115, 116 y 117 (en la Ley actual, arts. 115 y 116) y añade que

parece natural que si el acreedor, al verificar el préstamo, ha pedido una garantía, puede deducirse que ésta ha sido la causa del contrato y pueda por tanto, aunque por cualquier motivo haya disminuido la garantía, pedir la ampliación de la misma o

⁵⁵ DÍAZ MORENO, E. *Contestaciones a la parte de Legislación Hipotecaria del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad*, t.I, Madrid, 1911, págs. 222 y 223.

considerar vencido el pago. Así lo reconocen algunas legislaciones extranjeras, entre ellas el Código Civil francés; pero en España el silencio de la ley y el aforismo de que los deberes del deudor no pueden ampliarse y por ende los derechos del acreedor, obligan a contestar negativamente y hasta añadir que la especialidad de la hipoteca, la supresión de las hipotecas generales y de las hipotecas de bienes futuros, causan verdadero perjuicio al acreedor. Pero si la disminución del valor en la cosa gravada tuviera por causa un hecho del deudor, al acreedor le asiste el derecho de pedir una ampliación en su garantía, no por precepto expreso de la Ley, sino por disposición reglamentaria. (ARAGONÉS Y CARSI, 1911)

Dicha negativa del autor viene referida a supuestos de deterioro por caso fortuito o acto de tercero, sin embargo, si el deterioro es por hecho propio de dueño de la finca, puede el acreedor hacer uso de esta medida de carácter conservativo del mismo modo que, como cita el autor, lo reconoce el art. 2131 del Code.⁵⁶

La misma diferencia que hace el autor entre hechos del deudor y deterioro fortuito, recordemos que se plasmaba en el art. 1796 del Proyecto de 1851.

Más adelante, cuando examine las medidas a adoptar por el Juez en la actual Ley Hipotecaria, volveré sobre ello, reseñando las opiniones de otros autores que se han visto influenciados positivamente por dicha opinión.

Entre este grupo de medidas, L. GALINDO Y R. ESCOSURA⁵⁷, al comentar en su obra el art. 97 del Reglamento Hipotecario, consideraban que la administración judicial es un remedio escaso, ya

⁵⁶ ARAGONÉS Y CARSI, P. *Compendio de legislación hipotecaria*, Madrid, 1909, págs. 67 y 68.

⁵⁷ GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, t.III, Madrid 1896, págs. 271 y 272.

que si de hacer o no hacer lo mandado por el Juez depende la conservación de la finca, y haciéndolo el propietario la ha arruinado, vano será ponerla en administración para remediarlo. Y a ello le suman la posibilidad de otorgarle al acreedor la facultad de reclamar su crédito como vencido, «desde el momento en que se declarase por el Juez que había temor fundado de que la hipoteca fuera insuficiente, haciendo o dejando de hacer el dueño las obras necesarias para evitar el deterioro», opinión que no comparto por ser propiamente una medida ejecutiva y no de tipo conservativo, que recoge el actual 1129.3º del Código Civil.

Desde el Reglamento que acompaña a la Ley Hipotecaria de 1861 hasta 1915 permanecerá sin cambios la disposición referente a la acción de devastación, y las modificaciones que se introdujeron en su texto, a consecuencia de la reforma operada en la Ley Hipotecaria de 1909, dejarán prácticamente intacta la norma como expondré a continuación.

II.5. REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 6 DE AGOSTO DE 1915

Es en 1915⁵⁸, como consecuencia de la reforma operada en 1909⁵⁹,

⁵⁸ El título V del Reglamento Hipotecario de 1915 («De las Hipotecas») pasa a estar compuesto por los artículos 185 a 235 y su Exposición de Motivos hace referencia a que «En el título 5º, que se refiere a las hipotecas, deben señalarse como reformas de transcendental importancia la del art. 190, que permite hipotecar los derechos integrantes del dominio o las participaciones pro indiviso, sin necesidad de hacer la distribución del crédito; las del 193 y siguientes, relativas a la cesión del crédito hipotecario, que concluyen con las ambigüedades provocadas por las antiguas disposiciones; las del 201, que desenvuelve el llamado procedimiento extrajudicial sobre la base del 1872 del Código Civil; las del 204, que suple las deficiencias que en el procedimiento sumario han encontrado los Tribunales, y las del 205, que regula las hipotecas en garantía de cuentas corrientes liquidables dentro del año.

Los artículos relativos a las hipotecas legales, aun cuando ajustadas al citado reglamento hipotecario de Ultramar, por ser posterior al Código Civil contienen cuidadosas correcciones de los de aquél cuya necesidad ha puesto de manifiesto un detenido estudio de la práctica judicial y notarial, sobre todo en materia de reservas». («Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915» en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, T. II-1º, Leyes de 1909, Madrid, 1989, pág. 788).

⁵⁹ Se refiere OLIVA RODRÍGUEZ, A.M. La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre de 1944: breves acotaciones históricas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, nº 625, págs. 2560-2562 al nuevo texto legal que «se componía de 404 artículos, tres disposiciones adicionales y cinco transitorias. Por lo que se refería a las hipotecas, en el artículo 108 se hacía desaparecer lógicamente, la prohibición de hipotecar los oficios públicos y los títulos de la Deuda pública; se reformaba el artículo 146 para adaptarlo a la inscripción

cuando tiene lugar la redacción que se ha mantenido hasta hoy. En su art. 188 se establece que:

«Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de 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.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

En todos estos casos, se seguirá el procedimiento establecido en los arts. 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Con esta norma, se incorporan dos modificaciones que resalta MORENO QUESADA (2000) y cito textualmente:

constitutiva de la hipoteca; se suprimían los artículos 150 a 152, en materia de redención de censos; en cuanto al artículo 168 desaparecen los conceptos de arras, peculios y curadores; se abolió la hipoteca sobre bienes del padrastro; se creó una nueva hipoteca legal a favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del supérstite que pasase a ulteriores nupcias, «desgraciada», según MORELL, y se suprimieron los artículos 188 y 189. De otro lado, se estableció con una mayor precisión la extensión objetiva de la hipoteca, y se consideró que salvo pacto, no comprendería los muebles, frutos y rentas; se reguló la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, así como en garantía de tributos endosables y al portador; y probablemente la reforma más importante, no se olvide que la hipoteca es «realizable», el procedimiento judicial sumario para facilitar su ejecución. Finalmente se determinó la caducidad de los asientos extendidos en las antiguas Contadurías.

Una Ley, duramente juzgada también. El asunto de su juicio merecería otro trabajo. Quedémonos, como señalaba MORELL (y en análogo sentido ROCA, e indirectamente CHICO ORTIZ), con dos de sus logros: el perfeccionamiento del procedimiento ejecutivo judicial por créditos hipotecarios, y la caducidad y cierre de los libros de las antiguas Contadurías de hipotecas. Podría añadirse también su plausible adaptación de preceptos de la Legislación hipotecaria al Código Civil.

La Ley de 1909 se desarrolló en su Reglamento de 6 de agosto de 1915, que, como dice (acudimos a él otra vez por ser el más significativo comentarista de la reforma) MORELL, contuvo no solo disposiciones «*secundum legem*», sino incluso «*contra legem*»; así, por ejemplo, en materia estrictamente de hipotecas, la ampliación del plazo de duración de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de créditos. El extrajudicial es cuestión aparte.

(aparte de las más formales referentes al procedimiento y a los órganos judiciales competentes, que a la sazón eran los Tribunales de Partido): por un lado, que en el párrafo 2º, el «abuso» del propietario se especificaba que lo era «de su derecho», y por otra, una disposición diferente de las comas en el párrafo 1º, que era la siguiente: «Cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño», con lo que cabe pensar que se atribuye a este la disminución de valor cuando la finca se deteriorase, pero no el deterioro de la misma, con la trascendencia que esto comporta⁶⁰.

El autor se refiere a las «más formales referentes al procedimiento y a los órganos judiciales competentes...» ya que en su edición primitiva el Reglamento de 1861 se refiere al Juez ordinario del lugar en que esté la misma finca y omite toda referencia al procedimiento a seguir para la resolución del expediente, a diferencia del texto actual (Ley Hipotecaria de 1946) que reproduce la norma que contemplaba el Reglamento de 1915. Son modificaciones de índole procesal que se incluyen a raíz de la reestructuración y consiguiente modernización de la Administración de Justicia operada a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Dicha modificación en 1915 resolvió la duda que cuatro años se había planteado BARRACHINA Y PASTOR ⁶¹ sobre los trámites procesales para esta clase de reclamaciones cuando ponía de manifiesto que en la ley de Enjuiciamiento Civil no hay tramitación especial para esta clase de reclamaciones que, por su carácter y por el mismo texto de dicho art., parece que deba ser la de acto de jurisdicción voluntaria, porque si fuera incidental su tramitación y dentro de esta la oposición

⁶⁰ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., pág. 322.

⁶¹ BARRACHINA Y PASTOR, F., ob. cit., págs. 120 y 121.

que produjese el propietario la práctica de las pruebas que suministraran y, en suma, todo lo diligenciado, incluyendo los recursos que se siguieran, daría por final que cuando recayese la providencia mandando hacer ó no hacer lo que en cada caso procediera, se hubiera ya cometido el daño, siendo de suyo innecesarias esas medidas de aseguramiento que con tanta previsión y prudencia autoriza el Legislador.

Y al ser acto de jurisdicción voluntaria, que debiera figurar entre los comprendidos en la Ley procesal, es de tal naturaleza por el fondo que encierra, que no permite se convierta en contencioso por oposición que dedujera el propietario de la finca, pues si tal se permitiese quedaría eludido ese art. 97, toda vez que habría de seguirse un pleito ordinario, y cuando terminase este ningún resultado tendrían esas medidas á que dicho ordenamiento se refiere. (BARRACHINA Y PASTOR, 1911)

En cuanto al cambio referente a la adición de la coma que se produce en el art. 188 del Reglamento de 1915, introduce algún problema de interpretación que ha analizado MORENO QUESADA⁶², autor que mayor hincapié ha hecho en dicha cuestión, estudiando las diferencias semánticas entre ambas fórmulas lingüísticas con sus respectivas consecuencias jurídicas.

Mientras que el supuesto fáctico del art. 97 del Reglamento de 1870 se refería a *«cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño»*, el art. 188 del Reglamento de 1915, en su dicción literal, añadía una coma y se iniciaba aludiendo a *«cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño»*.

⁶² MORENO QUESADA, B., 1969, ob. cit., págs. 561 y ss.

Por tanto, en la redacción inicial, la disminución del valor de la finca, hipotecada y ya deteriorada, se atribuía al dolo, culpa o voluntad del dueño, con lo que el precepto posibilitaba la inclusión de deterioros por caso fortuito o hecho de tercero (que más adelante analizaré si se incluyen en la redacción actual) porque la disminución del valor no se contemplaba como consecuencia directa del deterioro de la finca, sino del dolo, culpa o voluntad del dueño pero por supuesto, con ocasión del deterioro.

MORENO QUESADA alude a que no puede pensarse en un «cambio consciente y con un alcance modificador, sino más bien en una redacción considerada gramaticalmente más cómoda» y cita a autores como ARAGONÉS Y CARSÍ que ya lo transcribían así años antes⁶³. Además, le sorprende al autor la escasa la atención que se le ha dedicado al cambio en la redacción, citando a CASERO FERNÁNDEZ⁶⁴, que incluso en la edición de las Leyes Hipotecarias, transcribe el art. 117, prescindiendo de la «errática como primitiva» y manteniendo la segunda: «cuando la finca hipotecada se deteriorase disminuyendo de valor, por dolo...».

Con ello, el precepto cobra un sentido distinto al del primitivo art. 97 del Reglamento Hipotecario de 1870, «pues la disminución de valor se conecta de forma inmediata al deterioro de la finca, y se separa de la referencia a la conducta del dueño, que así se refiere conjuntamente al deterioro y a su consecuencia la disminución de valor».

Y añade que el cambio no puede justificarse por el traslado del art. 188 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 a la Ley de

⁶³ Sin embargo, ARAGONÉS Y CARSÍ, P., ob. cit, pág. 68, no transcribe el artículo 97 como expresa MORENO QUESADA: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño...». Puede verse como ARAGONÉS Y CARSÍ no transcribe el precepto como más tarde lo haría el Reglamento de 1915.

⁶⁴ CASERO FERNÁNDEZ, R., *Leyes hipotecarias y legislación complementaria*, Madrid: Aguilar, 1969.

1946, puesto que en esta última, el art. 117 mantiene idéntica redacción a la de aquel⁶⁵.

Por otra parte, la alteración en el texto no parece que haya tenido la intención de provocar un cambio de significado en el mismo. De lo contrario, entiendo, como así lo hace CARPI MARTÍN⁶⁶, que habría habido alguna mención sobre la alteración en las discusiones parlamentarias de la reforma de 1909 y en las Exposiciones de Motivos de la Ley de reforma de 1909 y el Reglamento de 1915.

II.6. LEY HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944. TEXTO REFUNDIDO DE 8 DE FEBRERO DE 1946

Finalmente, es en 1946 cuando se produce la ubicación de la regulación de este mecanismo tutelar del acreedor hipotecario en el texto legal, con la redacción que había recibido en 1915.

La Ley Hipotecaria de 1946 supuso un paso más en el proceso de maduración del sistema económico registral, y además, la consecuencia de que tras más de 80 años de existencia de legislación hipotecaria únicamente estuviera inscrita un 40% de la propiedad inmobiliaria. También fue impulsada la reforma por la necesidad de fomentar el crédito territorial, de regular nuevas formas de hipoteca, de atender a una situación económica precaria debido al aislamiento internacional en el que se encontró España en los años de la posguerra y cómo no, al intento de dotar de mayor coherencia al texto legal, se asentó definitivamente el art. 117 de la Ley Hipotecaria, que hasta entonces estaba ubicado en el Reglamento por considerarse el deterioro de la finca hipotecada como una cuestión de importancia menor.

En 1946, dando cumplimiento a la Disposición Adicional

⁶⁵ MORENO QUESADA, B., 1969, ob. cit., págs. 562 y 563.

⁶⁶ CARPI MARTÍN, R., ob. cit., pág. 152.

Segunda⁶⁷ de la Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia redacta un Proyecto de Texto Refundido que, tras incorporar las leves modificaciones propuestas por el Consejo de Estado, fue aprobado como LH el 8 de febrero de 1946⁶⁸.

El Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en su Exposición de Motivos, dice que «han sido trasladados al nuevo texto algunos preceptos reglamentarios, de indudable jerarquía legislativa, tales como los referentes a la competencia por razón de circunscripción territorial de los Registros y a la salvaguardia judicial de sus asientos; y del mismo modo, numerosos arts. de la Ley, de simple contenido ordenancista o de detalle, han sido suprimidos para su incorporación al Reglamento, por considerarse que si era lógica su inclusión en la Ley primitiva cuando por primera vez se implantaba en España la institución del Registro, resultaba inconveniente mantenerlos ahora, dado su evidente carácter reglamentario».

La mención a la «competencia por razón de circunscripción territorial de los Registros y a la salvaguarda judicial de sus asientos», debe entenderse como dice CARPI MARTIN⁶⁹ con «carácter ejemplificativo, y en ningún caso cabría interpretar que solo esos

⁶⁷ «2ª. Sin perjuicio de la vigencia de esta Ley se autoriza al Gobierno para publicar, en un plazo máximo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar debidamente los textos legales vigentes y a abreviar el contenido de los asientos registrales, sin mengua de los principios fundamentales de sistema, y a dar a aquellos preceptos una más adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo, basándose para ello en las disposiciones de la presente Ley, las del Reglamento Hipotecario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado» (texto de la Ley extraído de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, t. III, *Leyes de 1944 y 1946*, Madrid, 1990, pág. 278).

⁶⁸ La evolución de las tareas legislativas, el contenido de los diversos materiales, y la composición de la Comisión redactora y del Consejo de Estado pueden consultarse en la antedichas *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, t. III, *Leyes de 1944 y 1946*, Madrid, 1990.

⁶⁹ CARPI MARTIN, R., ob. cit., pág. 153.

preceptos eran considerados por el legislador como normas de rango legal».

Además el traslado a la Ley del art. 117 debe entenderse en la línea de lo preceptuado por la Exposición de Motivos del Decreto de 8 de febrero de 1946 cuando dice que la finalidad de la nueva redacción de la Ley Hipotecaria debe consistir en «armonizar debidamente los textos legales vigentes» y «en dar a los preceptos legales una más adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo». Diversos autores han proporcionado opiniones favorables a la reforma de 1944-46, ubicándola en el proceso de maduración del sistema hipotecario-registral⁷⁰. Dice CARPI MARTIN⁷¹, que «dentro de esta evolución avanza

⁷⁰ OLIVA RODRÍGUEZ, A.M., ob. cit., pág. 2578, destaca el criterio de CHICO ORTIZ, que resume las opiniones favorables a la Ley de 30 de diciembre de 1944 como una «Ley eminentemente práctica. [...] Tenía un carácter eminentemente nacional, rectificando la tendencia germánica que venía «incidiendo» desde la Ley Hipotecaria de 1861. [...] Se trató de dar al derecho real de hipoteca todo su alcance mediante una nueva reordenación del procedimiento judicial sumario y mediante una nueva regulación de algunas formas especiales de hipoteca (hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, hipoteca en garantía de títulos, hipoteca en garantía de rentas y prestaciones)». Según GIL MARQUÉS, A., ob. cit., pág. 787, citando a DÍEZ PICAZO, «el sistema no queda completo hasta las Leyes de 1944-46.» y añade, refiriéndose a la Ley Hipotecaria de 1861 que «el primer efecto práctico que se produce por la publicación de la Ley Hipotecaria, fue hacer nacer un sistema registral de los que llama ROCA SASTRE de desenvolvimiento técnico, aunque su regulación fuera incompleta y con vacíos que se intentaron corregir y llenar en las dos grandes reformas de 1909 y 1944-46». También, como muestra de otra opinión más, favorable a la reforma de 1944, señala VILLARES PICO, M. La reforma de la Ley Hipotecaria, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 102, que «la Ley Hipotecaria, con la nueva reforma, viene a establecer claramente tres principios [...] el principio de legitimación, el de la fe pública registral y el de la obligatoriedad indirecta de la inscripción; basados todos en la publicidad que da el Registro y en el principio de legalidad; o sea que el Registro es el mejor medio que tiene la sociedad para conocer las relaciones jurídicas relativas a cada finca; se sabe dónde está el Registro a que corresponde la finca, para ver el historial jurídico de la misma, y se sabe también que todos los actos y contratos que originaron las relaciones jurídicas inscritas han sido tamizados oficialmente, han sido rigurosamente calificados, y que, por tanto, es muy difícil que en el Registro ingresen títulos nulos o inexactos, y así, las declaraciones del Registro producen legitimación, dan fe para que los adquirentes a título oneroso aseguren su adquisición como incontrovertible; y el Estado ordena, mediante el artículo 355, que los documentos y escrituras no sean admitidos a efectos oficiales sin que previamente hayan sido declarados en el Registro correspondiente como legales, para que los derechos se ejerciten con fundamento sólido y no se entablen los pleitos sobre propiedad inmueble por quien no tenga título suficiente y en condiciones». Para DÍAZ GONZÁLEZ, C. *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 48, «la reforma de 1944 significó una profunda y extensa modificación de la Ley que se derogaba». Y ROAN MARTÍNEZ J. Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 634, no tan optimista con la Ley de 1944, se manifestaba en este sentido: «No es aquí momento oportuno de criticar o ensalzar el vetusto sistema de nuestra Ley Hipotecaria; comprendemos las razones que ha tenido la Comisión que redactó el texto refundido para no variarlo, y nos parecen acertadas las correcciones integradas

también la hipoteca, como instrumento básico del crédito territorial, y dentro de ese marco hay que entender el definitivo asentamiento de art. 117 en la Ley»⁷².

Por último, destaca la autora que en aras de dotar de coherencia interna al orden hipotecario, otro motivo por el cual el texto de la Ley Hipotecaria acoge finalmente la regulación de la acción de devastación tiene que ver con que en 1909 había desaparecido de la Ley Hipotecaria la regulación en materia de deterioro de la finca acensuada, consecuencia de haberse promulgado en 1889 el Código Civil y que, al incluir en su articulado el régimen de los censos, se habían derogado todas la disposiciones contrarias a dicho cuerpo legal, salvo que se declarasen vigentes en el mismo, tal como ocurre con la Ley Hipotecaria en materia de hipotecas. De este modo llama la atención sobre esta cuestión y dice que era «chocante, que hasta entonces se regulasen las consecuencias del deterioro de la finca acensuada dentro de la normativa que la Ley Hipotecaria dedicaba a la hipoteca y se dejase en el Reglamento, como supuesto de importancia menor, la normativa atinente al deterioro de la finca hipotecada. Esta modificación, sin

intentadas, pero no su realización. Por el escrupuloso apego a la numeración anterior, se han conservado, por un lado, infinidad de preceptos innecesarios que quizás alguno tendría explicación en el año 1861 por la novedad de la materia regulada, pero no después de ochenta y cinco años de estudio y aplicación, y, por otro lado, se han dejado mal colocados en la propia sistemática legal más de un precepto. Por ello bien valía la pena de hacer más difícil el conocimiento y aplicación de la doctrina jurisprudencial a trueque de conseguir una ley mucho más breve y manejable».

⁷¹ CARPI MARTÍN, R., ob. cit.,pág. 155.

⁷² Añade la autora que «tal y como expuso en su día BALLARÍN HERNÁNDEZ, el legislador de 1861 quiso dotar a la hipoteca de carácter real, entendida la «realidad» como eficacia, que vendría determinada «por la oponibilidad del contenido frente a todos y la impresión o adhesión de ese contenido sobre la cosa o cosas afectadas» (*La hipoteca. Génesis de su estructura y función*, págs. 322-323). En esa comprensión de la realidad como una cuestión de eficacia en la que «los medios para la obtención de la eficacia real se apoyan siempre en la creación de signos materializadores de la titularidad, haciéndola ostensible o determinando la irrelevancia de su desconocimiento» (BALLARÍN HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 327) encaja también, como hemos visto y frente a lo que pudiera parecer, la configuración que presenta la acción de devastación en nuestro ordenamiento. Y su paso desde el Reglamento hasta la Ley muestra la evolución de esa concepción, que aparece en nuestro Derecho con la Ley Hipotecaria en 1861, y se va robusteciendo en cada reforma posterior».

actuar sobre la acción de devastación propiamente dicha, elimina un factor que introducía una clara disparidad respecto a la misma»⁷³.

Si bien trataré más adelante sobre el deterioro jurídico, cuando tenga ocasión de analizar en detalle cada uno de los presupuestos de aplicación del art. 117 de la Ley Hipotecaria, objeto de mi estudio, el art. 219.2º del RH viene a completar el régimen jurídico de la acción de devastación y consagra una solución para el arrendamiento constituido en el inmueble objeto de hipoteca:

«El valor de la finca hipotecada, a los efectos del art. 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».

Dicha disposición fue introducida en el Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de febrero de 1947, mediante una reforma llevada a cabo por el Decreto número 393/59, de 17 de marzo de 1959, en cuya Exposición de Motivos se resalta el desarrollo que supone para el art. 117 de La Ley Hipotecaria, que regula la acción de devastación y que «nunca fue objeto de la debida atención en anteriores Reglamentos. Ante el interés del acreedor hipotecario y el del arrendatario de finca hipotecada, con frecuencia encontrados, se da un amplio arbitrio al

⁷³ CARPI MARTÍN, R., ob. cit., pág. 152.

Juez a fin de evitar actuaciones de mala fe»⁷⁴.

El precepto viene a contrarrestar la enorme protección que se le otorga al arrendatario, desde las primeras leyes en materia de arrendamientos urbanos en 1946 (Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946), aunque también rústicos, donde se hace palmario el contenido social y protector de arrendatario⁷⁵. Además, la

⁷⁴ La dicción literal del artículo 219.2º así como el texto de la Exposición de Motivos ha sido extraído de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, t. III, *Leyes de 1944 y 1946*, Madrid, 1990, págs. 591 y ss.).

⁷⁵ AMORÓS GUARDIOLA, El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, nº 492, págs. 1008 y 1009, sitúa en 1920 el arranque de la evolución legislativa para la protección de los arrendatarios. Resulta para el autor significativo que «ya desde el principio, se alude a la subsistencia del contrato, a pesar de los cambios de propiedad. El artículo 9º del R.D. de 21 de junio de 1920 disponía que la prórroga forzosa establecida en el mismo sería aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título traslativo de dominio. Igual que hoy ocurre, se confundía técnicamente el aspecto de la prórroga con el de la oponibilidad como términos ambos de la subsistencia legal del contrato. Y se hacía entrar en juego la oponibilidad cuando la traslación del dominio se verificase por cualquier título. Fórmula amplia que revela cómo se pretendía la continuación del arrendatario y la subsistencia del vínculo en todo caso de cambio de dueño, sin matizar, excluyéndolos, uno u otro supuestos. No se hacía depender la subsistencia de un concreto título sucesorio, sino que se pretendía sancionar el resultado de la enajenación como inoperante para el arrendatario. En igual sentido se pronunció el artículo 11 R.D. 17 diciembre 1924. El Decreto de 29 de diciembre de 1931 ampliaba todavía la protección, al afirmar en su artículo doce que lo dispuesto en aquel Decreto sería aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título (igual que en el Decreto anterior). Y añadía en el artículo 19: Para los efectos de este Decreto se entiende por propietario, no solo al dueño del inmueble, sino al titular de cualquier derecho real a quien corresponda la facultad de dar en arrendamiento. Por virtud de esta remisión se entendía la oponibilidad a todo caso de cambio de titular arrendador, fuera o no dueño, y por cualquier título. De lo cual resulta que en la legislación fragmentaria de arrendamientos anterior a 1936, la protección del arrendatario mediante la subsistencia del arrendamiento se hacía frente a cualquier nuevo adquirente –del dominio o de otro derecho desmembrado susceptible de dar en arrendamiento–, y cualquiera que fuese el título de la adquisición, sin matizar entre venta voluntaria y venta forzosa».

Del mismo modo, otros autores, tras la guerra civil española y a colación de la legislación arrendaticia, han puesto de manifiesto el espíritu protector de los intereses sociales que restringe el dominio: PÉREZ VICENTE, S. Dominio y arrendamiento urbano, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, nº 301, pág. 410, entiende que el sistema de las relaciones jurídicas arrendaticias urbanas regulado en la Ley de 1946 es un factor de agravación de la crisis de la vivienda y cita a MARTÍN RETORCILLO, C., que en su artículo Régimen Jurídico de Arrendamientos Urbanos, *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 298-299, opina en el mismo sentido que el régimen de la propiedad urbana consagrado en la vigente Ley, es «tan hostil a la propiedad que prácticamente ha matado toda iniciativa privada y, consiguientemente, pasará a la Historia como Ley de abolición de la propiedad urbana, [...]; la nueva Ley ha despojado al titular de este dominio del mayor contenido económico, citándose como ejemplo el artículo 44, afirmándose «el propietario ha dejado de ser propietario», TORRES AGUILAR, J.DE, Algunas generalidades sobre el contenido social de la Ley de Arrendamientos Urbanos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, nº 328-329, pág. 585, dice que al derecho de propiedad, en materia arrendaticia, se le asigna una función social e impone dicha materia urbana, «en consecuencia, una interpretación socializadora de sus normas, acorde con el espíritu supraindividual que la inspira. No caben, pues, criterios dominicales, ni inquilinistas, sino amplio sentido social y

regulación en la Ley de la prórroga forzosa⁷⁶, amenaza con una disminución en el valor del inmueble hipotecado, ante la probabilidad de una duración indefinida que se pueda oponer a terceros adquirentes.

En torno al art. 219.2º se plantea una discusión doctrinal acerca del alcance innovador o meramente esclarecedor del mismo con respecto al art. 117 de la Ley Hipotecaria.

Para DE LA RICA Y ARENAL (1959)⁷⁷,

este nuevo precepto reviste especial importancia y merece detallado comentario. En rigor, estatuye una nueva acción de devastación por disminución voluntaria del valor de la finca hipotecada mediante cierta especie de arrendamiento; es decir, por deterioro que pudiéramos denominar contractual o jurídico, no por devastación material o física como la que hasta ahora, conforme a la Ley Hipotecaria (art. 117), daba lugar al ejercicio de esa acción⁷⁸.

humano. En este aspecto, la Ley de Arrendamientos limita el derecho de propiedad individual, en cuanto pugna con el «interés legal». Así hallamos en la Ley muchos preceptos que implican verdaderos beneficios a favor del inquilino o arrendatario, el lado de otros que, sin desconocer los derechos del propietario frenan y limitan su poder dominical en interés de la colectividad».

⁷⁶ En este sentido, BLOCH, J.M. Arrendamiento de inmuebles, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, nº 243-244, págs. 528-529, indica cuando se refiere a las repercusiones del arrendamiento en nuestro Derecho sobre el dominio y las facultades del acreedor, que «la existencia de las prórrogas que en la mayoría de los casos tienen una duración indefinida o por lo menos tienden a conceder al arrendatario el disfrute durante un largo espacio de tiempo, produce en último término, una verdadera desmembración del dominio», concluyendo a continuación que la «posición del arrendatario puede considerarse como superior a la del dueño, con lo cual se produce un desplazamiento del centro de gravedad económico, lo cual viene a significar, en último término, la muerte del arrendamiento, propiamente dicho, y su sustitución por figuras que conservan su nombre, que pasa a ser la inscripción sepulcral de algo que ha dejado de existir».

⁷⁷ DE LA RICA Y ARENAL, R. *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1959, pág. 153.

⁷⁸ También el autor da cuenta de la protección de la que goza el arrendatario en la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos poniendo de manifiesto que «en el derecho vigente español, con las normas de la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos, que estabilizan al arrendatario sobre el inmueble arrendado mediante el mecanismo de la prórroga forzosa, eficaz frente a tercero, y solo inefectiva en ciertos casos de excepción, es evidente que, en general, todo arriendo de una finca hipotecada disminuye su valor y aun su posible venta». Añade el autor, cuando hace referencia a las medidas que puede adoptar el Juez, que «[n]o podrá, desde luego, declarar la nulidad o rescisión del arriendo ni dar lugar al lanzamiento del inquilino o arrendatario. A esto, que hubiera sido la solución tajante, no se atrevió a llegar el legislador, ni aun en el caso justificado de actuación dolosa de arrendador y

También concibe el artículo 219.2º RH, como norma que complementa el ámbito de actuación del art. 117 LH, CHICO Y ORTIZ⁷⁹. Asimismo, MORENO QUESADA dice que este precepto ofrece «mayor variedad de opciones al Juez» y va más allá, pues afirma categóricamente que el párrafo 2º del art. 219 RH «representa una consagración del deterioro, derivado de actuación jurídica, que tiene repercusión en la garantía»⁸⁰. El autor se refiere a la protección que ofrece la norma a la garantía del crédito, a diferencia del art. 117 LH, que protege la cosa, su integridad, «y solo a través de ella la garantía que representa y el crédito que garantiza»⁸¹.

Sin embargo, otros autores consideran que el art. 219.2º RH es una norma que viene a aclarar o a perfilar la acción general prevista en el art. 117 LH. En este sentido, DORAL Y GARCÍA DE PAZOS⁸², para quien lo preceptuado en el Reglamento Hipotecario, «no introduce una nueva acción de devastación sino que aclara y perfila los efectos propios del art. 117 LH mediante una interpretación que bien merece la calificación de auténtica», y añade que «los reglamentos subordinados a la ley para la ejecución de la cual se dictan, no pueden alterar, sino a lo sumo aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la ley dispone»⁸³.

arrendatario, la que podría determinar otra clase de procedimientos judiciales». Esto denota, una vez más, la protección que se le otorgaba, desde que se dicta la norma, al arrendatario. (DE LA RICA Y ARENAL, R., ob. cit., pág. 154 y ss.).

⁷⁹ CHICO Y ORTIZ, J.M., ob. cit., pág. 1417.

⁸⁰ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., pág. 362.

⁸¹ MORENO QUESADA, B., 1969, ob. cit., pág. 579.

⁸² DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J., 1967, ob. cit., págs. 303 y 304.

⁸³ A colación de esto último, CARPI MARTÍN, R., ob. cit., pág. 241, cita una sentencia del Tribunal Supremo, «con ocasión de la declaración de nulidad de ciertos artículos del Reglamento Hipotecario, fruto de la reforma operada en este a través del RD 1867/1998 de 4 de septiembre». En dicha resolución, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 6ª, en fecha 31 de enero de 2001, en su Fundamento de Derecho Octavo, ponía de manifiesto que: «La coherencia y armonía de un sistema jurídico permite diferentes significantes siempre que no se altere el significado del signo jurídico, y sin que el factor tiempo, que impulsa el cambio y la evolución de este, justifique que la transformación se produzca a través de un método inadecuado, como podría ser la vía reglamentaria *praeter aut contra legem*, pues, de procederse así, se arrumbarían principios en los que el propio sistema se asienta, cual

Llegados a este punto pienso que si bien desde la óptica científica, puede interesar el debate en torno al alcance de este precepto, a colación de la inclusión o no del deterioro jurídico en el art. 117 LH y que se analizará en su debido momento, en mi opinión, el art. 219.2º RH no viene a ser sino una modalidad específica de la acción de devastación regulada en el art. 117 LH, para un caso concreto, el de un arrendamiento que produce una disminución del valor del inmueble.

De manera plausible, ROCA SASTRE, además de hacer referencia al carácter complementario de la norma⁸⁴, cita entre los actos más destacables que pueden dar lugar a la acción de devastación, «la contratación de arrendamientos sobre ella, cuando resulten nocivos para el valor en cambio de la misma, y que constituye cuestión evidente en relación al crédito territorial, por cuanto puede implicar un verdadero deterioro jurídico de lo hipotecado»⁸⁵.

Con esto, contempla el autor el deterioro jurídico dentro del alcance del art. 117 LH para después calificar los arrendamientos gravosos como actos del propietario que extravasan los límites normales de sus facultades dispositivas y pueden mermar la garantía hipotecaria. Esto le permite situar a las medidas previstas en el art. 219.2º, en un

son los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, proclamados en artículo 9 de la Constitución, que requieren que el ejercicio de la potestad reglamentaria respete la Constitución y las leyes (artículo 97 de la propia Constitución)», añadiendo a continuación que: «Con estas consideraciones de carácter general pretendemos salir al paso de la machacona alegación con que las Administraciones demandadas intentan explicar el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia inmobiliario-registral, cual es que ésta tiene un carácter meramente técnico, pues ello no presupone laxitud en el estricto respeto de los aludidos principios básicos del sistema jurídico, teniendo en cuenta, además, que gran parte de los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen ese mismo carácter. Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos ilógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria» (ROJ: STS 571/2001).

⁸⁴ ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÀ i XIRGO, J., 2009, ob. cit., pág. 547.

⁸⁵ Vid. pág. 555.

supuesto concreto también ubicado en el art. 117 LH, aunque no haga mención expresa al mismo, por referirse al caso general de respeto a la integridad de la garantía.

Como tendré ocasión de exponer más adelante, la propia norma del art. 117 LH genera problemas de interpretación y su aplicación práctica se ha ensombrecido con el tiempo. Además, como comenté anteriormente, el precepto reglamentario surge para contrarrestar la naturaleza de las leyes arrendaticias, sumamente protectoras de la situación jurídica del arrendatario. De este modo, se conjugan los derechos, tanto del acreedor hipotecario como del arrendatario, sin ser la intención del legislador, cuando se promulgó el art. reglamentario, la de perjudicar al arrendatario, por la excesiva protección que se le venía dando, ante la imposición desde las leyes arrendaticias, de la prórroga forzosa para el arrendador y la probable oponibilidad de tal prórroga al tercero, que sucediese a este por cualquier título. Más bien ocurre todo lo contrario, con la creación del precepto reglamentario y su identificación con el art. 117 LH, en un sentido que perfila los contornos de la acción de la norma legal, pienso como lo hace SANCHO REBULLIDA, que solo puede proporcionar ventajas prácticas, una interpretación progresiva de cada uno de los preceptos en función del otro⁸⁶. De igual forma BLASCO GASCÓ identifica ambas normas, sin

⁸⁶ SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil III*, vol. 2º, *Derechos Reales Limitados, Situaciones de Cotitularidad*, de LACRUZ BERDEJO, J.L et al., ob. cit., pág. 283, da predominancia a esta cuestión diciendo: «así, en función del 219, 2º Rh. se puede defender que el daño que contempla el 117 LH., es tanto el material cuanto el jurídico; que, entre las providencias adoptables para evitarlo o remediarlo no se puede excluir sin más la ampliación de la hipoteca e, incluso, la anticipación del vencimiento, etc. Por su parte, la implicación del art. 219.2º Rh. en el sistema del 117 LH. permitirá una interpretación con menos intención que la resultante de su interpretación gramatical: bastará, conforme a tal interpretación, que el arrendamiento se haya hecho –con voluntad del arrendador–, a precio vil, para que proceda la acción; acción que no quedará, por tanto, estrictamente limitada a los casos de arrendamiento gravoso hecho con el propósito y finalidad de perjudicar al acreedor; bastará con que la consiguiente disminución de valor de la finca hipotecada se produzca por voluntad del dueño; por eso, quizá más que a la intención devaluadora haya que atender a la consciencia de la devaluación y consiguiente riesgo de insuficiencia; y este es otro de los aspectos en que se complementa la interpretación del art. 219, 2º Rh. hecha en relación con el 117 LH.: que la disminución de valor de la finca hipotecada, a consecuencia de su arriendo por precio vil, ha de

hacer distinción alguna entre las medidas a adoptar por el Juez (que analiza en conjunto), una vez se verifique «la exactitud de la justificación dada por el acreedor hipotecario y su fundado temor de que la hipoteca sea insuficiente»⁸⁷.

relacionarse, aunque el precepto reglamentario no lo diga expresamente, con el fundado temor de que la hipoteca sea insuficiente».

⁸⁷ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., pág. 353.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN

III.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO

En el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos, la imputabilidad del deudor constituye un factor determinante en nuestro sistema jurídico, dándosele relevancia al origen doloso, culposo o voluntario del deterioro sufrido por el bien hipotecado, a fin de evitar que lo deteriore perjudicando la garantía, lo que no sucede en el Derecho comparado.

Con anterioridad, en el estudio que hice de la comentada trayectoria histórica de la norma, se ha podido comprobar el protagonismo del daño imputable al propietario del bien hipotecado, como presupuesto único y exclusivo para la concesión de la acción al acreedor, como medio de reacción ante los perjuicios al objeto de su garantía.

Únicamente el proyecto de Código Civil de 1851, influenciado por el *Code français*, se apartaba de este fundamento subjetivo y en cuanto a la hipoteca, el art. 1.796 establecía que cuando los bienes hipotecados se perdiesen por culpa del deudor, podía el acreedor reclamar el pago, a no ser que prefiriese que se le ampliara la hipoteca. Sin embargo, si la pérdida o deterioro no le era imputable al deudor, este podía ampliar o renovar suficientemente la hipoteca y solo en caso de no hacerlo, tenía el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Además tuve la oportunidad de hacer referencia al *Code français*, que regula el supuesto de deterioro en el art. 2.131, que faculta al acreedor para exigir el reembolso inmediato de la suma asegurada o el suplemento de hipoteca cuando la garantía se vuelva insuficiente por pérdida o deterioro del inmueble, siempre que no derive de actos del

propietario porque en este caso, se aplicaría el art. 1.188 del *Code*⁸⁸ que protege al acreedor frente a los actos del propietario que disminuyan el valor del inmueble hipotecado, y de aquellos actos de disposición jurídica que, aunque no hagan insuficiente la garantía, contribuyen a que sea más difícil su realización.

También el BGB prescinde en sus párrafos 1133⁸⁹ y 1134⁹⁰ de que el origen del deterioro y del riesgo de la finca deteriorada sea la actuación del propietario o un hecho fortuito. Y por su parte el *Código civile* italiano de 1942, en el art. 2.743, al señalar que «*quando la cosa dada en prenda o sujeta a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea por caso fortuito [...]*», incluye también el hecho fortuito en su regulación de la disminución de la garantía hipotecaria por deterioro o pérdida de la cosa.

Sin embargo, en derecho español el acreedor respaldado por el alcance de la norma objeto de este estudio, puede reaccionar ante el deterioro que sufra el inmueble hipotecado, pero no sin limitaciones, sino en consonancia con la conducta del propietario, evitando que este lo deteriore perjudicando la garantía.

La doctrina, en general, no suele distinguir cada una de las conductas que cita la norma del art. 117 LH. Así, BLASCO GASCÓ se

⁸⁸ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., 1966, ob. cit., págs. 288 y 289.

⁸⁹ Dice el párrafo 1133 que: «*Si debido al deterioro de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede establecer al propietario un periodo de tiempo prudente para la eliminación del peligro. Después del término del período el acreedor está facultado a buscar satisfacción inmediata a costa de la finca si el peligro no ha sido eliminado mediante la mejora de la finca o mediante la constitución de ulteriores hipotecas. Si el crédito no es a interés y aún no ha vencido, el acreedor está facultado solo a la cantidad que, con la deducción de la suma del interés legal por el período desde la fecha de pago a la fecha de vencimiento, equivalga a la cuantía del crédito*» (EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil Alemán comentado. BGB.*, Barcelona, 1998, pág. 363).

⁹⁰ Dice el párrafo 1134 que: «*1. Si el propietario o un tercero actúa sobre la finca de manera que es de temer un deterioro de la misma que ponga en peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede entablar acción para la omisión. 2. Si el acto dañoso viene del propietario, el Tribunal ordenará, previa petición del acreedor, la toma de las medidas necesarias para evitar el peligro. Lo mismo se aplica si el deterioro es de temer porque el propietario no realice las previsiones necesarias contra la acción de terceras personas o contra otros daños*» (Ibid).

refiere a «actos del propietario»⁹¹. Lo mismo LALAGUNA DOMINGUEZ⁹² que se refiere a los mismos como «actos del deudor o del tercer poseedor», también sin hacer referencia expresa a las tres conductas que cita la norma. También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que simplemente hace alusión a que, «el menoscabo debe deberse a conducta *imputable* al dueño del bien hipotecado: a dolo, culpa o voluntad del dueño»⁹³. CRISTÓBAL MONTES por su parte equipara la expresión «dolo, culpa o voluntad» con la de «actos propios» del art. 1.129.3º CC⁹⁴.

Otros autores, como MORENO QUESADA⁹⁵, y también a propósito de la expresión «dolo, culpa o voluntad del dueño», se refieren a ella como una expresión amplia, «que contempla todas las posibilidades del acto humano» y además añade que «comprende toda actuación imputable, en el sentido de que le resulte atribuible al propietario de la finca hipotecada». Sin embargo, el autor va más allá y explica el sentido de cada uno de los términos para llegar a la conclusión de que basta con cualquier actuación del propietario «con tal de que proceda su atribución a él de las consecuencias del mismo: esto es, que le sea imputable». Lo mismo DORAL Y GARCÍA DE PAZOS⁹⁶, que considera que «basta con que el dueño realice, con consciencia y libertad, un acto que ponga en peligro la seguridad de la garantía, independientemente de que dicho acto sea culposo o doloso, de buena o mala fe». Como se

⁹¹ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., pág. 352 y ss.

⁹² LALAGUNA DOMINGUEZ, E. *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, pág. 51.

⁹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario, tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3ª ed., Madrid, 1999, pág. 173.

⁹⁴ CRISTÓBAL MONTES, A., 1972, ob. cit., pág. 36.

⁹⁵ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., págs. 346 y ss.

⁹⁶ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., 1967, ob. cit., pág. 299. En el mismo sentido, CHICO Y ORTIZ, J.M^a. ob. cit., 2000, pág. 1419, reproduce las palabras de DORAL y de MORENO QUESADA.

puede ver, para DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, lo relevante es que el propietario realice los actos con voluntad, y la mención al dolo y a la culpa constituyen una especificación de la misma.

La generalidad de la doctrina, al amparo del art. 117 LH, no se ocupa de delimitar el alcance del concepto «dueño» e impide por tanto que podamos entrar a diferenciar que puede tratarse de distintos supuestos, lo que justifica que yo me detenga en su estudio.

Sin embargo, a pesar de la doctrina, de acuerdo con el literal de la norma, se refiere al propietario, que es quien ostenta las más amplias facultades sobre el bien, lo cierto es que en el art. 117 LH nos encontramos ante una relación entre un sujeto y un objeto que afecta a un tercero, el acreedor hipotecario, y creo que es necesario analizar dicha relación para delimitar los actos de la persona, por cuanto puedan perjudicar el interés conservativo del acreedor. En el presente estudio, no es mi intención ocuparme de los sujetos sobre los que no cabe ninguna duda que forman parte de la legitimación pasiva de la acción de devastación. Y digo esto porque el art. 117 LH se aplica al deudor hipotecante, que hipoteca un bien propio como garantía de su deuda, al hipotecante no deudor, que grava su inmueble en garantía de una deuda ajena y al tercer poseedor, que adquiere el bien hipotecado con posterioridad a la constitución del gravamen real, ya que son propietarios de la finca y en definitiva quienes ostentan el conjunto de facultades más típicas y genéricas derivadas del contenido del dominio, es decir, la potestad más plena de la que dimanar los demás derechos reales derivados y esto es así porque el derecho de propiedad es el único que tiene una eficacia extensiva frente a los restantes derechos reales.

A estos tres sujetos, a los que la doctrina común ha venido aplicando la denominación de sujeto pasivo de la hipoteca, paso a referirme a continuación.

III.2. REFERENCIA A LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO PASIVO

CASTILLO MARTÍNEZ⁹⁷ se refiere a la importancia del sujeto pasivo de la hipoteca en la fase de seguridad por cuanto le podrá afectar, como titular del inmueble hipotecado, el eventual ejercicio de los medios que el ordenamiento jurídico confiere al acreedor hipotecario a fin de preservar el valor de la finca objeto de la garantía. Y hace mención a la acción de devastación o a la exigibilidad anticipada de la garantía real como consecuencia del vencimiento anticipado de la obligación prevista en el art. 1.129.3 CC.

III.2.1. Deudor hipotecante

En el caso del deudor hipotecante confluyen en un mismo sujeto responsabilidad y garantía, ya que como sujeto pasivo de la obligación, para garantizar una deuda propia, constituye un derecho real de hipoteca sobre un bien o un derecho real del que es titular. De esta manera convergen en la misma persona la doble condición de sujeto pasivo de la obligación y de la hipoteca y ante cualquier minoración que provoque en el objeto hipotecado, el acreedor hipotecario tiene derecho a exigir la adopción de las medidas encaminadas a mantener intacto el objeto de la hipoteca, ante el temor o realidad que el mismo sufra menoscabo, manteniendo las expectativas de cobro.

El deudor hipotecante, al ser deudor personal y sujeto pasivo de la hipoteca, responde del cumplimiento de la obligación con todo su patrimonio (art. 1911 CC). De este modo, si se vende la finca hipotecada y el adquirente no se subroga en la posición jurídica del deudor, la responsabilidad patrimonial universal de este último persistirá. En la legislación hipotecaria, el art. 105 LH contempla el principio general de

⁹⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Elcano, 1999, pág. 45.

la responsabilidad personal ilimitada del deudor al prever que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y ello *«no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código Civil»*.

El principio consagrado en el art. 1911 CC es la mayor garantía para los acreedores y a ella se ha dedicado en gran medida nuestra cultura jurídica y económica puesto que predomina en España la contratación de créditos hipotecarios de responsabilidad ilimitada, de acuerdo con lo dispuesto en dichos preceptos (art. 105 LH en consonancia con el art. 1911).

Nuestro ordenamiento jurídico también recoge la posibilidad de contratar préstamos con responsabilidad limitada, concretamente en el art. 140 LH, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1175 CC. De hecho el art. 140 LH consagra una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el art. 1911 CC al establecer que:

«No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor».

La hipoteca de responsabilidad limitada regulada en el art. 140 LH se presenta como una excepción al principio que proclaman los arts. 105 LH y 1911 CC. Así se hace posible prescindir de la responsabilidad patrimonial universal y la obligación se garantiza únicamente con el valor que se obtiene en pública subasta de la finca, aunque resulte insuficiente para cubrir la deuda.

Esta hipoteca de responsabilidad limitada nace como consecuencia del carácter dispositivo y no imperativo del art. 1911 CC y del principio

de la autonomía de la voluntad pues es perfectamente lícito estipular una limitación de la responsabilidad del deudor a unos determinados bienes si incumple su obligación de devolver lo prestado más los intereses pactados. Ello sin perjuicio, al amparo del art. 117 LH, de los actos u omisiones que realice el propietario del bien hipotecado, mermando el valor del inmueble dado en garantía, en cuyo caso el propietario asimismo respondería de estos daños, en la medida que ello repercuta también en la imposibilidad del acreedor de cobrar la totalidad de lo adeudado por principal e intereses en caso de subasta del inmueble hipotecado.

Lo que sucede es que en la práctica, la hipoteca de responsabilidad limitada no se utiliza, ya que se constituye para garantizar un determinado crédito donde el acreedor, para su satisfacción forzosa, únicamente se podrá dirigir en vía de ejecución frente a la finca hipotecada sin poder atacar los demás bienes del patrimonio del deudor.

Las entidades financieras prestamistas no pactan prácticamente nunca esta limitación, pues disminuye sus garantías. La casi totalidad de las hipotecas siguen el patrón general y no restringen la responsabilidad del deudor al bien hipotecado. Y considero en este sentido que es consecuencia de la situación de poder que tiene la entidad financiera sobre el deudor hipotecario, ya que si este último no acepta las condiciones del banco, no obtiene el crédito. Predomina así la contratación de créditos hipotecarios de responsabilidad ilimitada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 105 LH, en consonancia con el art. 1911 CC.

Además, no hay que perder de vista que si se generalizara la hipoteca de responsabilidad limitada, se produciría un incremento del coste de los créditos y si el deudor hipotecario pudiera elegir, obviamente elegiría un crédito más caro con una mayor certidumbre si las cosas no van como se proyectaron, ante uno más barato pero con

mayores riesgos para su economía. También las entidades financieras realizarían un estudio precontractual real de la viabilidad del proyecto del deudor y al estudiar realmente la solvencia del mismo, estarían en condiciones de ofrecer el crédito con condiciones más ventajosas. Y ante esta situación se incrementaría la competencia entre los bancos porque al realizar un estudio de viabilidad exhaustivo, podrían ofrecer el crédito con unas condiciones más ventajosas y el deudor, entendiendo los riesgos de manera adecuada, preferiría optar por alquilar una vivienda antes que verse sometido a los riesgos que implica la contratación de un préstamo hipotecario.

Por tanto, como queda expuesto, las hipotecas de responsabilidad limitada del art. 140 LH son inusuales en la práctica de las entidades financieras y el sistema vigente ofrece inseguridad jurídica, incrementándose a medida que pasa el tiempo la litigiosidad, con la impugnación de las escrituras y las inscripciones de las mismas.

III.2.2.Hipotecante no deudor

En el caso del hipotecante no deudor, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1857 CC, «*las terceras personas extrañas a la obligación principal podrán asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*». Por tanto esta norma posibilita que un tercero, ajeno a la relación jurídica obligatoria pueda garantizarla al constituir, sobre bienes de su propiedad, una hipoteca.

La doctrina lo define como el sujeto que «sin estar personalmente obligado por un débito, ha voluntariamente hipotecado un bien propio en garantía de dicho debito ajeno»⁹⁸, es decir, concede una hipoteca en

⁹⁸ ROCA SASTRE, R.M^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 1º, 7ª ed., Barcelona, 1979, pág.327. Indica COSSÍO Y DEL CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil, t. II, Derechos reales y Derecho Hipotecario. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1988, pág. 304, que con la figura del hipotecante no deudor «se mantiene la accesoriedad de la hipoteca al crédito, pero la responsabilidad personal sigue dirección distinta que la

seguridad del crédito de otro, de forma que ya en la constitución de la hipoteca el sujeto pasivo de la misma es persona distinta del sujeto pasivo de la obligación⁹⁹.

En la hipoteca por débito ajeno, el hipotecante no deudor afecta un bien propio, en garantía de una responsabilidad patrimonial ajena, constituyendo un derecho real con la consiguiente reipersecutoriedad para el acreedor, independientemente de quien sea el propietario del bien afectado. Se refuerza con ello la responsabilidad patrimonial universal que le impone el art. 1.911 CC a todo deudor, de forma que el acreedor puede dirigirse en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, tanto contra el patrimonio del deudor como contra el bien que el hipotecante no deudor ha afectado con garantía real.

CASTILLO MARTÍNEZ ¹⁰⁰ detalla las tres relaciones jurídicas diversas que se perfilan entre los tres elementos personales que acabo de mencionar: acreedor hipotecario, deudor personal e hipotecante no deudor, este último como sujeto pasivo del derecho real de hipoteca.

- Relación personal entre el acreedor hipotecario y el deudor personal, ya que únicamente es posible que el primero dirija la reclamación, para el pago de la obligación, contra *«todos los bienes presentes y futuros»* del deudor y estos constituyen el límite de la afección patrimonial a la que se ha sometido al cumplimiento de la obligación.
- Relación entre el constituyente de la hipoteca y el acreedor hipotecario, que viene determinada por la titularidad del derecho

responsabilidad real, o lo que es lo mismo, que en tal supuesto el hipotecante no vincula su finca, pero no asume responsabilidad personal alguna por la deuda asegurada».

⁹⁹ AZPITARTE CAMY, R., *La hipoteca unilateral y la hipoteca por débito ajeno*, Conferencia que se dio en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, el 22 de noviembre de 1990, Valencia: Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1991, pág. 31.

¹⁰⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., ob. cit., pág. 71.

real de hipoteca que tiene el acreedor hipotecario. El hipotecante no deudor, con respecto al derecho real de hipoteca, es sujeto pasivo y como titular del objeto hipotecado, le afectará la garantía constituida ante una eventual ejecución hipotecaria.

- Relación entre el deudor personal e hipotecante que garantiza la deuda del primero mediante una hipoteca. En caso de incumplimiento del deudor, el hipotecante no deudor tendrá que responder de la obligación asegurada con sus bienes que salvaguardan la misma.

Con respecto al crédito garantizado, el hipotecante no deudor es titular de las garantías sobre las que se produce el deterioro, con lo que se engloba en el ámbito de aplicación del art. 117 LH. Es decir, es tercero con respecto al crédito garantizado pero es parte en la constitución de la garantía. Ha establecido voluntariamente sobre su inmueble la garantía hipotecaria y contrae una relación directa con el acreedor hipotecario, asumiendo con él un vínculo obligatorio aun cuando limitado a su inmueble. A la responsabilidad patrimonial universal del deudor que le impone el art. 1911 CC, se suma la creación de un derecho real sobre un bien propio del hipotecante no deudor y este derecho real comporta reipersecutoriedad para el acreedor, cualquiera que sea su titular, presente o futuro.

Entonces, si habiendo constituido la garantía hipotecaria provoca su disminución, atentando contra la seguridad del crédito, se dan evidentemente los presupuestos de aplicación del art. 117 LH. Además, el precepto se refiere al «dueño», como dice CASTILLO MARTÍNEZ (1999),

sin precisar la vinculación que este sujeto pudiera tener con la obligación asegurada, puesto que la finalidad del precepto se localiza en el mantenimiento del valor de la cosa dada en garantía, que atañe al propietario de la misma en cuanto a deber de conservación del sustrato

patrimonial sobre el cual el acreedor hipotecario proyecta su derecho real de garantía¹⁰¹.

Por tanto, al hipotecante no deudor, como titular de la finca hipotecada, le afecta la acción de devastación prevista en el art. 117 LH, cuando el acreedor interesa las acciones tendentes a restablecer el contenido inicial de la garantía de la que es titular el hipotecante no deudor, sin que se llegue a ejecutar la misma, pero también le puede llegar a afectar el vencimiento de la deuda previsto en el art. 1129.3° CC, cuando disminuyan o desaparezcan las garantías otorgadas antes que la obligación resulte exigible, produciéndose una ejecución hipotecaria anticipada.

A tenor de lo dispuesto en el art. 1129.3° CC, las garantías pueden disminuir por actos propios del deudor o desaparecer incluso por caso fortuito. El hipotecante no deudor, como titular del bien o derecho real hipotecado, puede ver afectada su responsabilidad por cuanto el acreedor hipotecario, si la obligación contraída por el deudor resulta insatisfecha, puede dirigir su acción contra el inmueble gravado, exigiendo de esta manera la garantía hipotecaria de manera anticipada.

Además, cabe la posibilidad de que el dueño de la cosa sujeta a garantía que asegura una deuda ajena, como propietario del bien hipotecado e incluido en los presupuestos de aplicación del art. 117 LH, disminuya el valor de la garantía hipotecaria y al no ser deudor del crédito garantizado, no pague más que el valor en venta del bien hipotecado, aunque ocasionando, en virtud del art. 1129.3° CC, la

¹⁰¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., ob. cit., págs. 100 y 101.

«exigibilidad anticipada»¹⁰² como facultad del acreedor para dar por vencida la deuda.

MORENO QUESADA afirma al respecto que el concedente de garantía por deuda ajena, es parte en la constitución de la garantía pero tercero respecto al crédito garantizado y su posición. En cuanto a la constitución de la garantía, no varía con respecto a la del deudor obligacional cuando este último concede la garantía. El hipotecante no deudor garantiza una obligación que no es propia, sino ajena y el autor le otorga la consideración de «deudor hipotecario», y como tal, «si es deudor hipotecario, respecto a la deuda nacida de la hipoteca, operará con él la anticipación del vencimiento que dispone el art. 1.129 en su número 3º». Añade el autor que esta solución es acorde a la razón de ser del precepto, que junto a la seguridad del crédito, implica una sanción al que por actos propios disminuye las garantías que antes estableciera¹⁰³.

CLEMENTE MEORO¹⁰⁴ afirma que «con esta solución se perjudica al deudor, que nada tuvo que ver con los actos de disminución y sufre el vencimiento anticipado de su obligación» y añade que no tiene en cuenta el carácter de sanción que tiene el primer inciso del art. 1.129.3º CC, «sanción que no puede alcanzar a quien nada ha tenido que ver con

¹⁰² DÍEZ PICAZO, El pago anticipado, *Revista de Derecho Mercantil*, v. XXVIII, 1959, nº 73, págs. 67 y 68, hace referencia a la inexactitud de la expresión «pérdida del beneficio del plazo» indicando que el plazo no es beneficio exclusivo de deudor sino que también lo es en interés de ambas partes. Continúa el autor diciendo que en realidad existe un levantamiento de las barreras que se oponen al derecho de crédito o, por lo menos, la posibilidad de que el acreedor las levante y considera más exacto decir que lo que existe es una facultad del acreedor de dar por vencida la deuda, pues el vencimiento del plazo no tiene lugar ipso iure, cuando acaecen los hechos que según la ley lo determina, sino que el acreedor queda facultado para dar por vencida la deuda.

¹⁰³ MORENO QUESADA, B., El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIV, 1971, págs. 457 y 458. En el mismo sentido MONTÉS PENADÉS, V.L. De las obligaciones a plazo. En: *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XV, v.2º, Madrid, 1983, pág. 140.

¹⁰⁴ CLEMENTE MEORO, M. *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, págs. 116 y 117.

los actos de los que se la hace derivar», concluyendo que los actos de tercero, aun siendo titular de los bienes o derechos dados en garantía voluntariamente por él mismo no tienen que afectar a la obligación garantizada por cuanto afectarán únicamente al hipotecante no deudor ya que facultarán al acreedor a exigirle el pago, con el límite del valor en venta del inmueble hipotecado. Y además advierte que «el garante por deuda ajena que la satisfaga no podrá exigir el reembolso del deudor hasta el día en que normalmente hubiera vencido el plazo». Esto último lo afirma al amparo del art. 1841 CC que indica para la modalidad de deudas a plazo que si «el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza».

III.2.3.Tercer poseedor

En cuanto al tercer poseedor, respecto a la obligación garantizada es tercero y también lo es respecto a la constitución de la hipoteca. Es decir, no es ni deudor ni hipotecante por deuda ajena.

En general la doctrina considera que el tercer poseedor es un sujeto ajeno a la obligación garantizada y esta es la principal característica del tercer poseedor de los bienes hipotecados¹⁰⁵.

¹⁰⁵ ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., ROCA SASTRE, R.M^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., ob. cit., pág.309, definen al tercer poseedor como «el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecario que reúna la condición de tercero por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada directa ni indirectamente y que es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no haya inscrito su adquisición, y que, en consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica». Con la mención al «adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario» estos autores toman posición, frente a SANZ FERNÁNDEZ y otros, entre quienes defienden que el tercer poseedor no es exclusivamente el adquirente del dominio de la finca hipotecada, sino también quien adquiere un derecho real inmobiliario hipotecado. En el mismo sentido, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., tras valorar la dificultad del concepto en función de la fase de la hipoteca que se tome en consideración, lo define como «aquel que adquiere registralmente el derecho gravado con la hipoteca inscrita, sin asumir a la vez la deuda ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor».

SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 437. Define al tercer poseedor con estas tres notas: «1º Es tercero en el acto de constitución de la hipoteca. 2º Es un adquirente del dominio de la finca hipotecada. 3º No es deudor en la obligación garantizada».

CLEMENTE MEORO¹⁰⁶ afirma que si el tercero adquirió el bien después de constituida la garantía (tercer poseedor), sus actos que disminuyan la misma, no darán lugar al vencimiento anticipado de la obligación en virtud del art. 1129.3º CC. También MONTÉS PENADÉS¹⁰⁷ cuando afirma que el tercer poseedor lo es, tanto respecto de la deuda garantizada como también respecto de la constitución de la garantía y no puede ser considerado como «*deudor*» a los efectos de aplicar el art. 1129.3º CC.

MORENO QUESADA¹⁰⁸, también sostiene que como tercero, con respecto a la deuda garantizada y a la constitución de la garantía, está contemplado en los arts. 112 y sigs. LH y bajo ningún concepto se le puede considerar como «*deudor*» a los efectos del art. 1129 CC. Sin

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. VI, 2ª ed., Pamplona, 1975, pg. 694 y Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca, Pamplona, 1993, págs. 419-420.

De manera singular, LÓPEZ DE HARO, C., El tercer poseedor de la finca hipotecada, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, págs. 355-356, afirma que «el tercer poseedor ni es poseedor ni es tercero, sino que es el propietario de la cosa que él hipoteca, o que cuando él la adquiere a título singular ya está afecta a una hipoteca [...] resultando, para en su caso y en cuanto a ese derecho real de hipoteca, que el dueño de la cosa lo es en precario, y que su propiedad, afecta la acción hipotecaria, cuya ejecución se efectúa en la venta, se convierte en mera posesión ante la perspectiva legal de esa venta». Más adelante añade que el tercer poseedor es un mero acreedor como los demás, posteriores a la hipoteca que se ejecuta, lo cual nos lleva a la conclusión de que la cosa hipotecada es en el procedimiento, que es de lo que tratamos, un valor afecto a todos sus acreedores».

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., ob. cit., pág. 112, sostiene en relación a la opinión de LÓPEZ DE HARO, que afirmar como hace el autor «la ecuación tercer poseedor igual a titular del bien hipotecado, prescindiendo del dato esencial de si, además, es o no sujeto personalmente obligado, bien originariamente o por novación, al cumplimiento de la obligación garantizada, supone equiparar jurídicamente la condición del deudor-propietario del bien hipotecado a la de cualquier otro titular del mismo que no sea deudor personal en la obligación que se asegura. Negar el supuesto de disociación entre responsabilidad (personal siempre) y garantía (hipotecaria, en este caso) supone ignorar los principios informadores del derecho real de hipoteca que, como tal (cfr. arts. 2º.2º y 104 LH y 1876 del CC), recae directamente sobre la cosa e implica un poder inmediato sobre la misma oponible *erga omnes*, de tal modo que la garantía puede hacerse efectiva sin que sea necesaria la mediación del propietario, sea o no este último el sujeto pasivo de la obligación personal».

¹⁰⁶ CLEMENTE MEORO, M., 1991, ob. cit., pág. 116.

¹⁰⁷ MONTÉS PENADÉS, V.L. De las obligaciones a plazo. En: *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, tomo XV, vol. 2º, Madrid, 1981, pág. 140.

¹⁰⁸ MORENO QUESADA, B, 1971, ob. cit., pág. 457.

embargo, sí que lo incluye en el art. 117 LH que afirma, se aplica al deudor-hipotecante y al concedente, en cuanto propietarios de la finca, sin tener en cuenta sus cualidades de deudores, obligacional e hipotecario, o hipotecario únicamente, según sea el primero o el segundo.

Sí se refiere el autor más adelante a cómo le puede afectar el vencimiento anticipado que se produzca por actos propios del deudor en tanto a titular de las cosas dadas en garantía, por cuanto el acreedor puede reclamar del titular de los bienes dados hipotecados el pago del crédito que aseguran porque la hipoteca los sujeta cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida¹⁰⁹.

En otro sentido distinto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹¹⁰ ha apuntado que podría considerarse que, al tratarse de garantías a las que el deudor se ha comprometido, a los efectos del art. 1129, la conducta del tercer adquirente es imputable al deudor y para ello apoya su opinión en los arts. 498, 1828 y 1829 CC por analogía.

En mi opinión, estoy de acuerdo con CLEMENTE MEORO en cuanto que los actos del tercer poseedor no pueden afectar al vencimiento de la deuda, si tenemos presente, que, a diferencia del hipotecante por deuda ajena, no es suyo propio el acto de constitución de la hipoteca. Otro tema sería la desaparición de las garantías por acto de tercero, que como añade más adelante el autor, se pueden subsumir en el segundo inciso del art. 1129.3º CC referente al caso fortuito, quedando facultado el acreedor para instar el vencimiento anticipado de la obligación.

¹⁰⁹ MORENO QUESADA, B. 1971, ob. cit., pág. 464.

¹¹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*. t. II, 3ª ed., Madrid, 1999, pág. 172.

Y digo esto porque los arts. 1129.3° CC y 117 LH son distintos en su ámbito de aplicación y eficacia. El primero incide en el crédito y el segundo en el elemento accesorio, en la garantía. El tercer adquirente tiene la obligación de conservar el bien inmueble y si menoscaba el valor del mismo con su conducta, no tengo claro que se le permita al acreedor dar por vencido anticipadamente el préstamo hipotecario, sobre todo porque el tercer adquirente es tercero con respecto a la constitución de la hipoteca y respecto a la deuda garantizada y por ello, no es «deudor» a los efectos de aplicar el art. 1129.3° CC. En este caso el acreedor podrá ejercitar la acción de devastación, como remedio específico en sede de hipoteca cuando el dueño de lo hipotecado, el tercer adquirente, realice actos que disminuyan el valor del inmueble.

Ahora bien, sí que los actos voluntarios que realice el hipotecante no deudor sobre la finca hipotecada pueden afectar al deudor, perjudicando la garantía hipotecaria y por tanto, provocando el vencimiento anticipado. En este caso, la actuación del propietario, hipotecante por deuda ajena, hace que venza anticipadamente el crédito o que el acreedor ejercite la acción de devastación por estar el hipotecante no deudor en el momento de la constitución de la hipoteca.

El hipotecante no deudor y el tercer poseedor no tienen relación con el crédito. El hipotecante no deudor y el tercer poseedor tienen limitada su responsabilidad al bien dado en garantía. Los efectos del incumplimiento de la obligación se producen contra el deudor principal, sin embargo, este último se verá más perjudicado si el hipotecante no deudor y el tercer poseedor disminuyen la garantía hipotecaria ya que el acreedor hipotecario podrá ejercitar la acción de devastación contra los tres sujetos citados.

Además, el deudor principal también se verá afectado si él mismo o el hipotecante no deudor que ha intervenido en el acto de constitución de la hipoteca, disminuyen la garantía hipotecaria, puesto que el

acreedor hipotecario podrá dar por vencido el crédito en virtud del art. 1129.3º CC. Hay que tener en cuenta que el hipotecante no deudor o el tercer adquirente de la finca hipotecada como mucho pierden el bien. Sin embargo, el deudor responde de la obligación con todo su patrimonio y la acción hipotecaria persigue los bienes dados en garantía aunque estén en manos del tercer poseedor y el deudor será demandado, en su caso, sobre todos sus bienes al amparo del art. 1911 CC y 105 LH.

Por otra parte, no quiero dejar de mencionar la diferencia que existe entre el deudor hipotecante y el tercer poseedor respecto a la extensión objetiva de la hipoteca.

Desde que la hipoteca se constituye hasta que la deuda con ella garantida es satisfecha, especialmente si el pago se hace con la ejecución de la hipoteca, es posible que el inmueble gravado haya experimentado cambios económicos y jurídicos, que haya variado, o más o menos, en su valor y en su fisonomía. Y para el caso en que la alteración suponga la disminución del valor de la finca hipotecada, al suponer ello un riesgo para el acreedor hipotecario, la propia ley le protege de muy distintas maneras (1129.3º CC, 117 LH y 219.2º RH).

Para el caso opuesto, en que la modificación de la finca hipotecada haya supuesto un incremento en el valor de la finca hipotecada debido a las accesiones o a las mejoras realizadas o acaecidas en la misma, el art. 109 LH (*«La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados»*) y el 1877 CC (*«La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y 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 declaraciones, ampliaciones y*

limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero»), declaran la extensión de la hipoteca a tales aumentos, jurídicos o económicos. Sin embargo, también se prevén excepciones para los supuestos en los que no opera dicha extensión o ampliación objetiva de la hipoteca (arts. 110-113 LH).

Es así que en relación con las mejoras introducidas por el adquirente del bien hipotecado, el art. 112 LH establece que *«Cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo»*. Y el art. 113 LH establece que *«El dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el art. anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca.*

Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan solo, quedará a disposición de dicho dueño».

En este sentido, el derecho hipotecario habla de accesiones y mejoras en una formulación positiva, con buena fe por parte de quien

las realiza, en virtud del art. 109 LH pero nada dice al respecto sobre los perjuicios que se ocasionan con mala fe, sin tener en cuenta por ejemplo que en la actualidad existe una falta de financiación que impide a los deudores cubrir los desperfectos.

Las accesiones y mejoras son elementos que se añaden a la finca, incrementos para el valor de la misma. Pero me pregunto qué sucede cuando no hablamos de incrementos, de accesiones y mejoras, sino de perjuicios y disminuciones del valor de la finca. Es decir, qué ocurre cuando un tercer poseedor se ha dedicado a perjudicar la finca y en ese caso el Juez sanciona la disminución de la garantía al amparo del art. 1129.3º y el acreedor puede también ejercitar la acción de devastación.

III.3. DERECHOS REALES HIPOTECABLES

Dice CARPI MARTIN¹¹¹ que hay que atenerse siempre al contenido del derecho hipotecado por cuanto.

en los casos en los que la hipoteca no grava el dominio pleno por existir derechos sobre la misma anteriores a la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá reaccionar frente a aquellos daños a la cosa, imputables al titular del objeto hipotecado, que lo sean también de dicho objeto, pero no de los perjuicios que, aun irrogándose en el bien inmueble que sirve de soporte a la garantía, escapan al contenido jurídico de ésta (CARPI MARTIN, 2005)

Y añade que aunque la casuística puede ser enorme, la pauta está en ver «si el hecho en cuestión lo perjudica provocando una disminución de su valor como posible objeto de actos de transmisión y, por tanto, como objeto de realización forzosa si la hipoteca llega a ejecutarse».

¹¹¹ CARPI MARTÍN, R., ob. cit., pág. 227.

Como he podido explicar en el apartado anterior, si bien no hay duda con respecto a los tres sujetos mencionados, deudor hipotecante, hipotecante no deudor y tercer poseedor, los titulares de derechos reales limitados que hipotecan su derecho al amparo del art. 107 LH y aquellos otros derechos reales objeto de la hipoteca no contenidos en dicho precepto, tales como el leasing, hipoteca de arrendamiento...etc., por el contenido de su derecho, pueden causar también deterioros en el objeto hipotecado, ante los que también puede reaccionar el acreedor hipotecario.

El precepto objeto de este estudio utiliza únicamente los términos «dueño» y «propietario», pero hay que tener presente que los titulares de derechos reales limitados derivan su derecho de la esfera de poder del propietario del bien que, haciendo uso de sus facultades dispositivas, extrae de su derecho de dominio determinadas potestades sobre la cosa que son adquiridas por un tercero. De este modo, en el objeto hipotecado, se añade una nueva parcela ocupada por el titular del derecho real limitado que puede constituir hipoteca sobre el mismo y el acreedor también puede resultar legitimado, frente a los titulares de estos derechos para ejercitar la acción de devastación, más si cabe cuando estos titulares, como digo, pueden hipotecarlos en virtud del art. 107 LH y aquellos otros derechos reales objeto de la hipoteca no contenidos en dicho precepto y entonces, también en este caso, existe un sujeto pasivo de la hipoteca, cuyos actos, si disminuyen el valor del bien, facultan al acreedor para que pueda reaccionar ejercitando la acción de devastación.

Por tanto los titulares de los derechos reales limitados también son sujetos pasivos de la norma del art. 117 LH por cuanto el art. 107 LH prevé la hipotecabilidad de algunos de estos derechos.

A título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, el derecho de usufructo es hipotecable en virtud del art. 107 LH. Así el número

primero dice: «*El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en el que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin*».

El usufructo es un derecho real limitado objeto de la hipoteca y susceptible de ejercicio por parte del acreedor hipotecario de la acción de devastación. El titular del derecho de usufructo, que lo hipoteca, podría perjudicar el derecho del acreedor hipotecario en cuanto a que el usufructuario es titular del goce y disfrute de la cosa y por ese motivo, al encontrarse en posesión de la finca, puede deteriorarla en perjuicio del acreedor.

Dice LACRUZ BERDEJO¹¹², al referirse al derecho de usufructo, que «lo más característico de este derecho es la generalidad del goce que proporciona a su titular quien puede obtener todas las utilidades de que es susceptible la cosa compatibles con su destino económico, quedando a su discreción los actos y momentos de tal aprovechamiento». El único límite, dice el autor, es el fijado en el art. 467 CC, de respetar la forma y sustancia de la cosa, como podría ser por ejemplo, modificar su destino, alterando su funcionalidad económica.

Como el titular del derecho real limitado de usufructo se encuentra limitado por el propio contenido de su derecho, pienso que el artículo 117 LH únicamente faculta al acreedor para reaccionar frente a los actos que realiza el titular del derecho de usufructo hipotecable, siempre que el usufructuario haya actuado con dolo o culpa.

¹¹² LACRUZ BERDEJO, José L. y LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson, 2009, pág. 31.

Dice el art. 497 CC que *«el usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia»* pero lo cierto es que no tiene un derecho absoluto de explotación de la cosa pleno, como lo tendría el propietario, únicamente limitado por la voluntad y función social de la propiedad, sino que debe asumir todo un conjunto de medidas razonables, como dice LACRUZ BERDEJO (2009)¹¹³,

para prevenir la alteración material de la cosa (protegiéndola especialmente de los agentes naturales o de la agresión de terceros) y la violación de su estado jurídico (sobre todo en el usufructo de derechos), así como advertir al propietario de la necesidad de las reparaciones que a este competen, etc.; todo ello en función de la futura restitución de la cosa en buen estado (o según su naturaleza) al propietario. La inactividad del usufructuario en el ejercicio de ciertos derechos incluidos en el usufructo (no usar de una servidumbre, abandono de la posesión de las cosas) determina la responsabilidad de aquél.

Relacionado con el deber de conservación, el usufructuario también tiene obligación de efectuar las reparaciones ordinarias necesarias, obligación que le viene impuesta por el art. 500 CC cuyo literal es el siguiente: *«El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo. Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Si no las hiciera después de requerido por el propietario, podrá este hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario»*.

Además, el usufructuario ha de poner en conocimiento del nudo propietario aquellos actos de tercero que puedan lesionar los derechos de propiedad en virtud del art. 511 CC y el propietario, en virtud del art.

¹¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L., 2009, ob. cit., pág. 31.

520 CC, puede pedir al usufructuario que le entregue la cosa cuando el mal uso sobre la misma por este último provoque un perjuicio al primero. En este último caso, si el usufructuario hubiese hipotecado su derecho real, podría el Juez a instancias del acreedor hipotecario, instarle al propietario a que se hiciera cargo de la administración de la finca, sin perjuicio de otras medidas más efectivas. En este caso, como dice ZURITA MARTÍN, «vista la peligrosidad de la actividad que se realiza en la finca, o comprobado el abuso reiterado que el titular del usufructo realiza sobre la misma, podría el Juez tomar tal decisión para evitar que, mediante tales comportamientos, se produzca la insuficiencia de la garantía hipotecaria»¹¹⁴.

Por este conjunto de limitaciones a las que se encuentra sometido el usufructuario, propias del derecho real de usufructo, pienso que el usufructuario cuando hipoteca su derecho, es responsable frente al acreedor hipotecario en virtud del art. 117 LH pero solo cuando en sus actos interviene dolo o culpa. Y no es responsable únicamente cuando él mismo comete el abuso sino cuando además deviene de una persona a quien este haya cedido el uso de la cosa.

Es cierto que cuando el usufructuario ha hipotecado su derecho, el nudo propietario no tiene relación con el acreedor hipotecario. Sin embargo, este último, podría pedirle al Juez que inste al nudo propietario a que le requiera al usufructuario que cese en sus comportamientos abusivos, ante el temor de que se produzca la insuficiencia de la garantía hipotecaria. Y esto último por cuanto el nudo propietario también tiene interés en la finca en la que se ha constituido el derecho real de usufructo. El Juez a la vista de los hechos, podría concederle la administración de la finca al nudo propietario al amparo del art. 520 CC que he mencionado con anterioridad.

¹¹⁴ ZURITA MARTÍN, I. *Usufructo de finca hipotecada*, Madrid, 2005, pág. 75.

Si lo que se hipoteca es la nuda propiedad, como el nudo propietario es el propietario a los efectos del art. 117 LH, la acción de devastación se ejercitaría directamente contra él, lo que no ocurre si el usufructuario es quien ejercita su derecho real, puesto que el acreedor hipotecario podría instar al nudo propietario a que obligue al usufructuario a cesar sus conductas dolosas o culposas.

Algo similar ocurre con el derecho de superficie, cuando se hipoteca también al amparo del art. 107 LH, pues el acreedor hipotecario puede ejercitar la acción de devastación contra el superficiario, aunque también puede hacerlo a través del propietario, instándole a que requiera al superficiario que cese en las conductas que pueden hacer insuficiente la garantía hipotecaria, si esta llega a realizarse. En este sentido, CARPI MARTÍN¹¹⁵ también a modo de ejemplo, cita la hipoteca sobre el derecho de superficie y dice que no implicará un daño sobre su objeto el que el propietario de la finca objeto de la titularidad superficiaria decida cerrar el aparcamiento subterráneo que bajo la misma se había reservado y explotaba, desmantelando las instalaciones y haciéndolo inservible para tal uso. Por más que eso deteriore claramente la finca, en la que a través del derecho de superficie recae la hipoteca, no supone un menoscabo de valor de la garantía hipotecaria porque no se extiende, a diferencia de lo que ocurre en una hipoteca sobre el dominio, al total aprovechamiento que esa finca produce, siempre dice que el uso del aparcamiento no fuese el de servir a los ocupantes del inmueble, aunque en este caso el propietario estaría infringiendo un pacto incluido en el título constitutivo del derecho de superficie, o añadido posteriormente a la relación, dando con ello la correspondiente acción al superficiario que, de no ejercitarla,

¹¹⁵ CARPI MARTÍN, R., ob. cit., pág. 228.

incurriría en una omisión negligente que daría lugar al ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor hipotecario.

Yo añado que en este supuesto, el acreedor hipotecario podría pedirle al Juez que requiriera tanto al propietario para que cesara en su conducta como al superficiario para que ejercitara la correspondiente acción legal frente al propietario.

La misma autora continúa con otro caso semejante de hipoteca sobre un derecho de superficie, podría constituir un deterioro para el objeto de la hipoteca la constitución por el titular del dominio, que no es el hipotecante, de una servidumbre de paso, a favor de una empresa de transporte de mercancías contaminantes que se ubica más allá de la finca, sobre la superficie de esta aunque sin invadir la zona apta para construir. Dice CARPI MARTÍN que en este supuesto,

desde una perspectiva de estricta formalidad jurídica puede entenderse que la servidumbre, aún recayendo sobre el objeto hipotecado, pues se constituye sobre el terreno objeto del derecho de superficie, no perjudica la hipoteca, pues por la purga de gravámenes que determina la ejecución hipotecaria la servidumbre desaparecerá en ese momento sin ocasionar daño alguno al acreedor hipotecario. Si tenemos en cuenta la realidad fáctica que subyace tras la formalidad jurídica, es bastante probable que la servidumbre ahora extinguida sí haya ocasionado, en su vigencia anterior, efectos perniciosos para la hipoteca, menguando el valor del derecho hipotecado, ya que dadas las características de los objetos transportados cabe que se produzca un efecto contaminador en la finca que aboque a tal disminución de valor. (CARPI MARTÍN, 2005)

Como ejemplo de otro derecho real hipotecable al amparo del art. 107 LH, en la subhipoteca, la propia hipoteca puede ser objetivada, es decir, el acreedor hipotecario puede ofrecer su derecho de crédito,

convirtiéndolo en objeto de hipoteca. Aunque en este caso, según afirma GULLÓN BALLESTEROS¹¹⁶, existe una imposibilidad de que el acreedor subhipotecario ejercite la acción de devastación pero sí que puede justificar ante el juez

el perjuicio efectivo que le está produciendo la conducta negativa del acreedor hipotecario, y la violación del deber que tiene de realizar los actos necesarios para la conservación de la garantía. De este modo tendrá un carácter jurídico tal deterioro, en cuanto supone una falta de ejercicio de acciones que está obligado a ejercitar su deudor. (GULLÓN BALLESTEROS, 1957)

Dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que «la hipoteca no es –aunque la presuponga– una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, sino un poder jurídico del acreedor sobre la cosa»¹¹⁷. Y en ese contexto de poder, atendiendo a la función de garantía que la vinculación de la cosa desempeña, aparece la facultad de conservación que se le concede al acreedor hipotecario, desde el momento de la constitución de la hipoteca, en tanto el crédito no venza y se incumpla.

La seguridad del acreedor, en orden a la satisfacción de su interés se consigue mediante la sujeción de un bien concreto al cumplimiento del crédito cuya efectividad se pretende preservar ¹¹⁸. Esto es consecuencia, como afirma BLASCO GASCÓ, del carácter accesorio de la hipoteca, en tanto que nace para asegurar el cumplimiento de la obligación y queda afectada por todas las vicisitudes del crédito al que sirve de garantía¹¹⁹.

¹¹⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A. *El derecho real de subhipoteca*, Barcelona, 1957, pág. 136.

¹¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L et al, 2009, ob. cit., pág. 222.

¹¹⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., ob. cit., pág. 28.

¹¹⁹ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., ob. cit., pág. 54.

En este apartado, a la vista de la expresión «*dolo, culpa o voluntad del dueño*», me propongo analizar las conductas subjetivas (dolo, culpa o voluntad) de las personas que pueden dañar el objeto, teniendo en cuenta su relación con el bien hipotecado de acuerdo con los arts. 106 y 107 LH.

La doctrina, en el art. 117 LH, lo resuelve con las palabras «*dueño*» y «*propietario*», sin embargo, no hay que olvidar que la hipoteca no solo la constituye el propietario. El art. 106 LH establece que: «*Podrán ser hipotecados: 1º. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. 2º. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes*».

A colación de los términos «*dueño*» y «*propietario*», el diccionario de la Real Academia Española define «*dueño*» como «hombre que tiene dominio o señorío sobre alguien o algo» y el término «*propietario*», como

El mismo autor, en: BLASCO GASCÓ, Francisco de P. El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario. *Revista Lunes 4'30, Revista de Asuntos Registrales* [en línea], vol. XXI, n.º. 454,2008. [Consulta: octubre, 2015].

Disponible en:

<https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-n%C2%BA-455.pdf>, hace una reflexión interesante acerca de «la relación entre el crédito garantizado y la garantía hipotecaria»: «La hipoteca es una institución que siempre ha producido cierta fascinación y cierto desasosiego. La fascinación y desasosiego tiene su origen en el hecho de que el crédito hipotecario es, si se me permite un símil operístico, una cosa rara; o, para el que prefiera el símil cinematográfico, una extraña pareja porque los elementos que conforman la pareja del crédito hipotecario viven en mundos distintos: El, el crédito, vive en el mundo de la libertad, de la voluntad creadora y generadora de efectos jurídicos (art. 1255 CC), pero también en el mundo de la relatividad (art. 1257 C.C.). El crédito vive en el mundo del pacto, de la determinabilidad y de la variabilidad. Ella, la hipoteca, vive en otro mundo, pero están en aquél, en el crédito, porque la hipoteca sola no puede vivir. La hipoteca vive en el mundo de la necesidad, de la absolutividad, de la determinación y de la especialidad. En la relación entre ambos, la hipoteca vive en función del crédito. Le profesa una fidelidad tal que o sigue al crédito o se muere. Por tanto, extraño matrimonio en el que conviven: libertad frente a necesidad; relatividad frente a absolutividad; determinabilidad frente a determinación y variabilidad frente a especialización e invariabilidad. Esta relación entre crédito e hipoteca se ha explicado tradicionalmente en clave de accesoriedad de la hipoteca. Pero me ha parecido siempre una explicación un tanto insatisfactoria porque, aunque la hipoteca nace para garantizar el cumplimiento de un crédito o de una obligación, no es menos cierto que actualmente donde el crédito es normalmente dinerario y el acreedor hipotecario es una entidad crediticia, no es menos cierto, digo, que si no hay hipoteca, no hay crédito».

«que tiene derecho de propiedad sobre algo, y especialmente sobre bienes inmuebles».

En un sentido gramatical aplicado al ordenamiento jurídico y por ello, si nos atenemos a los criterios hermenéuticos de acuerdo a lo previsto en el art. 3.1 CC, pareciera ser que el aprovechamiento económico máximo de un bien que permite el ordenamiento jurídico se denomina propiedad y de ese modo la diferencia entre ambos términos consistiría en que la palabra propiedad se debería ver desde el punto de vista objetivo como la relación de pertenencia del hombre sobre la cosa mientras que la palabra dominio se debería ver desde el punto de vista subjetivo como la facultad de uso del hombre sobre la cosa o sobre el derecho.

DE LOS MOZOS¹²⁰ hace mención a la diferencia entre propiedad y dominio y pone de relieve la distinción que la doctrina realiza entre ambos términos, pues para la misma

la voz *dominio* designa la propiedad en sentido técnico y que viene regulada en el Código civil (arts. 348 y siguientes y concordantes), quedando la voz propiedad para designar algo más difuso y general que comprende tanto aquella regulación como las regulaciones especiales, o bien, tanto un concepto estricto y riguroso del derecho de propiedad, como su dimensión más amplia en el ordenamiento económico y social y hasta en las diversas teorías que hablan de la propiedad en el marco más extenso de las ciencias sociales.(DE LOS MOZOS, 1993)

Sin embargo, ALBALADEJO ¹²¹ no duda en afirmar que los términos «propiedad», y «dominio», «propietario» y «dueño» son sinónimos

¹²⁰ DE LOS MOZOS J.L. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid, 1993, pág. 3.

¹²¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Bienes*, 9ª ed. puesta al día con la colaboración de José Manuel González Porras, Catedrático de Derecho Civil, Librería Bosch, Barcelona, 2002, pág. 231.

y dice que «igualmente los utilizan nuestra ley, jurisprudencia y doctrina. Aunque, al iniciar el estudio de la materia que voy a tratar, algunos autores formulen ciertas diferencias entre ambos, lo cierto es que, después (como no podría ser menos ante la objetividad de las cosas), manejan ambos indistintamente».

En mi opinión, si bien gramaticalmente pudieran parecer términos distintos y he mencionado como la doctrina se ha planteado dicha distinción, pienso que el legislador está equiparándolos en el art. 117 LH y aunque debiera usar únicamente el término propietario, opta por hacer uso en el mismo precepto de ambos términos para no resultar reiterativo. Lo mismo ocurre por ejemplo cuando se usan jurídicamente los términos «condominio» y «copropiedad».

Continuando con los derechos reales hipotecados, como afirma LLOPIS GINER¹²², el objeto de la hipoteca, regulado en el art. 106 LH, está formado por un objeto de primer grado que es el bien inmueble y un objeto de segundo grado que es el derecho real impuesto sobre el bien. Tanto uno como otro, de forma conjunta y no por separado o absorbido uno en otro, van a integrar la totalidad del objeto que se incluye en la hipoteca. El bien constituye el elemento físico y es soporte de cualquier derecho real; el elemento jurídico lo forma el propio derecho que recae sobre el bien. A ambos atiende la hipoteca, que como cualquier otro derecho real de garantía, necesita de los dos para su subsistencia.

Lo dispuesto en el art. 107 LH es complementario del segundo apartado del art. 106 LH y además refleja la hipotecabilidad de estos derechos especiales, realizando una enumeración de supuestos en los

¹²² LLOPIS GINER, J.M., El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de LH), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, nº 617, págs. 845 y 846.

que los derechos existentes sobre el bien revisten una especialidad que se refleja en la propia hipoteca. Como explica LLOPIS GINER (1993)¹²³,

el usufructo, la nuda propiedad, los bienes hipotecados, el mismo derecho de hipoteca, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, las concesiones administrativas, los bienes vendidos con pacto de retro o carta de gracia, el derecho de retracto convencional, los bienes litigiosos, los sujetos a condición resolutoria expresa y los pisos y locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal son todos aquellos derechos que de alguna forma modalizan el dominio y que, consecuentemente, producen una regulación específica en el derecho de hipoteca».

Es cierto que en la propiedad se desenvuelve naturalmente la posesión y por tanto el contacto material de la cosa, sin embargo, en otros derechos reales, tales como el derecho de usufructo o derecho de superficie, la posesión resulta ser una potestad jurídica que genera determinados efectos. El titular de los derechos reales hipotecados puede actuar sobre la cosa en el ejercicio de las facultades expresamente reconocidas, sin embargo, el propietario puede aprovechar o desaprovechar la cosa en todo aquello que no le esté prohibido por el ordenamiento jurídico, o limitado por el ejercicio específico de poder que se le ha reconocido al titular de un derecho real limitado. Pero tanto en la propiedad hipotecada, donde en el dominio confluyen los presupuestos de plenitud, abstracción y elasticidad de poder, como en los derechos reales que se hipotecan en virtud del art. 107 LH, nos encontramos con la figura del acreedor hipotecario, que tiene el poder de reaccionar ante los menoscabos que disminuyan el valor del bien o derecho hipotecado.

¹²³ LLOPIS GINER, J.M. 1993, ob. cit., pág. 858.

El art. 117 LH hace referencia al «*dueño*» pero nada obsta a que el legislador esté pensando en los titulares de los derechos reales limitados, que a los efectos del precepto, también pueden considerarse dueños. Si se aplicara al art. 117 LH, en su interpretación, la técnica romanista, únicamente se consideraría dueño al propietario del bien hipotecado. Sin embargo, como dice LLOPIS GINER, que la propiedad sea el derecho real por excelencia, «no por eso deja de ser un derecho real, con las características propias de este tipo de derechos, llevadas a su plenitud»¹²⁴.

Cuando el art. 117 LH habla de «*dueño*», el término adquiere un significado especial. Podría pensarse que el legislador en su mención a «*dolo, culpa o voluntad del dueño*», quiso referir la voluntad al dueño, al titular dominical pleno, y el dolo y la culpa a los sujetos del art. 107 LH y aquellos otros derechos reales objeto de la hipoteca no contenidos en dicho precepto, que no siendo propietarios, lo cierto es que hay un titular en el lado pasivo de la hipoteca que se considera propietario y que también tiene el deber de conservar el bien, por cuanto son derechos reales de dominio o sobre cosa ajena que se imponen sobre dicho bien y que sirven de garantía en la constitución del derecho de hipoteca.

Si únicamente se incluye en el ámbito subjetivo de la norma al titular del derecho real de propiedad, estaríamos como decía, haciendo una interpretación de la norma en base a una concepción romanista de la propiedad, que como se sabe, se caracterizaba por considerarla como un derecho subjetivo privilegiado con el total dominio de la persona sobre la cosa, integrada por los clásicos que se conceden al titular del derecho real de propiedad: «*ius utendi, ius fruendi e ius disponendi*».

¹²⁴ LLOPIS GINER, J.M., 1993, ob. cit., pág. 848.

Considero que el art. 117 LH debió referirse al sujeto pasivo de la hipoteca y no al dueño, teniendo en cuenta que los derechos del art. 107 LH también son hipotecables. Podemos incluso pensar que la figuras del «*dolo o culpa*» se refieren a los titulares de derechos reales y la «*voluntad*» al dueño, debido a que es un titular dominical pleno y sus únicos límites vienen impuestos por la función social de la propiedad y la teoría del abuso del derecho.

Véase como el legislador, intencionadamente, en la propia estructura de la norma, separa los conceptos de dolo, culpa y voluntad. Los dos primeros no los deriva de ningún sujeto y sin embargo, en el caso del dueño, expresamente menciona «*voluntad del dueño*».

Esto último hace pensar que el dueño, al ser un titular dominical pleno, únicamente se ve limitado por la función social de la propiedad y la teoría del abuso del derecho ya que el art. 117 LH limita su conducta a través de los actos que pueda realizar con voluntad. Sin embargo, el legislador sanciona el dolo y la culpa respecto al titular de un derecho real distinto al de la propiedad, puesto que este ya se encuentra limitado por el contenido de su propio derecho y no se le pueden añadir más límites que los referidos a las conductas subjetivas calificadas con dolo y culpa.

El propietario no tiene un poder soberano sobre la propiedad, ya que la misma está limitada por la función social de la propiedad y la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, es cierto que el propietario disfruta de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien y los demás derechos reales hipotecables salen de la propiedad.

Por tanto podemos pensar que como el propietario ya tiene un poder tan amplio sobre el bien, el art. 117 LH le impone límites únicamente a través de la voluntad, si bien como analizaré a continuación, no es cualquier acto voluntario del propietario el que

posibilita la reacción del acreedor frente a las conductas deteriorantes del propietario, sino aquellas que impliquen un comportamiento abusivo por parte del mismo.

El art. 117 LH limita al propietario a través de la voluntad, sin embargo, a los titulares de derechos reales hipotecables al amparo del art. 107 LH, como confluyen con el propietario y «sufren» los límites propios de su derecho, únicamente pienso que el legislador les aplica el dolo y la culpa.

En el presente apartado, creo que estudiar quien ostenta la titularidad pasiva de la norma, no aportaría nada nuevo a los estudios doctrinales que se han ocupado del tema objeto de tesis. Lo relevante es la conducta del titular del derecho que se está hipotecando para limitarla en aras de la aplicabilidad de la norma.

La voluntad es el término más amplio que parte en un primer momento del querer. El querer puede ser lícito o ilícito y si es lícito también entraría en el ámbito del art. 117 LH por cuanto el propietario hipotecante no puede realizar actos abusivos aun cuando sean lícitos. El elemento volitivo se predica del propietario y si el acto es lícito también se engloba en el art. 117 LH si causa una disminución de la garantía. Es ilícito cuando la conducta del sujeto está caracterizada con dolo y culpa y esto afecta no solo al propietario sino a todos los titulares de derechos reales limitados. La voluntad es querer y en ella puede intervenir o no el elemento cognoscitivo, impregnando la voluntad de un contenido ético.

Por tanto el elemento volitivo únicamente se tiene que aplicar por estos motivos al propietario, pues los titulares de los derechos reales ya encuentran sus propios límites en el derecho real limitado y sin embargo, el propietario tiene un derecho mucho más amplio y únicamente encuentra sus límites en la función social de la propiedad y la teoría de abuso del derecho.

El art. 117 LH dice «*mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño*» pero se sabe que los titulares de derechos reales limitados pueden perjudicar también el derecho de hipoteca.

A continuación me propongo distinguir los límites que afectan tanto al propietario como a los titulares de los derechos reales limitados para analizar el sentido que quiso darle el legislador al concepto de dueño y/o propietario. Como dije antes, por la ubicación de las comas en el precepto, parecería que la voluntad únicamente se aplica al propietario por tratarse del titular del derecho real con facultades más amplias. Sin embargo, me planteo si a modo de ejemplo, el superficiario, el usufructuario o el subhipotecario, también podrían con el ejercicio de su derecho, disminuir la garantía hipotecaria, pudiendo reaccionar el acreedor a través del art. 117 LH. De estas y otras cuestiones paso a ocuparme a continuación.

Desde que se constituye la hipoteca, el titular del objeto hipotecado mantiene todas las facultades inherentes a su derecho y por la presencia de la garantía hipotecaria, se hace necesario conjugar los derechos del acreedor hipotecario y del titular del objeto hipotecado. Derivado de la confluencia de estos derechos sobre el mismo objeto, al titular del objeto hipotecado le quedan vetados los actos que puedan deteriorar el mismo. Y puesto que el titular del objeto hipotecado, entiéndase como tal propietario y demás titulares de derechos reales limitados, siguen teniendo las facultades de uso y disfrute sobre el mismo, al acreedor hipotecario se le otorga la posibilidad de reaccionar ante los actos que produzcan un menoscabo en la garantía hipotecaria, siempre que se deriven de comportamientos del titular del objeto hipotecado realizados con dolo, culpa o voluntad. Es decir, se hace necesario, como fundamento de la norma, que exista un nexo de causalidad entre el deterioro que disminuye la garantía y la conducta del titular del objeto hipotecado.

Pasemos por tanto a perfilar cada una de las conductas a las que se refiere la norma del art. 117 LH, sobre las que puede reaccionar el acreedor hipotecario, para darle contenido a su derecho de conservación de la garantía hipotecaria. Para ello, como ya he comentado, aplicaré exclusivamente la voluntad al propietario, por ser el titular del derecho sobre el bien con facultades más amplias, y el dolo y la culpa, aunque también se aplican al propietario por ser especificaciones de su voluntad, las analizaré como límites aplicables a los titulares de los derechos reales limitados en el ejercicio de su derecho.

III.4. VOLUNTAD DEL DUEÑO

El segundo inciso del primer párrafo del art. 348 CC establece que: *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»*.

Sin embargo, las únicas limitaciones del derecho de propiedad no están establecidas en las leyes. Autores como ALBALADEJO ¹²⁵, distinguen entre límites y limitaciones. El límite viene a ser el régimen normal u ordinario hasta dónde puede llegar el poder del propietario, para el caso que nos ocupa, los que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio de mala fe. Estos son límites genéricos, que como veremos a continuación, obligan a los Tribunales a analizar y concretar en cada caso la actuación del propietario.

El límite es consustancial al derecho de propiedad, sin embargo, la limitación es excepcional pues exige la existencia de una norma jurídica que la determine de forma expresa. En el art. 117 LH no aparece regulada la prohibición expresa de no mermar la garantía hipotecaria, sino que el deber de conservar condiciona la propiedad desde que se

¹²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. III, v. 1º, J. M. Bosch. Editor, 8ª ed., Barcelona, 1994, págs. 248-249.

constituye la hipoteca y se fundamenta en la prohibición del abuso en el ejercicio del derecho del propietario.

Como dice MONTÉS PENADÉS¹²⁶, «los límites (internos o externos) concurren, en cada caso, a precisar la fisonomía concreta del contenido del Derecho, y por ello afectan a la esencia».

Continúa el autor diciendo que la prohibición de los actos abusivos del propietario contenida en el art. 7.2 CC, guarda conexión con la función social de la propiedad y afirma que tanto en un caso como en el otro, se trata de impedir que el titular del derecho, cuando causa daño a otro, ya sea un particular o la comunidad, quede amparado por la exigente que se deriva del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho.

En la conocida obra de CALVO SOTELLO sobre el abuso del derecho, «el abuso del derecho es, objetivamente, un acto lícito»¹²⁷. Y como apéndice, tras la bibliografía de la obra, incluye el autor la referencia a los antecedentes del art. 117 LH, que son los arts. 97 del RH de 1870 y 188 RH de 1915, como textos legales que admiten la doctrina del abuso del derecho ya que dice que

hablan literalmente de abuso del derecho, más aún el primero que el segundo. Y aunque probablemente no fueron empleadas tales frases con propósito deliberado y definido de encerrar en ellas la doctrina que hemos estudiado, no puede dejarse de reconocer la importante significación que como alusión a ella poseen. (CALVO SOTELLO)¹²⁸.

¹²⁶ MONTÉS PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo. (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas, 1980, págs. 253.

¹²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. ob. cit., págs. 244 y 245.

¹²⁸ CALVO SOTELLO, J. *La doctrina del abuso del derecho, como limitación del derecho subjetivo*. Editorial Librería Suárez, Madrid, 1917, págs. 209 y 210.

Es interesante ver cómo en el momento de gestación doctrinal del abuso del derecho en nuestro sistema jurídico, se acudiera a la figura de la acción de devastación en nuestros primeros orígenes. Lo que no puede extrañar es que en la actualidad deba ser citado como límite natural de la propiedad, y más cuando el abuso del derecho ha encontrado su expresión en el derecho positivo en el art. 7.2 CC tras la reforma del título preliminar del Código Civil 1974.

También MARTÍN BERNAL¹²⁹ al enumerar una serie de preceptos legales anteriores a la Reforma del Título Preliminar en 1974 como «preceptos correctores de supuestos abusivos», añade como coletilla que «las citas podrían prolongarse si las referimos al Reglamento Hipotecario». En el mismo sentido cabe citar a otros autores, como DORAL Y GARCÍA DE PAZOS¹³⁰, a propósito de los arrendamientos gravosos; y MANZANO FERNÁNDEZ¹³¹, que incluye entre los preceptos que desde el Derecho positivo condenan el abuso del derecho, los arts. 117 LH y 219.2º RH.

El poder del propietario es pleno pero no absoluto y es el presupuesto o base de los demás derechos reales. El propietario tiene, a diferencia de los titulares de otros derechos, el poder de decidir el destino económico del bien. Cuando se dice que el poder de propietario es pleno se quiere decir que tiene el más amplio poder de goce sobre el objeto, y en este sentido también se diferencia de los demás derechos reales.

Como ya he expuesto, al tener el propietario las facultades más amplias que le concede su derecho, se ve limitado por los actos

¹²⁹ MARTÍN BERNAL, José M. y HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *El abuso del derecho: (exposición, descripción y valoración del mismo)*. Madrid: Montecorvo, 1982.

¹³⁰ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. 1966, ob. cit., págs. 309 y ss.

¹³¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M. *El uso de los inmuebles en el derecho civil moderno*, Madrid, 1999, pág. 77.

voluntarios que deterioren el bien y disminuyan la garantía hipotecaria. Pero no cualquier acto voluntario, sino aquel que sea abusivo o contravenga la función social de la propiedad, principio general del derecho consagrado en el texto constitucional en el art. 33.2: «*La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*».

El acto voluntario del propietario, en cuanto a la producción de un resultado lesivo es neutro, porque si pretende ser lesivo es doloso y si con el acto voluntario se omite la diligencia necesaria es culposo o negligente. También podría ser que sin pretensión de provocar un daño y sin desatender las exigencias de la diligencia, se produzca el mismo. Esto sucede cuando el dueño, sin pretender provocar un daño y sin descuidar sus obligaciones, decide modificar el destino económico del bien hipotecado, provocando de este modo una disminución de su valor.

DORAL, cuando analiza el término «*voluntad*» del literal de la norma, dice que se trata del

elemento esencial del acto, por lo que tan voluntarios son los *actos* dolosos como los culposos, añadiendo a continuación que «basta con que el dueño realice, con consciencia y libertad, un acto que ponga en peligro la seguridad de la garantía, independientemente de que dicho acto sea culposo o doloso, de buena o de mala fe. (DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1967)¹³².

El ejercicio del derecho del propietario viene limitado por la necesidad de conciliar los intereses individuales con los de la sociedad en general y en el caso que nos ocupa, también con el derecho real limitado que tiene el acreedor hipotecario sobre la cosa y que le permite reaccionar, frente al titular del bien que menoscaba su valor, dañando

¹³² DORAL, J.A., 1967, ob. cit., pág. 299.

de ese modo la garantía hipotecaria. Es por ello por lo que considero que las amplias facultades del propietario se ven limitadas, además de por la función social de la propiedad, también a través de los presupuestos de la teoría del abuso del derecho. El art. 117 LH, cuando se refiere a «voluntad del dueño», encuentra su fundamento en esta teoría.

Tras una evolución histórica ampliamente conocida, el abuso del derecho fue positivado en el art. 7.2 CC.

RODRIGUEZ ARIAS¹³³ dice que la teoría del abuso del derecho surge para llenar una necesidad en la vida del Derecho; necesidad que se había desarrollado al amparo de unas prerrogativas legales abusivas», y añade que «entre el orden jurídico y el principio de justicia no se daba la armonía que es menester; el propietario, mejor dicho, todo derecho subjetivo era actuado con arbitrariedad sin tenerse en cuenta para nada las repercusiones de este ejercicio abusivo en la vida de la sociedad. (RODRIGUEZ ARIAS, 1955).

La plasmación de la teoría del abuso del derecho en el art. 7.2 CC, no significa que se hayan abandonado por parte de los tribunales las específicas formulaciones de la teoría del abuso del derecho. Más bien la doctrina sostiene, sin afirmar que se trata de un precepto de naturaleza programática, que su carácter genérico deriva en una necesaria concreción por medio de criterios más específicos facilitados por la jurisprudencia.

En este sentido, DIEZ PICAZO Y GULLÓN¹³⁴ afirman que la concreción de los límites en el ejercicio de los derechos que cita el art.

¹³³ RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMENTE, L. El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 322-323, marzo-abril 1955, págs. 129.

¹³⁴ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, V.III, 7ª ed., pág. 460.

7.2 CC, debe ser obra de la jurisprudencia. Consideran como tales puntualizaciones, «los límites del propio derecho subjetivo que nazcan de su verdadero espíritu y finalidad, o de las exigencias de orden moral y social (Ss. de 14 de febrero de 1944, 24 de febrero y 21 de septiembre)». La jurisprudencia ha puesto de manifiesto otras especificaciones, a saber, el uso de un derecho subjetivo en apariencia legal, término mejor definido que la mención, un tanto incompleta, al «*acto u omisión*» del art. 7.2 CC. Sumada a la anterior, la ausencia de toda otra protección jurídica al interés dañado, repetido regularmente por la jurisprudencia, sin que el art. 7.2 CC recoja referencia alguna al respecto.

De todos modos, autores como CASTÁN VÁZQUEZ¹³⁵ llaman la atención del influjo del panorama jurisprudencial en el contenido del art. 7.2 CC desde el momento en el que destaca que:

las ideas, en efecto, que los autores, como hemos visto, iban madurando al estudiar y aplicar al Derecho español aquella teoría, fueron recogidas por los Tribunales hasta llegar a una consagración jurisprudencial de la misma, que a su vez sería básica para la ulterior consagración legislativa en el Título preliminar del Código civil. (CASTÁN VÁZQUEZ, 1977)

Con este pronunciamiento doctrinal se observa como el influjo entre doctrina y jurisprudencia es fundamental en este ámbito.

A pesar del carácter impreciso del art. 7.2 CC, del reflejo en el mismo de un concepto jurídico indeterminado y por tanto de su necesaria interpretación jurisprudencial para aplicarlo a cada situación en la que se lesiona la conciencia social, doy por sentado que el art. 117

¹³⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. El abuso del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil., En: *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, v. I, *Parte general*, AMN, Jaén, 1977, pág. 489.

LH encuentra su fundamento en esta doctrina porque limita el derecho subjetivo del propietario y lo armoniza, adecuándolo a los presupuestos de buena fe y convivencia social.

También la buena fe que regula el art. 7.1 CC cuando establece que «*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*», opera en el art. 117 LH como un atributo volitivo que debe existir en los actos del propietario. A este, en el ejercicio de sus facultades, se le exige una actitud acompañada de un contenido ético. Es por eso, por lo que cuando sus actos carecen de la misma, el acreedor puede reaccionar potenciando de este modo la máxima eficacia de su esfera de poder incidente sobre el bien hipotecado. Mientras se encuentra la obligación garantizada con hipoteca y pendiente de vencimiento, el propietario tiene vetados los actos que generen en el objeto una disminución de valor y, por tanto, una minoración de su eficacia como garantía real del crédito hipotecario.

En este sentido, la teoría del abuso del derecho surge como un mecanismo de tutela autocorrectivo. En la actualidad, si bien es cierto que la regulación jurídica se ha diversificado a un nivel de especialización muy específico, es complicado que el legislador prevea todo y que en nuestro caso, el propietario del bien hipotecado conozca y observe absolutamente todo el derecho positivo. La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, el derecho existe para ser cumplido y otra cosa muy distinta es que de mala fe se incumpla lo ordenado por el derecho positivo. En los términos del art. 117 LH, cuando el propietario tiene una conducta abusiva, puede que se esté adaptando a unas pautas fijadas por el ordenamiento jurídico y esa adecuación exista porque en el ejercicio de su derecho subjetivo, no esté realizando ningún acto expresamente prohibido. Ahora bien, el propietario, en ese acto voluntario, aunque no esté previsto en ninguna norma vigente, puede llegar a violentar el espíritu y finalidad de su derecho de

propiedad porque escape de los parámetros del contexto socio- ético en el que se desenvuelve.

Como digo, no siempre el legislador prevé todos los sucesos que pueden ocurrir en la vida real. Por tanto podemos definir el abuso del derecho, como todo aquel acto lícito que se realiza como ejercicio de un derecho subjetivo, de forma tal que vulnera los principios del derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social, pero que por un vacío normativo con las características anteriormente señaladas no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico, y en consecuencia, este será declarado como no lícito por el Juez y, asimismo, dictará las medidas correctivas pertinentes.

MARTÍN BERNAL¹³⁶ realiza una distinción entre el acto ilícito y abusivo. Para el autor,

el acto ilícito significa una violación al Derecho objetivo y un nexo de causación adecuada entre esa violación –imputable al responsable- y el daño emergente. El derecho ejercido abusivamente, por definición, requiere que el agente actúe dentro de los límites objetivos de la norma, pero desviando sus fines económicos y sociales, promedie o no culpa o dolo con ello, sea o no necesario este elemento subjetivo para «revelar» el abuso del Derecho. (MARTÍN BERNAL, 1982)

Los distintos tipos de hipoteca tienen un denominador común y es la ausencia de una norma que imponga un deber de conducta respecto a la conservación del bien. En nuestro caso, tampoco el art. 117 LH contiene un deber expreso de conservación o una prohibición de deteriorar el bien hipotecado. Por tanto, al no figurar entre los contenidos legalmente previstos, se cumple uno de los elementos

¹³⁶ MARTÍN BERNAL, J.M. ob. cit., pág. 247.

necesarios para apreciar la existencia del abuso y es la ausencia de protección jurídica para que exista abuso del derecho. Pienso que si el precepto contuviera una prohibición legal dirigida al propietario, afectaría a parte de sus facultades, y la hipoteca, como derecho real de garantía, tiene una sólida capacidad para generar un firme aseguramiento, sin limitar las facultades de titular del objeto.

Entonces si tal deber no existe en el art. 117 LH, ni surge a raíz de la misma por la relación que existe entre el acreedor hipotecario y el titular del bien hipotecado, el deber de conservar el bien hay que buscarlo en los límites que tiene el propietario en el ejercicio de su derecho subjetivo. Son los límites internos que no se encuentran regulados en normas jurídicas, pues simplemente se derivan del ejercicio de dicho derecho. Su vulneración supone un abuso, ya que atenta contra el espíritu, esencia y finalidad, que los valores sociales y morales imperantes en el ordenamiento jurídico, en el que se inserta su configuración, asignan al derecho en cuestión.

La mayoría de la jurisprudencia afirma expresamente que la teoría del abuso del derecho actúa como «remedio al perjuicio que se causa en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos» (STS 31 de marzo de 1981)¹³⁷.

También autores como GETE ALONSO Y CALERA¹³⁸ afirman que «cuando ya existe una particular protección jurídica, procede la aplicación preferente de ésta y no la del abuso del derecho que, aun

¹³⁷ (ROJ: STS 4917/1981). Otras sentencias que exigen la falta de protección específica a quien sufre el daño: STS 26 de julio de 2002 (ROJ: STS 5716/2002), STS 2 de julio de 2002 (ROJ: STS 4912/2002), STS 16 de mayo de 2001 y STS 20 de junio de 2011 (ROJ: STS4841/2011)

¹³⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C. Comentario al artículo 7. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, t. I, v. I, *artículos 1 a 7 del Código Civil*, 2^a ed., Madrid, 1992, pág. 924.

admitiéndolo como principio general, se considera como un último remedio».

El impedimento que tiene el titular del objeto hipotecado para extralimitarse en el ejercicio de sus facultades, halla su fundamento en la teoría del abuso del derecho y no en el vínculo jurídico-obligacional entre acreedor hipotecario y el sujeto que es titular del bien. Al disfrutar el propietario de las prerrogativas más amplias, se encuentra limitado no solo por actos dolosos y culposos, sino por los actos abusivos, que aun no siendo ilícitos contravienen la esencia del propio derecho subjetivo.

Insisto pues en que no se trata del incumplimiento de una obligación legalmente establecida sino de la vinculación que existe entre el propietario y el bien hipotecado y de los límites internos que se derivan del ejercicio de su derecho. Tampoco pienso que la prohibición del abuso del derecho inserta en la norma traiga como consecuencia la necesidad de hacer compatibles los derechos del acreedor hipotecario y del titular del objeto hipotecado que concurren sobre el mismo objeto, sino que este último se encuentra restringido por los límites internos del ejercicio de su derecho a los que me refería antes.

MARTÍN BERNAL¹³⁹ recurre al criterio de moralidad del acto al afirmar que «el uso de un derecho subjetivo dentro de sus límites se transformará en abuso cuando el mismo se ejercite en un sentido contrario a la moral» y añade que «la determinación de cuando un acto de uso de derecho subjetivo de finalidad egoísta que por su objeto, o por las circunstancias sobrepase los límites normales» y suponga un ataque a la moral, es una función que necesariamente ha de incumbir al órgano competente el que en cada caso sopesando los hechos y

¹³⁹ MARTÍN BERNAL, J.M. ob. cit., págs. 155 y ss.

adoptando criterios objetivos siempre, habrá de decidir sobre la moralidad o inmoralidad del acto. (MARTÍN BERNAL, 1982)

De este modo, el autor entiende que la moral desde el punto de vista de nuestros deberes para con los demás, es la que se aplica a la teoría del abuso del derecho.

Del mismo modo LLOPIS GINER¹⁴⁰ define la moral como un conjunto de reglas de comportamiento, en ocasiones fundadas en otro orden, que exige a la persona en cuanto a su dimensión individual y social y que procuran su perfeccionamiento. Y añade que las formas de vida de la sociedad son una plasmación de dichas reglas. El autor llama también la atención sobre la moral social y su reflejo en las normas de derecho positivo, cuando dice que con la reforma del Título Preliminar del Código Civil se aumentaron en número y en importancia la relación de los valores éticos con el Derecho, no solamente el art. 1.3, sino también el art. 3.2 sobre la equidad, o bien el art. 7.1 Y 2, sobre el ejercicio de los derechos y el abuso de derecho, lo que supuso un cambio en los principios inspiradores de nuestro Código, de pasar de una mentalidad liberal a una forma social, de la moral individual a la social.

Además se refiere a la moral como valor absoluto que determina lo que es lícito y por tanto se refiere así a dos acepciones del término lícito: un sentido objetivo o normativo, «en cuanto que lo lícito se encuentra determinado por unas normas, y éstas a su vez persiguen una finalidad que es la justicia, que valora y determina lo lícito jurídico», y un sentido subjetivo, que es el que en mi opinión resulta aplicable a la conducta del propietario en el ámbito de la norma del art. 117 LH, por cuanto lo

¹⁴⁰ LLOPIS GINER, J.M. La moral y el derecho, una relación doctrinal llevada al código civil. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, 1988, págs. 628 y ss.

lícito se refiere a una actuación del propietario que se puede calificar de permitida o prohibida.

Entonces, como digo, el abuso del derecho aparece como criterio informador de preceptos concretos en todos aquellos casos en los que resulta necesario arbitrar fórmulas correctoras de un eventual ejercicio abusivo. En este sentido cabe entender que el abuso funciona, utilizando las palabras de ATIENZA y RUIZ MANERO ¹⁴¹, como «mecanismo de autocorrección», en el caso en que el propietario del bien hipotecado, en el ejercicio de su derecho, se exceda de sus facultades objetivamente legítimas, convirtiéndose dicho ejercicio en abusivo. En el caso que nos ocupa, el propietario tendrá plena libertad de movimientos hasta que sus actos disminuyan el valor del bien, aun cuando no concurra en la conducta del dueño del bien hipotecado la intención de provocar un daño.

Si bien es cierto que todas las personas son libres y disponen de un conjunto de derechos subjetivos, ningún derecho subjetivo es ilimitado, los derechos tienen una serie de límites internos puesto que las prerrogativas que les conceden a su titular no son absolutas. De esta manera, los titulares de derechos subjetivos pueden actuar de la forma que mejor les parezca siempre y cuando no vayan más allá de los límites establecidos por el mismo ordenamiento jurídico que los declara libres, pues si los traspasaran se encontrarían en el campo de lo ilícito.

En nuestro caso, las facultades de uso y disfrute continúan con la hipoteca perteneciendo al propietario, aunque si su uso abusivo, disminuye el valor del bien, el art. 117 LH le advierte al propietario de que su uso en tal sentido no está autorizado y por tanto el acreedor podrá solicitar al Juez *«que le admita justificación sobre estos hechos; y*

¹⁴¹ ATIENZA Y RUIZ MANERO. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000, pág. 50.

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». Como se puede ver, el art. 117 LH permite al acreedor reaccionar ante el ejercicio del propietario que extravase los cánones del uso normal del derecho, teniendo en cuenta en esta limitación, para la aplicación de la norma, el interés del acreedor en la conservación del valor.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, se refieren, a modo de ejemplo, a los «actos del propietario que extravasan los límites normales de sus facultades dispositivas y de gestión de sus bienes, y que al asumir uno, varios o todos, de los de carácter inmueble, la condición de gravados con hipoteca, trascienden o pueden trascender en detrimento de la seguridad hipotecaria»¹⁴².

El propietario, con la constitución de la hipoteca, mantiene todas las facultades inherentes a su derecho, con lo que responde de una simple actuación voluntaria que disminuya el valor del bien dado en garantía. Como el propietario actúa bajo la legitimidad que le otorga su derecho de propiedad, es necesario extremar las cautelas, debiéndose ajustar sus actos a los límites generales de ejercicio de los derechos subjetivos. Estos límites se basan en la necesidad de armonizar los intereses individuales con los de la sociedad en general y además con los de los sujetos que puedan resultar afectados por el ejercicio del derecho del propietario. Por tanto, estos límites informan la conducta del titular dentro o fuera de una relación jurídica.

En cada derecho real, la libertad del titular es cualitativamente y cuantitativamente muy distinta. El propietario tiene prácticamente un poder absoluto sobre los bienes. Sin embargo, a modo de ejemplo, el

¹⁴² ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÀ i XIRGO *Derecho hipotecario*, t. VIII, 9ª ed., Barcelona: Bosch, 2009.

superficiario tiene una relativa autonomía y el usufructuario una posición de subordinación con respecto al nudo propietario.

Desde que se constituye el derecho de hipoteca, el propietario continúa teniendo todas las facultades sobre el objeto hipotecado, el uso normal del mismo aparece condicionado por la hipoteca y el deber que tiene de conservar el bien surge en virtud de la constricción que por ella sufre su dominio.

La presencia de la hipoteca no impide que el titular del objeto hipotecado conserve todas las facultades inherentes a su derecho pero si los actos realizados por el dueño o titular del bien gravado pueden repercutir desfavorablemente sobre el derecho de hipoteca, en este caso el legislador, frente a la extralimitación del deudor hipotecario, le concede al acreedor, la posibilidad de recurrir al juez para que arbitre medidas frente al propietario que se ha excedido. Cuando el acreedor acude al Juez, no lo hace para alegar el incumplimiento de una obligación por parte del deudor con respecto al acreedor, sino para alegar un abuso por parte del titular del objeto hipotecado en el ejercicio pacífico de su derecho subjetivo, extralimitación que podría provocar una disminución de la garantía hipotecaria.

Otro de los argumentos que favorece la inclusión de la teoría del abuso del derecho en la norma, lo constituye el empleo del término «abuso» que contiene el precepto cuando dice «*si después insistiere el propietario en el abuso*». Nos encontramos ante un abuso del derecho cuando el propietario, haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas, deteriora el bien inmueble provocando una disminución de su valor.

El deber de conservar surge como consecuencia de la prohibición del abuso en el ejercicio de los derechos y por tanto son de aplicación los presupuestos de la teoría que he venido analizando con anterioridad. Con esto, lo que se hace es dar cabida a la teoría del abuso del derecho en los límites de aplicación del sentido de la norma objeto de mi estudio,

considerando que el propietario, cuando deteriora con su actuación voluntaria el bien hipotecado, se extralimita en el ejercicio de su derecho de propiedad y caben por tanto los presupuestos de aplicación de esta teoría.

La doctrina del abuso del derecho, que sirve como criterio delimitador de la conducta del propietario y limita su voluntad, a la inversa debería servir para controlar posibles extralimitaciones del acreedor hipotecario en el ejercicio de sus facultades de conservación. Sin embargo, pienso que los pactos que se añaden a la escritura de constitución de la hipoteca no han hecho sino reforzar la tutela legalmente prevista en la norma del art. 117 LH.

Pero es que además, quizá es momento de plantearse si los acreedores hipotecarios también han actuado con abuso de derecho cuando las entidades de crédito han realizado «ab initio» las correspondientes tasaciones inmobiliarias, efectuando valoraciones sobre los bienes muy superiores a las del valor de los mismos, a efectos de posibles ejecuciones hipotecarias.

Como dije antes, el legislador ha pensado únicamente en el propietario, olvidándose de los derechos reales especiales que también pueden ser hipotecados. Pero es que también se está olvidando en el art. 117 LH la figura del acreedor hipotecario, pensando en que sea únicamente el deudor quien pueda malbaratar el valor de la finca hipotecada, en lugar de considerar que puede ser provocado por el acreedor, como consecuencia de una actuación – dolosa o culposa – del mismo, que puede consistir en realizar una tasación muy por encima del valor del bien, inflándola de manera descontrolada y provocando asimismo una vorágine de consumo, gasto y despilfarro que nos ha situado a todos muy por encima de la realidad. Entre otras medidas, como resultado de la actuación negligente de las entidades bancarias y a título de ejemplo se sitúan: la posibilidad de obtener liquidez a través

del ofrecimiento a sus clientes de productos bancarios sin discriminación sobre el tipo de ahorrador e inversor y los riesgos monetarios que estos pueden asumir, la solicitud de préstamos incontrolados al mercado interbancario, la concesión de hipotecas con una duración excesiva y una actitud compulsiva de conceder préstamos de forma temeraria, provocada por la competencia del sector y ocasionando que más adelante, los deudores dejen de pagar los préstamos hipotecarios y se genere asimismo una disminución en la demanda de viviendas y por tanto también de su valor.

Y digo que resulta llamativo cuanto menos que, en tiempos como los actuales, la disminución del valor de las fincas hipotecadas puede resultar, no ya de una acción dolosa o culposa por parte de los propietarios y posibles deudores hipotecarios, sino de una más que evidente actuación dolosa por parte de los acreedores hipotecarios. Y no nos olvidemos, que son estos acreedores hipotecarios, entidades de crédito, los que a priori realizan las correspondientes tasaciones inmobiliarias y dan a la finca sobre la que ha de constituirse el derecho real de garantía, una valoración que sirve para la determinación, no solamente del montante del crédito hipotecario, sino también del precio del inmueble a los efectos de posibles ejecuciones hipotecarias.

Si bien sobre esto volveré más adelante, creo que habría que considerar si el art. 117 LH podría trasladarse a las situaciones que han sido provocadas por la intervención de los acreedores hipotecarios y en ese caso arbitrar medidas para que deudores y acreedores hipotecarios pudieran llegar a ser considerados en una idéntica posición de igualdad.

Continuando con los límites de la «*voluntad del propietario*» en el ejercicio de su derecho, como apunté más arriba, la libre actuación del propietario no solo se encuentra limitada por la teoría del abuso del derecho sino también por la función social de la propiedad. La evolución

de la misma, provocada en los dos últimos siglos por los movimientos doctrinales y sociales, ha provocado lo que MONTÉS PENADÉS llama «templanza de la propiedad»¹⁴³.

El art. 33.2 CE proclama la función social de la propiedad como delimitadora de su contenido¹⁴⁴. Constituye un criterio básico que ha de utilizar el legislador para delimitar el contenido de los derechos (propiedad y herencia), reconocidos en el apartado anterior. La función social se orienta primordialmente a la realización de interés de la comunidad, siendo capaz de dirigir la voluntad del titular a la realización de fines supraindividuales¹⁴⁵.

El nuevo concepto de «función social» sustituye al tradicional de absoluto dominio, pues el derecho del propiedad deja de estar puesto exclusivamente al servicio de su titular, dejando paso a un enfoque público del goce y uso de los bienes que permite la intervención legislativa, tanto en el campo del dominio público como en el terreno de las relaciones patrimoniales jurídico-privadas.

El poder que se otorga al propietario del bien hipotecado entra en consonancia con las conveniencias de la comunidad, mediante limitaciones que se fundamentan en ese interés que representa la función social. La función social de la propiedad reconoce la correlación entre el fin individualista del propietario y el fin de la colectividad. La propiedad cumple una función social y hoy, como declara el Tribunal

¹⁴³ MONTÉS PENADES, V. L. *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo: (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, 1980, pág. 188.

¹⁴⁴ Resulta interesante el recorrido histórico que efectúa DE LOS MOZOS J.L.1993, ob. cit, pág. 111, donde analiza los antecedentes en la evolución de la propiedad, que han desembocado en el concepto de la función social.

¹⁴⁵ MONTÉS PENADÉS, V., ob. cit., pág. 185.

Constitucional en su sentencia de 26 de marzo de 1987¹⁴⁶, la función social de la propiedad es «parte integrante del derecho mismo».

Con la función social de la propiedad se pone el acento sobre la aptitud de los bienes para satisfacer las necesidades de la colectividad y no únicamente en las exigencias del propietario particular. Se ha hecho necesario coordinar las exigencias individuales y las del Estado. Así, la función social de la propiedad actúa como un criterio de valoración de las situaciones subjetivas en relación con los principios de solidaridad social o, si se quiere, de utilidad pública, de bienestar social y otros de los llamados «conceptos indeterminados» o «conceptos válvula».

Al aumentar en la crisis económica la necesidad social, se reduce ese núcleo del derecho individual. El derecho de propiedad es un derecho expuesto siempre a su sacrificio en aras de la utilidad pública o el interés social. En toda época histórica, ha existido la contraposición de diversos intereses, sin olvidar que en una época de crisis se acrecientan.

Por tanto, a modo de conclusión, la función social del derecho de propiedad y de los bienes sobre los que recae, es un criterio delimitador del contenido del derecho de la propiedad y al igual que el abuso del derecho, una directriz para el surgimiento de los deberes legales del propietario en relación al bien hipotecado.

III.5. DOLO Y CULPA

Si bien el propietario se encuentra limitado a través del abuso del derecho y la función social de la propiedad, que acotan su voluntad en el ámbito de la norma, también el dolo y la culpa atribuyen un contenido ético a su conducta, pudiendo el acreedor hipotecario reaccionar en virtud del art. 117 LH.

¹⁴⁶ España Tribunal Constitucional. (Pleno). Sentencia núm. 37/1987 de 26 marzo. RTC 1987\37.

Lo que sucede es que el precepto objeto de estudio, no se limita únicamente al propietario y, como ya comenté, considero que también se extiende a los titulares de derechos reales limitados que pueden hipotecar su derecho y por tanto perjudicarlo.

Sin embargo, con respecto a los titulares de derechos limitados, en el momento en que ya se encuentran limitados por el contenido de su propio derecho, su libertad en cuanto a las facultades que le concede el mismo no puede ser tan amplia, sometida únicamente a la voluntad, como en el caso del propietario, sino que el art. 117 LH le permitirá reaccionar al acreedor hipotecario únicamente cuando actúe el titular del derecho real limitado con dolo o culpa.

Sin ánimo de ahondar con excesivo rigor en los conceptos de dolo y culpa sobre los que existen numerosos estudios doctrinales, se hace necesario partir de un concepto de dolo y culpa que limita la libre actuación tanto del propietario (en cuanto a especificación de su voluntad) como de los titulares de los derechos reales limitados que hipotecan su derecho.

Reflexionar a continuación sobre los conceptos de dolo y culpa nos puede acercar a las distintas conductas subjetivas que tienen cabida en la norma. Para proceder al estudio de las mismas, me apoyaré en el tratamiento que se hace de la culpa y el dolo en el ámbito contractual, relativizando la separación de conceptos desde el ámbito contractual y extracontractual, ya que en nuestro Derecho se alude a una unidad sustancial de estos conceptos en los dos ámbitos. Así se puede ver como YZQUIERDO TOLSADA hace alusión a la conveniencia de dicho tratamiento único al estudiar la «teoría del concurso de normas», afirmando que

hay que hacer ver que la proliferación de los contratos de adhesión, contratos tipo, contratos normativos y tantas modernas formas de contratación que poco o nada se parecen al modelo romano (o sea,

al que los codificadores tenían presente) acercan considerablemente la esfera de la contratación al ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cuando los contratantes tienen ocasión de pactar, asumir sus riesgos conscientemente, *verse las caras*, en una palabra, la regulación por ellos querida desplazara a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar): en un contrato «a la romana» cada uno tiene el deudor que buscó y quiso, y el factor de atribución presentará matices que no presenta la responsabilidad extracontractual. Pero tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya solo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas. (YZQUIERDO TOLSADA, 1990)¹⁴⁷.

A pesar de los paralelismos en el ámbito de los incumplimientos contractuales, ya dije antes que en el seno de la norma del 117 LH cuando el titular de un derecho real limitado produce un deterioro en el bien hipotecado, no incumple una obligación que haya asumido con respecto al acreedor hipotecario, sino que se está extralimitando en las facultades que le otorga el contenido de su propio derecho. Y si este exceso se produce de forma intencional y a sabiendas del daño que provoca, no adoptando las medidas necesarias para evitarlo, estaremos ante un comportamiento doloso.

¹⁴⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, n° 603, pág. 489. También DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V.III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4ª ed., Madrid, 1993, pág. 869, afirma en este sentido que la responsabilidad que se da en el seno de las relaciones jurídicas de desenvolvimiento de derechos reales es «exista o no un contrato entre las partes», contractual, y añade que «se encuentran en este caso el incumplimiento de específicos deberes de prestación insertos en la relación interna entre los titulares de derechos reales y el ejercicio abusivo o con extralimitación del derecho real de uno frente al derecho real de otro».

Afirma MORENO QUESADA ¹⁴⁸ que el dolo consiste en una «conducta intencionalmente lesiva del derecho ajeno, en el *animus alteri nocendi*: el resultado, pues, ha de ser querido». Por tanto, para el autor, en el ámbito de la norma del 117 LH, existirá dolo en la conducta del propietario cuando conscientemente actúe produciendo un menoscabo en el inmueble hipotecado. Es decir, el propietario o titular del derecho real limitado, tiene conocimiento del deterioro o lesión en el bien inmueble que su modo de actuar puede provocar y aun sabiéndolo permanece impasible, es más, quiere actuar de ese modo para dañar la garantía hipotecaria.

CARPI MARTÍN¹⁴⁹ sostiene que es esta una opción conceptual un tanto restrictiva, que en el ámbito general del incumplimiento ha dejado paso a la noción que exige voluntariedad del acto lesivo y no tanto del daño en sí, sobre cuyo posible acaecimiento basta tener consciencia.

Yo coincido con la doctrina civilista en que en el ámbito contractual se exige la concurrencia del elemento cognoscitivo del daño que puede llegar a producirse por la actuación del propietario pero sin el ánimo de perjudicar al acreedor. En este sentido PUIG BRUTAU¹⁵⁰, reproduciendo las palabras de DIEZ PICAZO, coincide con el autor en que «en el concepto de dolo civil deben incluirse no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuanto aquellos en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo».

¹⁴⁸ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., pág. 347.

¹⁴⁹ CARPI MARTIN, R. ob. cit., pág. 200.

¹⁵⁰ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, t.I, v.II, *Derecho general de las obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, 1988, pág. 433.

También CASTÁN TOBEÑAS¹⁵¹ admite que el dolo es «la acción u omisión que, con conciencia y *voluntad* de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación» y añade que «el dolo presupone un elemento *intelectual* (conciencia) y un elemento *volitivo* (voluntad de violar el derecho de crédito); más no requiere la intención de perjudicar al acreedor». En el ámbito de la norma del 117 LH pienso que aunque no es necesario que concurra la intención de perjudicar al acreedor, sí que lo es el ánimo de perjudicar la garantía hipotecaria y producir por tanto una disminución de su valor.

LACRUZ BERDEJO¹⁵², en el ámbito extracontractual, afirma que «el dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos».

En cuanto a la culpa, el art. 1104 CC expresa lo siguiente: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Como dice el literal de la norma, hay que revisar las circunstancias concretas del hecho lesivo y del sujeto actuante, además de las

¹⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 16ª ed., Madrid, 1992, pág. 253.

¹⁵² LACRUZ BERDEJO, J.L. Régimen de la responsabilidad por hecho propio. En: *Elementos de Derecho Civil II*, v.1º, *Parte General. Delito y Cuasidelito*, de LACRUZ BERDEJO *et. al.* Barcelona, 1985, reimp. 1990, pág. 505.

características de la obligación incumplida. En el ámbito del 117 LH, partiendo del nivel medio de diligencia que determina el modelo del buen padre de familia habría que revisar si en su conducta, el causante del perjuicio en el bien, propietario o titular del derecho real limitado, ha mantenido la atención que desde un punto de vista objetivo se considera suficiente para la conservación.

A diferencia de los derechos reales limitados, en los que se posee el bien inmueble a consecuencia de un determinado vínculo jurídico previo y donde el sujeto que está obligado a velar por la conservación del bien no es propietario, el propietario del bien hipotecado puede realizar actos dispositivos sobre la cosa sin incurrir en responsabilidad y únicamente tiene el deber de conservar el bien con la finalidad de que no disminuya de valor, limitada únicamente su voluntad, como expliqué antes, a través del abuso del derecho y la función social de la propiedad. Recordemos que a diferencia del propietario, los titulares de derechos reales limitados no tienen poder de incidir en la sustancia, forma y destino del bien, facultad que sí ostenta el propietario.

En este sentido, en lo que se refiere al derecho de usufructo, MALUQUER DE MOTES ¹⁵³ dice que el usufructuario, al estar en presencia de cosa ajena, tiene que conservar su sustancia para devolver al final del derecho esa propia cosa ajena a su dueño, obligación establecida al amparo del art. 467 CC, *de «conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa»*.

Para el autor, sustancia e identidad tienen el mismo significado y usar la cosa es percibir la utilidad de la identidad sin destruir esta última.

¹⁵³ MALUQUER DE MOTES, CARLOS J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Madrid, 1992, pág. 29.

Aunque también añade el autor que esa actividad del usufructuario respecto de la cosa no necesariamente debe entenderse en un sentido totalmente estático porque aunque debe mantenerse la sustancia, que es sinónimo de identidad, esa permanencia no impide una actitud de mejora cuantitativa en cuanto al cuidado y cultivo por ejemplo de los propios árboles pero no puede alterar esa identidad, transformando esa cosa en otra o alterándola de algún modo.

Con respecto a la misma institución de usufructo, el art. 487 CC contempla la posibilidad que tiene el usufructuario de realizar cualquier actividad que pueda mejorar los bienes objeto del usufructo, aunque limite esa actividad a que en ningún momento pueda alterar la «forma» de esos bienes. También, el art. 489 CC también contempla el respeto a la «forma» y sustancia de los bienes pero desde el prisma del nudo propietario, con la obligación de no alterar la forma de los bienes por cuanto podría llegar a comportar un perjuicio al derecho de usufructuario.

Estos dos principios constituyen la manifestación del principio romano «salva rerum substantia».

La referencia a la «forma» en los distintos arts. del Código Civil significa que la actividad que se realice con respecto a la cosa no atente contra su estado, condiciones y características de la misma, comprendiéndose con ello, no solo el aspecto material de la propia cosa, sino también abarcando su estado o situación jurídica. La actividad que se realice puede afectar tanto a su estado material como a su estado jurídico pero en uno y en otro caso se afecta a la integridad de la cosa y a la «forma» de la misma¹⁵⁴.

¹⁵⁴ MALUQUER DE MOTES, CARLOS J., ob. cit., pág. 117.

Por último, en cuanto al destino, este significa para el autor citado la utilidad que se perciba de las cosas, por lo que se puede modificar el destino sin que se destruya la cosa y sin que se pierda la utilidad¹⁵⁵. Pero el destino es facultad exclusiva del propietario porque el titular de un derecho de uso, como puede ser el usufructuario, tiene que respetar el destino establecido por el propietario. No cabe duda de que el propietario obtiene la utilidad de la cosa de la manera que le plazca y en la obtención de esa utilidad no tiene límite excepto por el límite genérico del propio precepto (art. 348 CC) o por la función social de la propiedad a la que ya hicimos referencia con anterioridad.

Pero tanto el propietario como el titular del derecho de usufructo, superficiario, etc., ostentan las facultades que le competen como tal y podrá suceder que en el ejercicio de las mismas, realicen actos que disminuyan el valor del inmueble o derecho hipotecado sin que esos actos tengan encaje sin más en lo que podría considerarse un comportamiento descuidado. La coherencia impone que si se le exige un nivel de diligencia media adecuado a la concreta situación, no puede al mismo tiempo pretenderse que, con fundamento en la culpa, eso incluya toda actuación ocasionadora de disminución de valor, que por ejercicio de su derecho le compete, pues no es entonces la causa de atribuir el deterioro a la culpa sino a la actuación voluntaria sin más, y esto ocurre únicamente en el caso del propietario cuando con su actuación voluntaria comete un abuso del derecho¹⁵⁶.

La mención de la culpa en el art. 117 LH, como elemento subjetivo diferenciado de la voluntad, autoriza a pensar que ante aquellos

¹⁵⁵ MALUQUER DE MOTES, CARLOS J., ob. cit., pág. 169.

¹⁵⁶ CARPI MARTIN, R. ob. cit., pág. 211. La autora únicamente se refiere al dueño de lo hipotecado pero me parece que es extrapolable a los deterioros provocados por los titulares de derechos reales limitados en el ejercicio de su derecho.

acontecimientos no derivados directamente de la voluntad que, de acuerdo con el nivel de diligencia que le es exigible al titular del derecho real, pudieron ser previstos y, a consecuencia de su previsión, evitados, responderá tanto el propietario como los titulares de los derechos reales limitados por los deterioros generados, en clara armonía con lo que en sede de obligaciones prevé el art. 1.105 CC. Por ello, bastará con aclarar si el titular, de acuerdo con la diligencia que le es exigible, ha podido prever dicha eventualidad y, una vez prevista y también conforme a su deber de diligencia, podía evitar sus consecuencias.

Por otra parte, frente a los daños acontecidos mediante hechos imprevisibles o inevitables, por omitir las reparaciones posteriores a los mismos, nada autoriza, en armonía con el art. 1.105 CC, a atribuirle al propietario del bien o al titular del derecho real limitado, los daños directamente acontecidos mediante hechos imprevisibles o inevitables por omitir las reparaciones posteriores a los mismos.

Cuestión distinta es que, a consecuencia de la falta de reparaciones, se incremente el nivel de deterioro y por ello decrezca el valor del bien o derecho hipotecado. Aunque en este caso existirá responsabilidad por culpa por parte del propietario o titular del derecho real limitado cuando la falta de reparación pueda ser calificada como negligente, de acuerdo a su nivel de diligencia, atendidas las circunstancias en que se desenvuelve su actuación.

III.6. CASO FORTUITO

Sin entrar en discusiones bizantinas sobre el concepto de caso fortuito, dice CASTÁN TOBEÑAS¹⁵⁷ que el caso fortuito tiene como su aplicación más importante la de ser la «causa de irresponsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones». En este sentido expone el autor que,

¹⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. 1992, ob. cit., págs. 255 y ss.

a través de una fórmula negativa, se puede definir como aquel accidente que no es imputable al deudor y que impide el exacto cumplimiento de la obligación o de forma más positiva, al amparo del art. 1105 de nuestro CC (*«fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*), también se puede definir como el acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto, o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación.

ALBALADEJO ¹⁵⁸ sostiene que la fórmula positiva es menos afortunada, pues considera que puede inducir a error hablar sin más de suceso imprevisible o, previsto pero inevitable, cuando realmente estos términos no significan que haya culpa del deudor siempre que el suceso fuese objetivamente evitable, sino que significan solo que la hay en aquellos supuestos en que usando la diligencia requerida por las circunstancias, se habría evitado el hecho que impide el cumplimiento exacto. Lo que supone que, para juzgar la no viabilidad, hay que recurrir a examinar si el deudor obró o no diligentemente. Con lo que se vuelve en definitiva a tener que considerar como no procedente de caso fortuito el incumplimiento debido a culpa (falta de diligencia debida), y como procedente de caso fortuito, y no de culpa, el incumplimiento debido lo mismo a algo inevitable que a algo objetivamente evitable, pero que no haya sido evitado porque para su evitación hubiera hecho falta una diligencia que estaba más allá de la exigida por las circunstancias.

CASTÁN TOBEÑAS¹⁵⁹, sin embargo, sostiene que el Código español está influido por la concepción tradicional, pero en realidad no adopta

¹⁵⁸ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. v.2 Derecho de obligaciones*, 11ª ed. Barcelona: José María Bosch, 2002, pág. 180.

¹⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. 1992, ob. cit., pág. 256.

un criterio muy claro frente al concepto de que se trata. El art. 1105 CC responde a la tesis positiva pero los arts. 1122 y 1147 del CC parece que obedecen a la tesis negativa. A continuación hace mención a los requisitos para que tenga lugar el caso fortuito:

1. Que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y por tanto no imputable al mismo. Pero esto no quiere decir que el hecho constitutivo del caso fortuito haya de ser ajeno en absoluto a la persona y actividad del obligado, pues el art. 1105 CC solo exige que se trate de sucesos que no hubieran podido preverse o que si se hubieran previstos, fueran inevitables.
2. Que el acontecimiento se imprevisto o previsto pero inevitable, bastando que tenga alguno de estos dos caracteres. Y señala el autor que la posibilidad de la previsión deberá apreciarse en cada caso concreto según las circunstancias, pues tiene que ver con los medios del deudor y con el grado de diligencia que hubiera de prestar.
3. Que dicho acontecimiento imposibilite al deudor para el cumplimiento de su obligación.
4. Que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento de la obligación y el consiguiente daño exista un vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación, como factor apreciable, la actividad dolosa o culposa el deudor.

En cuanto a la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, el mismo autor se suma a las distinciones que establece la doctrina más moderna pero la más importante a nuestros efectos, es la que menciona acerca de que la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor es irrelevante por no estar recogida en el Código Civil y porque ambos fenómenos producen la liberación del deudor.

En el ámbito de la acción de devastación, se hace ineludible mencionar el tema del caso fortuito y fuerza mayor por haber sido motivo de estudio por la doctrina la inclusión o no de los mismos en el art. 117 LH. En estos casos se produce una disminución del valor de la vivienda sin intervención directa de cualquiera de los sujetos pasivos de la hipoteca.

Hasta ahora, en el estudio que he hecho del art. 117 LH, he hecho hincapié en cómo es necesario que exista un nexo de causalidad entre la conducta del propietario y el deterioro que disminuye la garantía. Además, en la trayectoria histórica del precepto, se pudo ver que la conducta consciente del propietario, a diferencia de otros ordenamientos, es presupuesto necesario para el ejercicio de la acción de devastación. Únicamente el fundamento subjetivo desaparece en el Proyecto de 1851, donde el art. 1796 contemplaba dos supuestos con consecuencias diversas, tanto el deterioro provocado por el deudor como el que viene originado por causas ajenas por el mismo (*«Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago aunque no hubiese vencido el plazo estipulado, a no ser que el mismo acreedor prefiera que se amplíe la hipoteca. Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá este renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y solo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo»*).

Y en este sentido se podía ver la influencia del Código francés (art. 2131) con la inclusión del caso fortuito, que en la Ley Hipotecaria de 1861 sería nuevamente omitido.

Aunque el art. 1796 del Código civil de 1851 distinguía la imputabilidad o no del deudor, lo cierto es que habla del deudor y no del propietario y las facultades del acreedor varían en función de los casos. Cuando el propietario del bien es el deudor se le pueden exigir

las nuevas garantías, ya que estas se constituyeron en beneficio de su crédito; no así cuando es un fiador real que ha actuado diligentemente en el cuidado de la cosa y que por circunstancias inevitables se ha destruido.

También en los antecedentes históricos del art. 117 LH, cité el art. 97 del RH de 1870, cuya dicción literal era la siguiente: «*cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño*». El art. extendía el supuesto contemplado en el art. a casos en que el deterioro se hubiese producido por caso fortuito o hecho de tercero, y que ahora están excluidos del mismo. Una simple coma desviaba del deterioro a la disminución de valor el presupuesto de la voluntariedad. La redacción actual mantiene entre comas la expresión disminución de valor («cuando la finca hipotecada se deteriore, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad de dueño»)¹⁶⁰.

Haciendo una interpretación literal del art. 117 LH, debe excluirse el caso fortuito y la fuerza mayor por cuanto se trata de un precepto con carácter sancionador y el caso fortuito y la fuerza mayor operan a través del número 3 del art. 1129.3º CC, que dice que el deudor perderá todo el derecho a utilizar el plazo cuando «*por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*».

Este último precepto tiene una mayor amplitud que la de sus antecedentes que acabo de mencionar. Esta mayor amplitud se manifiesta según MORENO QUESADA¹⁶¹ en que no se limita a la destrucción o pérdida de la cosa, sino a la desaparición de las garantías

¹⁶⁰ ANGUITA RIOS, R. M^a. Algunas reflexiones sobre la acción de devastación. En: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* / J. M. González Porrás, E. P. Méndez González (Coords.). Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, págs. 316 y 317.

¹⁶¹ MORENO QUESADA, 1971, ob. cit., págs. 448 y 449.

y en cuanto que se aplica no solo a la garantía hipotecaria, sino también a cualquiera otra de las anteriormente establecidas, sea de carácter real o personal.

Continúa diciendo el mismo autor que el precepto supone un reconocimiento de que debe prevalecer la seguridad del crédito por cuanto obliga al deudor a sustituir las garantías extinguidas por otras nuevas e igualmente seguras y en el caso de que no lo haga, procederá la exigibilidad inmediata del crédito desgarantizado. Esta opción que se le ofrece al deudor es una compensación por la atribución de los efectos del caso fortuito.

Además MORENO QUESADA advierte que cuando se trate de caso fortuito será necesaria la desaparición de las garantías y no una simple disminución de las mismas, cualquiera que sea la manera que afecte al patrimonio del autor y siempre que de ella no resulte la insolvencia del mismo porque esto último daría lugar a la aplicación del número 1 del mismo art. 1129.3° CC que dice que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando *«después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda»*¹⁶².

La expresión *«actos propios»* del 1129.3° CC, abarca toda actuación del deudor, positiva o negativa, culposa o no, que produzca el resultado de disminuir las garantías. El fundamento general se encuentra en la seguridad del crédito y prueba de ello es que el deudor responda, aunque en términos de mayor levedad, cuando la desaparición de las garantías se produzca por caso fortuito, si bien cuando la disminución es por actos propios del deudor hay un principio de sanción para el deudor.

¹⁶² MORENO QUESADA, 1971, ob. cit., pág. 449.

Sin embargo, en el art. 117 LH, ha de excluirse todo hecho que no proceda de la voluntad del sujeto, sea esta pura o bien dolosa o negligente. Es interesante resaltar cómo el art. 117 LH pierde eficacia al no incluir ambos supuestos (caso fortuito y fuerza mayor), ya que podría ser uno de los casos más habituales, causante de la disminución de la finca hipotecada. Piénsese en casos como inundaciones, incendios o cualquier otro tipo de devastación no provocado por la mano de cualquiera de los poseedores de la finca.

Sobre esta cuestión, dice MORENO QUESADA¹⁶³ que «la omisión de las reparaciones después de deteriorada la finca, incluso por hecho no atribuible al propietario (por ejemplo, inundación), dará lugar al supuesto» (se refiere el autor a la aplicación del art. 117 LH). Sin embargo, en mi opinión, por el nexo de causalidad que debe existir entre el comportamiento del propietario y el resultado lesivo, considero que no se le deben atribuir los daños producidos mediante hechos imprevisibles o inevitables por no llevar a cabo con posterioridad las reparaciones necesarias.

Por tanto el caso fortuito tiene lugar en los supuestos contemplados en el art. 1129.3° CC pero no en el art. 117 LH y ello porque el caso fortuito se aplica en sede de obligaciones. Si se vence el crédito al amparo del art. 1129.3° CC, el vencimiento lleva consigo la posibilidad de ejecutar la hipoteca pero no se aplica el art. 117 LH previsto para la fase de seguridad de la hipoteca.

También sabemos que los bienes hipotecados aparecen obligatoriamente asegurados para el caso en que se produzca un siniestro que haga desaparecer o disminuir la garantía del crédito.

¹⁶³ MORENO QUESADA, 1969, ob. cit., pág. 567.

El acreedor hipotecario, para asegurar la permanencia de su garantía, suele condicionar la concesión del préstamo hipotecario a la aceptación por el deudor de distintas condiciones del seguro de la finca hipotecada, cuyo incumplimiento suele estar establecido en el contrato de hipoteca como causa de vencimiento anticipado del crédito, cláusula esta sobre la que se discute su acceso o no al Registro de la Propiedad, y, por tanto, su carácter real y efectividad *erga omnes*.¹⁶⁴

En España no existe una obligación legal impuesta al deudor hipotecario de asegurar los bienes hipotecados. Solo la obligación de contratar un seguro en los términos que señala la normativa especial del mercado hipotecario¹⁶⁵ es una carga que se impone a las entidades de crédito para fortalecer la garantía a la emisión de valores hipotecarios, y no una obligación impuesta al deudor hipotecario. Lo que sucede es que por vía contractual, el acreedor, impone un contenido del contrato de seguro a su deudor hipotecario que se corresponde con los requisitos que estipula dicha normativa.

La Ley 50/1980, de Contrato de Seguro no impone la obligación de contratar un seguro contra daños en la finca hipotecada y esa falta de obligación legal de asegurar los bienes se suple contractualmente en el contrato de hipoteca, donde el acreedor hipotecario condiciona la

¹⁶⁴ VARGAS VASSEROT, 2003, ob. cit., pág. 190.

¹⁶⁵ La Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario (LRMH), con carácter sectorial para las hipotecas objeto de su regulación, establece la obligatoriedad del seguro contra daños en el art. 8: «Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen». Este precepto ha sido desarrollado reglamentariamente por el art. 30 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que en su apartado primero declara que «los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado excluidos los elementos no asegurables por naturaleza», continuando con ciertas obligaciones para el tomador del seguro y el asegurador.

El Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, modificó parcialmente este artículo, sustituyendo la expresión «*garantía hipotecaria*» del artículo original por la de «hipoteca» que aparece en el texto transcrito y añadió la exclusión de «los elementos no asegurables por naturaleza»

concesión del crédito al aseguramiento y conservación del seguro de los bienes hipotecados. Es decir, en ocasiones la obligación de contratar un seguro contra daños no se exige en la escritura de préstamo hipotecario, sino que se establece como condición previa a su formalización, o al menos a la entrega del importe del crédito concedido, la presentación por parte del deudor de la póliza del seguro o un documento que acredite la existencia del mismo.

En cualquier caso, el legislador podría haber utilizado el art. 117 LH como medio para que el Juez pudiera ajustar los efectos causantes de la disminución de la finca, dándole amplias facultades al acreedor para tenerlos en cuenta y facilitar la posición y defensa del deudor frente a su acreedor, ya que este último si bien ve disminuida su garantía, no lo ha sido por voluntad de su deudor.

Como se puede ver, la sanción del 1129.3º CC de vencimiento anticipado del crédito es más grave que la del 117 LH. La diferencia está en que mientras el 117 LH actúa como medida cautelar en la fase de seguridad de la hipoteca, el 1129.3º CC actúa como inicio de la fase de ejecución de la misma.

En este último caso, el deudor se ve abocado al vencimiento del crédito y con el mismo, a la ejecución de la hipoteca que acompaña a su crédito, salvo que pudiera restablecer las garantías disminuidas. Esto nos lleva a afirmar que el art. 117 LH podría estar incluido en el art. 1129.3º CC y paso a exponer a continuación el motivo de tal aseveración.

Los pactos son normas jurídicas entre las partes. El aforismo latino *pacta sunt servanda* («lo pactado obliga») es una regla jurídica que establece que los contratos deben ser cumplidos por las partes contratantes en sus propios términos, lo que significa que las partes tienen que atenerse a la letra del contrato.

El Código civil ha recogido esta regla de efecto vinculante de los contratos en su art. 1091 CC, cuando establece que *«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»* para lo que debe considerarse en virtud del art. 1254 CC que *«el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»*.

El ordenamiento jurídico le otorga a los contratantes un poder para que, en ejercicio de su autonomía privada, puedan estipular las cláusulas, condiciones o pactos e incorporarlos a los contratos que celebran. Además la obligatoriedad de lo firmado entre las partes tiene un soporte constitucional en el art. 10 de la CE que reconoce el principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad y en el art. 38 también de la Carta Magna, que se refiere a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ambos preceptos justifican el reconocimiento de la libertad de la iniciativa privada en la actividad económica y la libertad de los individuos para actuar como sujetos que celebran contratos validos exigibles.

Cuando se incumple lo estipulado en el contrato de préstamo hipotecario se acude al art. 1129.3º del CC. Sin embargo, el fundamento legal del art. 117 LH lo hemos basado en la doctrina del abuso del derecho. También es cierto que los contratos tienen unos límites intrínsecos que esencialmente se centran en el ejercicio antisocial o en el abuso del derecho contemplado también en el art. 7 del CC.

El art. 117 LH sirve para cuando no existe un pacto entre las partes y por tanto se aplica la doctrina del abuso del derecho. Pero además, cuando haya o no pacto entre las partes, también se puede aplicar el art. 7 CC. Lo que querría exponer con esto es que dentro del art. 1129 del CC podría estar el art. 117 LH. Específicamente este

último precepto se aplica para la hipoteca y el art. 1129 del CC sirve para las obligaciones y ya hemos mencionado en más de una ocasión que la hipoteca es accesoria al crédito. Ya lo dice BLASCO GASCÓ¹⁶⁶ cuando afirma que «accesoriedad significa esencialmente subordinación de la hipoteca al crédito, cuyas vicisitudes le afectan y cuya suerte igualmente corre».

Dado que el art. 117 LH no determina las medidas que puede aplicar el Juez, es más, en virtud de este precepto no se estipula que se venza el contrato, es ahí donde pienso que dentro del art. 1129 CC podría estar el art. 117 LH en cuanto existe una garantía hipotecaria para garantizar el crédito.

Si la hipoteca sigue al crédito, lo primero que se hace es vencer el crédito y después hay que ejecutarlo. Por tanto el deudor, en el caso fortuito, está en peor situación en el art. 117 de la ley hipotecaria. Lo que ha sucedido es que no se han armonizado ambos preceptos porque la sanción es más gravosa para el deudor.

En el crédito hipotecario, la garantía opera como un elemento decisivo en la constitución de la relación obligatoria. Es así que habría que mantener la situación que llevó a su conclusión, pese a que la alteración de estas circunstancias no se hubiese debido al propietario.

Por tanto, estoy de acuerdo en la armonización de los preceptos para incluir en el art. 117 LH el caso fortuito pero no estoy de acuerdo en lo que dice ANGUITA RIOS¹⁶⁷, indicando que si se incluyera en la acción de devastación el caso fortuito, no sería necesaria la imposición de un seguro porque el acreedor estaría legitimado para ejercitar la acción de devastación ante las eventualidades que cubre el seguro de

¹⁶⁶ BLASCO GASCÓ, Francisco de P., 2008, ob. cit., pág. 3.

¹⁶⁷ ANGUITA RIOS, 2004, ob. cit., pág. 316

incendios y la pérdida de la cosa sin culpa del propietario. Dice la autora que en estos casos en los que no existiese seguro, aligerando las cargas que pesan sobre el deudor, el acreedor preferiría nuevas garantías igualmente seguras, en virtud del art. 1129 del CC, antes que el vencimiento anticipado, porque carecería de bien sobre el que ejecutar el crédito. Por la posibilidad de acceder inmediatamente al líquido de la obligación garantizada, el seguro mantiene sus ventajas para el acreedor pero si dentro de la acción de devastación incluimos el caso fortuito, se podría mantener la vigencia del crédito si a la entidad acreedora le interesase continuar con las nuevas garantías prestadas y no tener que acudir obligatoriamente al rescate del capital pendiente.

No olvidemos, dice la autora, que para las entidades de crédito los préstamos hipotecarios son una forma de inversión calculada sobre un plazo y comenta a continuación que la razón primordial para incluir los deterioros no imputables al propietario dentro de la acción de devastación está en mantener el legítimo interés de cobro del acreedor, tal y como originariamente se pensó¹⁶⁸.

Lo que sucede es que considero que en un momento de crisis como el actual, es más complejo que el deudor pueda sustituir las garantías por otras, con lo que veo conveniente no eliminar la posibilidad de contratar un seguro y mantener las dos vías para no vencer el contrato y poder aplicar el art. 117 LH como medida cautelar para los supuestos en los que tenga lugar el caso fortuito o fuerza mayor.

Para concluir lo relativo a este tema, pienso por tanto que sería conveniente una modificación del art. 117 LH, incluyendo el caso fortuito y la fuerza mayor al igual que se realiza en el Código civil francés, pero solo a los efectos de que el Juez pueda valorar los daños que operan sobre la garantía y aplicar las medidas correspondientes.

¹⁶⁸ ANGUIA RIOS, 2004, ob. cit., pág. 316.

Es cierto, como dice ANGUIA RIOS¹⁶⁹, que si se incluyera en el art. 117 LH la posibilidad de aplicarse al caso fortuito, se tendría que considerar que el 117 LH habla de propietario y el propietario puede ser tanto el propio deudor como el hipotecante no deudor o tercer poseedor, pues de lo que se trata es de mantener el valor del bien que está en manos de su titular o del que tenga un derecho de goce sobre el mismo.

Reflexiona la misma autora que el acreedor debe tener derecho a reclamar, siempre que ese menoscabo, por su naturaleza o cuantía, pueda llegar a convertir la hipoteca en insuficiente para responder del pago de la deuda. La facultad para exigir la sustitución de las garantías mientras está pendiente la obligación se apoya en el mantenimiento de la situación inicial, cuya garantía, por regla general, fue determinante para la conclusión del negocio jurídico¹⁷⁰.

¹⁶⁹ ANGUIA RIOS, 2004, ob. cit., pág. 316.

¹⁷⁰ Vid., pág. 317.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN

IV.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La doctrina discute los presupuestos para el ejercicio de la acción de devastación y ya tuve oportunidad de analizar en el apartado anterior los «ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN», que conforman uno de los tres requisitos para la aplicación del art. 117 LH, y que resumiéndolos, son básicamente tres, si bien la doctrina discute la extensión de los mismos: dolo, culpa o voluntad del dueño, deterioro de la finca y disminución de su valor. Una vez estudiados los elementos subjetivos, voy a ocuparme a continuación de los elementos objetivos.

Mi intención es centrarme en las cuestiones que suscita el presupuesto del deterioro de la finca, pues plantea dos temas que han sido discutidos por diversos autores y que corresponde que se incluya en este trabajo el examen que ha hecho la doctrina sobre el tipo de deterioro que puede sufrir el bien inmueble y que daría lugar al ejercicio por parte del acreedor hipotecario de la acción regulada en el art. 117 LH.

Por consiguiente, abordaré el análisis de la cuestión examinando qué tipo de deterioro se tiene que producir en la finca para que el acreedor tema por la insuficiencia de la garantía establecida. Me refiero a si exclusivamente el acreedor hipotecario puede reaccionar ante un deterioro temido o únicamente consumado y si necesariamente tiene que ser material o pueden tener cabida en el alcance de la norma distintos tipos de deterioros jurídicos.

Dice DORAL con respecto a la acción de devastación que el nombre con que se califica a esta acción parece proceder del Derecho inglés. A

través del *devastavit* se tutela en el ordenamiento anglosajón la suerte de los bienes sucesorios ante los poderes que el «personal representativo» tiene para cumplir la misión de administración como representante del difunto; poderes casi omnímodos ya que solo tienen, por una parte, los límites que impone la ulterior liquidación de la empresa y división del caudal y de otra parte el prudente uso de dichos bienes durante su gestión que es lo tutelado de modo particular por el *devastavit*» (DORAL, 1966)¹⁷¹.

El art. 117 LH habla de deterioro y si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua, el significado del término se define como:

(De *deteriorar*).

1. m. Acción y efecto de deteriorar o deteriorarse.

deteriorar

Del lat. *deteriorāre*.

1. tr. Hacer que algo o alguien pase a un peor estado o condición.

2. prnl. Dicho de una cosa o de una persona: Pasar a un peor estado o condición.

Como medida cautelar dirigida a la conservación del valor y la sustancia de las cosas dadas en garantía, es importante determinar los tipos de deterioro que son capaces de mermar la sustancia, rentabilidad y destino de la cosa gravada porque de todos estos factores depende el valor a obtener en la ejecución forzosa y antes de que se desencadene la ejecución, puede ponerse remedio a los quebrantos o deterioros que se ocasionen en la finca, arbitrando medidas de protección en orden al

¹⁷¹ DORAL Y GARCIA PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 284 Y 285 y PETIJEAN, H. *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Etude de droit comparé et de droit international privé*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, pág. 95 y ss.

interés que tiene en aquella el acreedor hipotecario¹⁷². En definitiva, los actos de disfrute y dispositivos, tanto materiales y jurídicos que puede realizar el propietario o titular de un derecho real hipotecado sobre el bien hipotecado, pueden convertirse en deterioros provocados por una conducta anormal del propietario o titular del derecho real hipotecado y el acreedor está en su derecho de poder defenderse recurriendo a la acción de devastación.

Paso por tanto a ocuparme seguidamente de los distintos tipos de deterioro que le otorgan al acreedor la citada facultad.

IV.2. TIPOS DE DETERIORO

IV.2.1. Deterioro temido y/o realizado

A diferencia de otros ordenamientos, como el italiano y el alemán, que contienen preceptos referidos a la posibilidad de reacción frente al riesgo de menoscabo (art. 2813 Código civil italiano y parágrafo 1134 BGB), en el art. 117 LH no se contempla expresamente la posibilidad de reaccionar frente al deterioro temido. La dicción literal del precepto, como ya se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo del trabajo, hace referencia a «*cuando la finca hipotecada se deteriorare*», con lo que haciendo una interpretación exegética del precepto, a mi modo de ver no pienso que en el art. 117 LH se pueda incluir el riesgo de menoscabo. En este precepto, el temor se deriva de la insuficiencia de la hipoteca pero como digo no tienen cabida los deterioros temidos, más cuando la norma continúa diciendo que «*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 con esto claramente el legislador está queriendo decir que los hechos se presentan ante el Juez como ciertos.

¹⁷² DORAL Y GARCIA PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 279 y 280.

Lo que se teme es que sea insuficiente la hipoteca, es decir, que lo que haya hecho el propietario del bien disminuya la garantía y no cubra el valor de la hipoteca. Ese es el temor que puede tener el acreedor hipotecario de que el deterioro influya en el valor de la hipoteca y la haga insuficiente para cubrir el crédito.

Además, fijémonos como el tenor literal del precepto, en su segundo párrafo dice «*si después insistiere el propietario en el abuso*» y esto muestra cómo el propietario puede llegar a insistir en un deterioro ya realizado en el primer párrafo del precepto. Cuando hablo de propietario o dueño de la cosa hipotecada, en este punto, como se sabe por lo ya estudiado en otros epígrafes, también me estoy refiriendo al titular de un derecho real hipotecado con las prerrogativas que le otorga el contenido de su derecho.

El Juez, por tanto, lo que tiene que valorar con la justificación de los hechos que prueba el acreedor hipotecario es que los mismos estén afectando a la garantía que asegura el crédito.

El precepto objeto de este estudio no dice «cuando se temiera que la finca hipotecada se vaya a deteriorar», sino que da por sentado que ya se ha deteriorado y ese deterioro ya producido hace temer por la insuficiencia de la hipoteca.

Además, pienso que hay que realizar una interpretación restrictiva del precepto por cuanto no debemos limitar las facultades del propietario o del titular del derecho real limitado más de lo estrictamente necesario. Es decir, esta medida conservativa busca la protección del acreedor hipotecario, por su condición de titular de un derecho real de garantía, frente al propietario o titular del derecho real limitado hipotecado, que en base a las potestades que tiene sobre el bien, que le proporcionan una apariencia de legitimidad en el ejercicio de sus funciones, podría realizar un abuso sobre el objeto de hipoteca disminuyendo el valor de la misma.

La doctrina, tampoco sobre esta cuestión se pone de acuerdo. MORENO QUESADA¹⁷³, en su estudio sobre el art. 117 LH incluye algunas matizaciones en relación con los argumentos esgrimidos por la doctrina a favor de la inclusión del deterioro temido en el supuesto de hecho del art. 117 de la Ley Hipotecaria, que dice, pueden llevar a la conclusión contraria. Por una parte, por lo que se refiere a la ineficacia práctica del precepto si no se aplicase el daño temido, dice el autor que debe recordarse que esta norma (art. 117 LH) nunca se ha considerado insuficiente para proteger al acreedor, sino más bien por lo contrario. Y por otra parte se plantea la cuestión de si la inclusión del deterioro temido en el supuesto de hecho del art. 117 es imprescindible para la función que está destinado a cumplir este remedio contra el deterioro del bien hipotecado pero lo cierto es que no ha de tacharse de ineficaz el precepto por no incluir el deterioro temido, sobre todo cuando se le aplica una interpretación restrictiva y además no puede olvidarse, dice el autor, que el acreedor dispone de otros medios de defensa de su crédito, y que no tiene lugar pretender que todas las posibilidades se encuentran en una sola norma.

Opina el autor que el deterioro debe haberse realizado para que entre en juego el remedio previsto en este art. y además debe haberse producido fruto de aquél, una disminución del valor del bien hipotecado, de mayor o menor entidad, pero en todo caso explica, «deberá haber fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca; y ello, bien porque la disminución de valor haya alcanzado ya la cuantía precisa para que se dé tal circunstancia, y entonces proceda remediarlo, bien porque se prevea que, siempre a consecuencia de aquel deterioro ya ocasionado, el daño, la disminución de valor, se va a incrementar hasta producir este efecto, y entonces procederá evitarlo».

¹⁷³ MORENO QUESADA, 2000, ob. cit., págs. 327 y 328.

Más adelante añade el autor que excluir el deterioro temido en la aplicación práctica del art. 117 LH, tiene la ventaja de una menor complicación en la prueba de los hechos objetivos (deterioro realizado), sobre la de puras intenciones (deterioro temido), con la consiguiente menor posibilidad de discordancias y dice que

aunque es cierto que la incertidumbre del hecho a probar subsiste, con esta interpretación se subsume en otro hecho que, en cualquiera de los casos, ha de ser objeto de prueba, que es el del fundado temor de la insuficiencia sobrevenida de la garantía. De esta manera, pues, la prueba se reduce a una sola y no se duplica, como ocurriría de admitirse [...] el ejercicio de la acción de devastación por el deterioro temido (MORENO QUESADA, 2000)¹⁷⁴.

En el mismo sentido dice BLASCO GASCÓ que la finalidad de la acción de devastación es

reprimir los actos del propietario en menoscabo de la finca, remediar los ya realizados y evitar posibles y sucesivos actos que disminuyan el valor de la finca. Por tanto, no parece que sea bastante el mero temor del acreedor hipotecario al deterioro de la finca (en contra, GALINDO y ESCOSURA; a favor, MORENO QUESADA) sino que ha de haber un deterioro efectivo, y disminución del valor de inmueble consecuencia de dicho deterioro, que funde el temor a la insuficiencia de la garantía hipotecaria para cubrir, en su momento, el importe del crédito que garantiza. Por ello, el art. 117 L.H. refiere la exactitud de la justificación al deterioro y disminución del valor, mientras que el fundado temor lo

¹⁷⁴ MORENO QUESADA, 2000, ob. cit., pág. 330.

predica de la insuficiencia de la garantía. (BLASCO GASCÓ, 2000)¹⁷⁵.

Para DORAL, el deterioro implica un menoscabo de la cosa hipotecada que entraña la disminución de su valor. El autor lo diferencia del daño, como efecto del deterioro en la esfera patrimonial del acreedor, lesionando su interés. Continúa el autor diciendo que en el art. 117 LH no existe contradicción entre daño y deterioro¹⁷⁶ y el precepto ampara el interés del acreedor tratando de reparar el daño ya ocasionado o de evitar que pueda resultar en el futuro insuficiente la garantía, haciendo mención a un daño futuro. Más adelante ahondaré sobre esta cuestión pero no perdamos de vista que el precepto dice literalmente «*cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor [...]»*, con lo que en mi opinión, como a continuación argumentaré, no tienen cabida los daños futuros porque una cosa son estos últimos y otra cosa muy distinta el «*fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca*». Como digo, sobre esta cuestión volveré a continuación.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS¹⁷⁷ para rechazar el deterioro temido, recurre a la diferencia entre deterioro y daño. Para el autor, el deterioro implica un menoscabo de la cosa hipotecada que entraña la disminución de su valor. El autor lo diferencia del daño, como efecto del deterioro en la esfera patrimonial del acreedor, lesionando su interés. Continúa el autor diciendo que en el art. 117 LH no existe contradicción entre daño y deterioro y el precepto ampara el interés del acreedor tratando de reparar el daño ya ocasionado o de evitar que pueda resultar en el futuro insuficiente la garantía, haciendo mención a un daño futuro.

¹⁷⁵ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., pág. 352.

¹⁷⁶ DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 301.

¹⁷⁷ *Ibid.*

En el mismo sentido, DE CASSO ROMERO¹⁷⁸, quien dice que para el ejercicio de la acción de devastación, no basta la «*posibilidad o sospecha fundada de deterioro* (como en el derecho alemán), sino de insuficiencia de la hipoteca».

Otro grupo de autores sostiene una opinión, que yo no comparto por las razones expuestas más arriba, de que tanto el deterioro temido junto con el causado legitiman el ejercicio de tal acción de tipo conservativo. Es el caso de LACRUZ BERDEJO¹⁷⁹ que advierte que

una interpretación teleológica de *lege lata* aconseja tomar como referencia del precepto la insuficiencia de la hipoteca; teniendo en cuenta que, normalmente, el valor de la finca hipotecada es muy superior al crédito garantizado, rara vez un deterioro solamente temido hará previsible una disminución de valor tal que hiciese temer la insuficiencia de la hipoteca; pero, si en un determinado supuesto el valor de la finca estuviese tan enrasado con el crédito que la menor devaluación la hiciese insuficiente como objeto de garantía, o bien el deterioro *temido* fuese de tal magnitud e inminencia que su realización pudiera hacer inevitablemente insuficiente la garantía, no parece deba darse acogida a escrúpulos exegéticos para la adopción de las medidas evitadoras del daño previsto, sino también del deterioro solamente proyectado. Otra cosa será la exigencia de prueba sobre tales previsiones (subjetivas, al fin) y su ponderación en cuanto a la insuficiencia. Pero si concurre prueba concluyente de la proyección el deterioro desvalorizador de la insuficiencia, me parece que la *ratio* precepto aconseja aplicarlo (LACRUZ VERDEJO, 2009).

¹⁷⁸ CASSO Y ROMERO, Ignacio de. *Derecho hipotecario o del registro de la propiedad*, Madrid: Instituto de Derecho Civil, 1951, pág. 666.

¹⁷⁹ LACRUZ VERDEJO, 2009, ob. cit., pág. 280.

Dentro de este grupo de autores, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA¹⁸⁰ también considera que la medida del art. 117 LH es una medida conservativa y como tal, opina que es aplicable tanto para el deterioro ya causado como para el simplemente temido, siempre que exista un racional temor de insuficiencia de la garantía hipotecaria, lo que en cualquier caso dice deberá ser probado. La autora recurre a una interpretación teleológica, basada en el espíritu y finalidad de la norma (ex art. 3.1 CC), considerando la idoneidad de la acción de devastación como acción preventiva frente a una *conducta actual* del propietario que comprometa la suficiencia de la garantía, por comportar un envilecimiento de la cosa, o el temor fundado de insuficiencia de valor.

Con respecto a esta última opinión pienso que si de verdad recurrimos a dicho precepto del Código civil que dice que las normas se interpretarán de acuerdo a la realidad social del momento en el que han de ser aplicadas, opino que el art. 117 LH debe adecuarse a los problemas sociales derivados de la crisis económica y restringir lo más mínimo el ámbito de actuación del propietario o titular del derecho real hipotecado, como comenté más arriba, porque de esta forma estaríamos reforzando la protección del deudor-consumidor hipotecario mediante una norma que en realidad sirve para garantizar la hipoteca que tiene a su favor el acreedor hipotecario. En caso contrario, el deudor siempre estaría desprotegido, además de que en la actualidad la función social de la propiedad va estrechando poco a poco los poderes del titular.

IV.2.2. Deterioro material y/o jurídico

IV.2.2.1. Alcance del concepto del deterioro a los efectos de determinar si es material y/o jurídico

En este apartado no es mi intención exponer cada uno de los

¹⁸⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1999, pág. 317.

argumentos esgrimidos por los autores que se han dedicado a examinar y a discutir la cuestión, pues me parecería en ocasiones reiterativo, sino que me propongo tomar una posición al respecto que se ajuste a la finalidad de la norma.

Dice PUIG BRUTAU¹⁸¹ que el precepto resulta vago porque no concreta los actos de propietario que pueden justificar la intervención a la que se refiere el art. 117 LH y 219.2º RH y que lo único que resulta del art. 117 LH, en cuanto a los presupuestos de aplicación, es que la finca hipotecada tiene que sufrir un deterioro y disminución del valor por dolo, culpa o voluntad del dueño y que por ese motivo resulte fundado temor de que la garantía resulte insuficiente. La disposición reglamentaria, más concreta pero solo en lo que se refiere al arrendamiento del inmueble, dice que salvo prueba de lo contrario, se presumirá que existe el propósito de causar una disminución de valor, si el inmueble es arrendado por una renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada.

Continúa el autor diciendo que a los efectos del art. 117 LH, el acreedor podrá actuar al amparo del mismo, ante «todo acto» que produzca disminución de valor por deterioro de la finca hipotecada, siempre que sea imputable a dolo, culpa o voluntad del dueño. De este modo pareciera que incluye PUIG BRUTAU, tanto los deterioros de tipo material como jurídico en el alcance de la norma.

Lo cierto es que en la doctrina española no existe acuerdo acerca del alcance del término «*deterioro*» y a pesar del escaso interés que ha suscitado en la misma la figura prevista en el art. 117 LH, en cuanto al ámbito que ha de abarcar dicho término, su estudio ha levantado una

¹⁸¹ PUIG BRUTAU, J. *Compendio de Derecho Civil*, V.III, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4ª ed., Barcelona, 1989, pág. 452.

polémica en torno a si se limita rigurosamente a lo físico o también se amplía hasta lo jurídico.

En su obra, DORAL Y GARCÍA DE PAZOS¹⁸² aprovecha una definición de ROCA SASTRE, anterior a la promulgación del segundo inciso del art. 219 RH, para entender que a su juicio, no solo están comprendidos los deterioros materiales sino también los jurídicos y considera que esta solución está más de acuerdo con las adoptadas en los Códigos extranjeros y, «por tanto, más en armonía con los principios que inspiran las referidas disposiciones legales». El autor coincide con ROCA SASTRE en que menoscabo es todo menoscabo sustancial pero ello no significa que sea únicamente material, sino que equivale a un menoscabo económico.

Dice CARPÍ MARTÍN¹⁸³ al respecto, que con ello DORAL Y GARCÍA DE PAZOS se está acercando al concepto de sustancia que define GARCÍA VALDECASAS. El autor¹⁸⁴, cuando indaga en los orígenes romanos del término «sustancia» que reseñan los códigos civiles europeos, referidos unos a la forma y otros a la materia, hace mención al concepto de sustancia presente en el Código civil español e indica que la sustancia de la cosa es lo «que importa en ella» y las cosas al Derecho importan por su valor: «por lo que valen para los miembros de la comunidad jurídica». A continuación, a raíz del art. 333 CC añade que

todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Que una cosa sea un bien significa que encierra un valor. El bien jurídico siempre es un bien para alguien. Las cosas importan al Derecho por su relación con el hombre, sujeto del Derecho; por tanto, no como

¹⁸² DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 294.

¹⁸³ CARPÍ MARTÍN, 2005, ob. cit., pág. 231.

¹⁸⁴ GARCÍA VALDECASAS, A. La idea de sustancia en el Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, 1951, vol. XXXV, n.º. 416, págs. 60 y ss.

objetos del mundo social. Por eso se subraya que son objeto de apropiación. El Derecho no regula las cosas, más aún, no hay cosas para el Derecho sino en cuanto están o pueden estar en una relación de cercanía de propietas con el hombre, que hace que puedan ser para él un bien. (GARCIA VALDECASAS, 1951).

Termina diciendo el autor que si «la cosa consiste jurídicamente en ser un bien, ¿en qué va a estar su sustancia más que en su valor?»

Para CHICO Y ORTIZ¹⁸⁵, el precepto Ley Hipotecaria acusaba la falta de inclusión de ciertos «actos legales» que podían provocar la disminución del valor de la cosa a través, por ejemplo, de la constitución de arrendamientos con renta baja o con anticipación de rentas. De ahí que ROCA SASTRE llamase la atención de esta ausencia y el art. 219 del RH. reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959 incluyese esta materia.

Por ello debo entender que ROCA SASTRE¹⁸⁶, tras la promulgación del art. 219.2º RH en 1959, frente a su posición anterior de considerar que el concepto de deterioro implicaba que el quebranto sufrido por la cosa hipotecada fuera de índole material, física, corpórea o de substancia y no de carácter jurídico, considera, quizá influenciado por la nueva redacción que al art. 219 del Reglamento Hipotecario le dio la reforma de 1959, que entre los actos más destacables que pueden originar la acción de devastación pueden señalarse los siguientes: «1) El deterioro querido, total o parcial, del bien hipotecado, por efectuar arbitrariamente alteraciones materiales en el mismo que conduzcan a la disminución de su valor en cambio o de realización [...] 2) La explotación antieconómica del bien hipotecado minoradora de su valor

¹⁸⁵ CHICO Y ORTIZ, J.M. en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3ª edición actualizada, Madrid, 1994, pág. 1340.

¹⁸⁶ ROCA SASTRE, 2009, ob. cit., págs. 550-554.

en el tráfico jurídico [...] 3) La depauperación material de la finca hipotecada, por omisiones de su propietario, que a veces puede ser por actitud pasiva de los suyos, y en cuanto ello redunde en detrimento de su valor, y 4) La actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado, que redunde, también, en disminución de su valor». Dice CRISTÓBAL MONTES¹⁸⁷, que esto último supone una cierta forma de admitir el deterioro meramente jurídico. Añade ROCA SASTRE¹⁸⁸ en último lugar que «hay que contar con el problema del peso que para la propiedad de la finca hipotecada entraña la contratación de arrendamientos sobre ella, cuando resulten nocivos para el valor en cambio de la misma, y que constituye cuestión evidente en relación al crédito territorial, por cuanto puede implicar un verdadero deterioro jurídico de lo hipotecado».

Se está refiriendo el autor al art. 219.2º RH, al que yo hice mención en la primera parte de la tesis, y que adopta, como dice ROCA SASTRE¹⁸⁹, «medidas para contrarrestar los efectos de arrendamientos hechos en las fincas ya hipotecadas «en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar...(la) disminución de valor» de lo hipotecado, presumiéndose iuris tantum el indicado propósito cuando la renta anual del alquiler, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad hipotecaria total».

DE LA RICA¹⁹⁰ se refiere en su obra a las siguientes circunstancias para que proceda la aplicación del precepto:

1ª. Que el arriendo lesivo se concierte con posterioridad a la constitución de la hipoteca, es decir, a su inscripción. Si fuese

¹⁸⁷ CRISTÓBAL MONTES, A., 1972, ob. cit., pág. 45.

¹⁸⁸ ROCA SASTRE, 2009, ob. cit., pág. 555.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ RICA Y ARENAL, R. DE LA Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario. En: *Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal*, t. II, Madrid, 1976, págs. 133 y 134.

anterior, la acción no sería viable. 2ª. Que el arriendo se concierte en condiciones legales, por su ocasión o por sus circunstancias, que resulte que su finalidad primordial es producir la disminución del valor de la finca. Es decir, aquí el legislador ha querido que exista un elemento intencional por parte del deudor. 3ª. Que, efectivamente, se haya producido con el arriendo esa disminución de valor, pues si la depreciación no existiera carecería de base la acción». Continúa el autor diciendo que la dificultad de las circunstancias 2ª y 3ª así como la del factor intencional hacen que el Reglamento establezca una presunción iuris tantum: «la de que el valor disminuye y existe el propósito de disminuirlo en el ánimo del arrendador cuando la renta, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada con la hipoteca. (DE LA RICA, 1976)

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS¹⁹¹ expone, al hilo de esta cuestión, dos argumentaciones que le sirven para incluir los deterioros jurídicos en el alcance de la norma. Sobre la base de estos y otros razonamientos, me ocuparé a continuación de determinar si los deterioros jurídicos tienen cabida en el art. 117 LH.

En primer lugar, sostiene el autor que tanto pueden ser objeto de la hipoteca, las entidades materiales, las cosas incorporales o los derechos y considera que si los deterioros de tipo jurídico no estuvieran contemplados en el ámbito del art. 117 LH, el acreedor hipotecario, en caso de producirse la insuficiencia de la garantía, como consecuencia de un deterioro jurídico, carecería de este mecanismo de defensa.

En cuanto al objeto de la hipoteca, considera el autor que «es la finca dentro de una determinada relación jurídica, de propiedad, de usufructo, etc., por lo que una modificación de la relación a que aquélla

¹⁹¹ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 294-298.

esté adscrita puede ser menoscabo sustancial, aunque se trate de un deterioro jurídico»¹⁹².

Ya tuvimos oportunidad en el capítulo anterior de analizar la posición de LLOPIS GINER¹⁹³ acerca del objeto de la hipoteca y su regulación en el art. 106 LH. El autor sostiene que el mismo, está formado por un objeto de primer grado que es el bien inmueble, y un objeto de segundo grado que es el derecho real impuesto sobre el bien. Tanto uno como otro, de forma conjunta y no por separado o absorbido uno en otro, van a integrar la totalidad del objeto que se incluye en la hipoteca. El bien constituye el elemento físico y es soporte de cualquier derecho real; el elemento jurídico lo forma el propio derecho que recae sobre el bien. A ambos atiende la hipoteca, que como cualquier otro derecho real de garantía, necesita de los dos para su subsistencia.

Y a esta misma unidad vital también se refiere CARPI MARTÍN¹⁹⁴ advirtiendo que aunque la norma parece diseñada para la hipoteca de bienes en pleno dominio siguiendo la más pura técnica romanista, eso acontece del mismo modo en el resto de la normativa hipotecaria, pues esta configuración jurídica de la hipoteca es la que sirve de paradigma para diseñar todo su régimen positivo, sin que suponga que deba restringirse su aplicación a la hipoteca del propietario, lo que sería tanto como imposibilitar la viabilidad de las hipotecas sobre derechos reales limitados. Y por el mismo motivo dice,

no puede considerarse prueba del supuesto carácter restringido de los deterioros contemplados por el precepto el que se contemple la administración judicial del inmueble como posible medida a adoptar. ¿O es que acaso la administración judicial de un bien

¹⁹² DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 298.

¹⁹³ LLOPIS GINER, J.M., 1993, ob. cit., págs. 845 y 846.

¹⁹⁴ CARPI MARTIN, R., 2005, ob. cit., págs. 233 y 234.

tiene naturaleza meramente fáctica y no habilita para la realización de todos aquellos actos jurídicos que imponga una adecuada administración (como el pago de impuestos sobre el bien)? La referencia al inmueble, en este caso, se comprende atendiendo a la especial dedicación que en todo el régimen de la hipoteca se observa a favor de la hipoteca de propietario, en la que tiende a identificarse, como vimos, la dimensión jurídica y la material del objeto hipotecado, por la habitual identificación del dominio, como potestad más plena, con la cosa sobre la que recae. Eso no impide imaginar supuestos de administración judicial de otros objetos de hipoteca, como la administración de una hipoteca de usufructo, o la de un derecho de superficie. (CARPI MARTIN, 2005)

MORENO QUESADA¹⁹⁵ rebate tal argumento expuesto por DORAL Y GARCÍA DE PAZOS diciendo que en ese caso, no se produciría una indefensión del acreedor hipotecario, pues cabrían otros medios que protegen los créditos con garantía real, a saber, el art. 219.2° RH y no procediendo o resultando insuficiente para la defensa del crédito, entraría en juego el art. 1129.3° CC con la consecuencia del vencimiento inmediato. Añade además el autor que no parece que la intención del legislador fuera la de incluir en el ámbito del art. 117 LH otros menoscabos distintos a los materiales, por cuanto se refiere en el precepto a la puesta del inmueble en administración como medidas a adoptar para el caso de insistencia en el abuso.

Sin embargo, pienso que la norma del art. 219.2° RH, desarrolla la generalidad del art. 117 LH y en este sentido, entre las medidas que puede adoptar el Juez, el art. 219.2° RH se refiere a la ampliación de la hipoteca a otros bienes, vencimiento anticipado de crédito y además cualquier otra medida que estime procedente. Por tanto, no me parece

¹⁹⁵ MORENO QUESADA, B., 2000, págs. 322 y 323 y MORENO QUESADA, 1969, ob. cit., pág. 552.

ilustrativo el argumento de este autor, a los efectos de excluir del ámbito de aplicación del art. 117 LH los deterioros jurídicos.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS¹⁹⁶ hace mención a una serie de supuestos para mostrar cómo ante hipotecas cuyo objeto no es material, la doctrina se ha visto obligada a ampliar el ámbito de aplicación del citado art.:

- **Hipoteca sobre empresas y locales de negocio:** La falta de ejercicio de los derechos por parte del arrendatario hipotecante, que puede derivar en la extinción del arrendamiento, dice VALLET DE GOYTISOLO¹⁹⁷ que como el inquilino está vinculado a ejercer el negocio en aquel local en virtud de la hipoteca, no ve obstáculo el autor para que «ante ese deterioro o devastación-, si no física, sin duda jurídica-, que supone su abandono, pueda el acreedor hipotecante ejercitar la acción regulada en el art. 117 LH.». Se refiere el autor al deterioro jurídico que supone para la garantía, el abandono o renuncia por parte del inquilino y por tanto el acreedor puede oponerse mediante la acción de devastación.
- **La subhipoteca.** Dice GULLÓN BALLESTEROS¹⁹⁸ que una vez constituida la subhipoteca, cuando existe motivo para ello, tiene obligación el acreedor hipotecario de ejercitar la acción de devastación para conservar el valor del crédito dado en garantía. Pero si el acreedor hipotecario no cumple con dicha obligación, el acreedor subhipotecario puede impedir la desvalorización del crédito y se plantea el autor quién es el sujeto pasivo de tal derecho y además si puede evitar que la finca siga deteriorándose o solo el crédito.

¹⁹⁶ DORAL Y GARCIA PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 295.

¹⁹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. *Hipoteca del derecho arrendaticio. Especialmente de empresas y locales de negocio*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pág. 215.

¹⁹⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A., 1957, ob. cit., págs. 134 y ss.

De acuerdo con el art. 117 LH, estima procedente que el acreedor subhipotecario ponga en movimiento la acción de devastación que se dirige en este caso a proteger el objeto actual de su garantía, es decir, el crédito hipotecario, y una vez haya justificado ante el juez el deterioro, este mandará por providencia hacer o no hacer lo que proceda al acreedor hipotecario.

Continúa el autor diciendo que en este supuesto

nos encontramos con una particularidad en relación con el mismo art. aplicado a la conservación de la hipoteca. Los actos de deterioro, que como veíamos habían de ser materiales, físicos, etc., en el caso de la subhipoteca no. El titular subhipotecario justificaría ante el juez el perjuicio efectivo que le está produciendo la conducta negativa del acreedor hipotecario, y la violación del deber que tiene de realizar los actos necesarios para la conservación de la garantía. De este modo tendrá un carácter jurídico tal deterioro, en cuanto supone una falta de ejercicio de acciones que está obligado a ejercitar su deudor. En el fondo lo que se persigue al expresar la clase de deterioro que ha de existir, es que sean actos que disminuyan el valor de la garantía debidos a exclusiva voluntad del dueño de la misma. (GULLÓN BALLESTEROS, 1957)

Avanzando en la obra se plantea el autor si es posible la subrogación en el ejercicio de la acción de devastación por parte de una persona interesada en ella, si el titular de la misma no la ejercita. Sin embargo, llega a la conclusión de su imposibilidad, pues la acción de devastación tiene como finalidad mantener el bien objeto de garantía, y esto no tiene ninguna relación con la finalidad de los acreedores en la acción subrogatoria. Considera por tanto que el acreedor subhipotecario tendrá que llegar al

dueño de la finca a través del previo ejercicio de la misma acción dirigida contra el acreedor hipotecario y lo que sí que pueden hacer los contratantes, es fijar en el contrato de subhipoteca los pactos que tengan por conveniente, estipulando la subrogación automática del acreedor subhipotecario en el ejercicio de tal acción, en caso de que el acreedor hipotecario no lo hiciese.

Este pacto, sostiene el autor, supondría ventajas para los dos acreedores, subhipotecario e hipotecario. Para el primero porque no tendría necesidad de utilizar el doble procedimiento para obtener un mismo resultado, y para el segundo, porque dejaría a cargo del subhipotecario la defensa de sus intereses. Y si por el contrario, no se pactó nada de lo mencionado, forzosamente insiste GULLÓN BALLESTEROS en seguir los trámites del art. 117 LH de manera duplicada.

Finalmente termina mencionando la posibilidad que tendría el acreedor subhipotecario de resolver la subhipoteca, al amparo del art. 1129 CC, antes del plazo determinado, en virtud de la disminución de la garantía hipotecaria, realizada por un acto propio del deudor, a saber, el no ejercicio de las acciones que podrían impedirlo.

- **Hipoteca de unidades reales**¹⁹⁹. Hace referencia DORAL Y GARCÍA DE PAZOS a que «el propietario de la unidad real no puede separar el conjunto de elementos que con la cosa principal hipotecada forman una unidad económica»²⁰⁰ si su separación

¹⁹⁹ Según DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 296. DE CASTRO en su obra Apuntes de Cátedra, de 1952, dice que se entiende por unidad real aquel objeto patrimonial con unidad e independencia jurídicas, al que el Derecho considera unitariamente en lo relativo al poder y a la responsabilidad.

²⁰⁰ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1967, ob. cit., pág. 296.

implica, si no se dispone lo contrario, un deterioro a efectos del art. 117 LH.

El art. 111 LH establece en su núm. 1º que: *«Salvo pacto expreso disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1. Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto». De este modo, según las especificaciones del precepto, DORAL dice que a veces, por pacto expreso, quedan sujetos a las responsabilidades hipotecarias los accesorios que satisfacen las necesidades de la unidad económica y si el acreedor estima deteriorado o disminuido el valor del derecho hipotecario, por los actos realizados en contravención de lo pactado, puede ejercitar la acción de devastación por tratarse de un deterioro jurídico al contravenirse lo pactado.*

Esto ocurre, como explica SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA²⁰¹, porque el acreedor cuenta con la garantía de que los elementos accesorios satisfacen las necesidades de la unidad económica y si tras la separación, el acreedor considera que su garantía ha resultado deteriorada o disminuida, incumpléndose lo pactado, puede accionar el art. 117 LH.

En este sentido, la Dirección General de Registros y del Notariado, en su Resolución de fecha 15 de junio de 1929²⁰² expresa que «se favorece y legitima la formal constitución de las

²⁰¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. 1996, ob. cit., pág. 173.

²⁰² España. Ministerio de Justicia. Resolución de 15 de junio de 1929 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

entidades industriales, y se da a conocer con la claridad que las sobrias inscripciones del Registro consienten a las terceras personas interesadas, cuáles son los accesorios que corresponden al propietario, como tal y cuáles los muebles y valores que van unidos a un derecho real, y sobre los que pesa la responsabilidad hipotecaria constituida por el titular, evitando el peligro de que quien contrata con el dueño lo haga en vista de edificaciones, incorporaciones o descripciones que arraigan o que dan sobre la finca, pero que no figuran en el inventario de los bienes y facultades atribuidos al mismo dueño» y dice DORAL²⁰³ que, quizá sin advertirlo, expresa el deber de conservación en relación al destino del objeto hipotecado.

SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA²⁰⁴ hace mención a dos supuestos de alteración de destino en finca urbana y rústica que permiten el ejercicio de la acción de devastación del acreedor por parte del acreedor hipotecario.

En caso de **finca urbana**, el cambio o cese de actividad de negocio ejercido sobre la finca y no sobre el establecimiento mercantil, mediando pacto expreso de extensión de acuerdo a lo preceptuado en el núm. 1 del art. 111 LH no puede suponer la sustracción de la garantía hipotecaria de elementos que deben estar comprendidos en ella porque de lo contrario, dicha actuación, si tiene lugar sin consentimiento del acreedor hipotecario, puede originar la acción de devastación.

Además, continúa la autora diciendo que si la hipoteca se ha constituido sobre la empresa y locales de negocio, también el abandono del ejercicio del comercio en el local, supondría un

²⁰³ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1967, ob. cit., pág. 297.

²⁰⁴ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., 1996, ob. cit., págs. 172 y 173.

deterioro jurídico y por tanto, el acreedor hipotecario acudiría a la medida de conservación prevista en el 117 LH.

En caso de **finca rustica**, también el acreedor podrá ejercitar la acción de devastación cuando el propietario separe o desafecte el tractor o maquinaria que sirve para cultivar la finca dedicada al cultivo de labores agrícolas, si existe pacto expreso de extensión en virtud del art. 111.1º LH. En este caso, para que tenga lugar la acción de devastación y el Juez redestine a la finca el tractor separado, la desafectación tiene que suponer, para la autora, «merma o peligro de insuficiencia para la garantía otorgada al acreedor». En todo caso, sobre este supuesto ahondaré más adelante.

- **Hipoteca del Derecho de superficie**²⁰⁵. En este tema, apunta GULLÓN BALLESTEROS ²⁰⁶ que el acreedor hipotecario no puede reaccionar con el ejercicio de la acción de devastación pues la relaciona únicamente con los actos de carácter material. Sin embargo, añade que la reforma del Reglamento Hipotecario ha hecho que la acción de devastación venga originada por la comisión u omisión de actos jurídicos y se apoya en lo dispuesto en el art. 219.2º RH para plantearse si aunque el mismo se refiere a contratos de arrendamiento puede aplicarse a los derechos reales que constituye sobre su finca del deudor hipotecario con posterioridad al establecimiento de la garantía, haciendo referencia expresamente al derecho real de superficie donde dice que no cabe negar que se produce una disminución del valor de la finca, si la hipoteca tiene un vencimiento anterior al derecho del superficiario.

²⁰⁵ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., 297.

²⁰⁶ GULLÓN, A. *La superficie urbana: el derecho de superficie en la ley del suelo y legislación hipotecaria*. Sevilla, 1960, págs. 113 y ss.

Para aplicar esta solución, considera necesario que la jurisprudencia haga una aplicación extensiva del art. 219.2º del RH a la constitución de derechos reales y estima que esta solución es la que más favorece los intereses del titular superficiario, pues podrá a su vez gravar libremente con hipoteca (primera) su derecho real, al producirse los efectos de la acción de devastación únicamente en perjuicio del deudor hipotecario o dominus solis.

Sin embargo, opina que esta solución es contraria a lo que opina la generalidad de la doctrina, que impide la validez respecto al acreedor hipotecario de los derechos reales nacidos con posterioridad a la inscripción de su garantía y esto, dice el autor, perjudica al superficiario desde el momento en el que «cualquier hipoteca que constituye sobre la superficie sería pospuesta a la del acreedor hipotecario del propietario total del fundo en el momento en que fue adquirida por aquél».

Así que las dos posturas están enfrentadas y según el autor son incompatibles entre sí, teniendo en cuenta que si al acreedor hipotecario no le afectan los derechos reales posteriores a la constitución de la hipoteca, no tiene razón de ser hacer uso del art. 219 del RH, aunque de sus palabras se deduce, con respecto al gravamen de la superficie, tal y como cita DORAL que como consecuencia de la reforma del Reglamento Hipotecario, «la acción de devastación tenga ahora como causa, no ya la simple comisión u omisión en lo tocante a actos que no son estrictamente jurídicos, sino la realización de estos».

En **segundo lugar**, aunado a lo anterior, DORAL advierte que esta posición, la de considerar que en el art. 117 LH están incluidos los deterioros jurídicos, está más de acuerdo con las soluciones que han

adoptado los Códigos extranjeros y más en armonía con los «principios que inspiran las referidas disposiciones legales».

DORAL²⁰⁷ se refiere a cómo se protege la integridad en el Derecho Comparado, analizando la situación en el Derecho italiano, Derecho francés y Derecho alemán.

- **Alcance del concepto de deterioro en el Código civil italiano.**

Para el autor, en el Código civil italiano dos arts. se refieren a la integridad de los bienes. Por una parte, el art. 2813²⁰⁸ que regula las posibles causas de peligro y sus remedios y el art. 2743²⁰⁹ que regula el daño ya producido.

El art. 2813 permite que el acreedor pida a la autoridad judicial ordenar que el deudor o un tercero cese en la actuación de la que pueda devenir el periclitamiento o deterioro de los bienes hipotecados. Por tanto se convierte este art. en una medida cautelar que le permite al acreedor actuar frente a los deterioros temidos originados por el deudor o por un tercero. Solo con que las causas de peligro sean voluntarias, se podrán adoptar las cautelas que cita el art. 2813.

Para el autor, quedan comprendidos en dicho precepto, tantos los deterioros jurídicos como los deterioros materiales, pero siempre provocados por la negligencia del propietario, que no haya adoptado las oportunas medidas preventivas. Basta para DORAL con que de la acción u omisión del dueño o de un tercero pueda seguirse un perjuicio a la garantía, sin que sea necesario que intervenga cualquier otra causa

²⁰⁷ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1967, ob. cit., pág. 286 y ss.

²⁰⁸ Artículo 2813 Código Civil italiano: «Qualora il debitore o un terzo compia atti da cui possa derivare il perimento o il deterioramento dei beni ipotecati, il creditore può domandare all'autorità giudiziaria che ordina la cessazione di tali atti o disponga le cautele necessarie per evitare il pregiudizio della sua garanzia».

²⁰⁹ Artículo 2743 Código Civil italiano: «Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito».

«natural, económica o jurídica», y además con independencia de que la garantía sea o no suficiente para pagar la deuda porque el acreedor tiene derecho a que la misma se conserve tal y como la ha tomado.

Para el daño producido, cita el art. 2743 del Código civil italiano que resulta aplicable, por extensión analógica, a los hechos o actos que determinen tanto un perecimiento o deterioro material como cualquier otro que implique un cambio de destino. Y además, dentro de su ámbito, el autor considera que están incluidos tanto los deterioros materiales como los jurídicos y económicos pero que estos últimos no consistan en la mera depreciación por desvalorización producida por circunstancias de la economía nacional o internacional. Asimismo el autor dice expresamente que no resulta necesario que «los actos sean *positivos* (cultivo peligroso, radical transformación de cultivos, parcial demolición de edificios); pueden también ser *negativos* (abandono, incuria, falta de reparaciones, etc.)».

Como contrapartida a los argumentos expuestos por DORAL sobre la inclusión en el art. 2743 de los deterioros jurídicos y materiales, MORENO QUESADA ²¹⁰ también analiza cómo se ha discutido doctrinalmente en el Derecho italiano el tema de la inclusión o no de los deterioros jurídicos en el art. 2743 aunque advierte que la mayoría se inclina por entender que su alcance se limita al producido por hechos materiales. Es el caso de G. D'AMELIO²¹¹, que considera que en el nuevo *Codice civile* de 1942, no procede incluir los deterioros jurídicos en el art. 2743 por estar la materia regulada en el art. 2812. MORENO QUESADA también cita a ANDRIOLI²¹², quien considera que para los

²¹⁰ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit.,pág. 337.

²¹¹ «Della responsabilità patrimoniali», en el *Commentario al Codice civile* dirigido por él mismo, *Libro della Tutela dei Diritti*, Firemza 143, pág. 449.

²¹² BRANCA, Giuseppe, NICOLÒ, Rosario y SCIALOJA, Antonio. *Commentario del Codice Civile*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1945.

deterioros materiales de la cosa se aplica el art. 2743 y sin embargo, si la garantía se reduce por la realización de actos jurídicos de disposición, se aplicarán los arts. 2812 a 2816 según los casos y si no se trata de actos materiales pero se produce reducción de la garantía, considera el autor que no hay remedio y tal hipótesis estima el autor que se produce cuando la reducción incide en el valor de la cosa, permaneciendo idéntica en su integridad material.

Continúa MORENO QUESADA con RUBINO²¹³ como autor que está a favor de la inclusión de la disminución o extinción de la garantía por causas meramente jurídicas. Sin embargo, en contraposición a la tesis del jurista italiano, MORENO QUESADA dice que se está refiriendo a la pérdida de la garantía y ello es distinto a la disminución del valor de la garantía a la que se refiere el art. 117 LH. Además el autor español sostiene que RUBINO, igual que ocurre con PINO, opina en este sentido después de mantener la incompatibilidad del art. 2743 con el art. 1186 y la no aplicación de este último al supuesto de disminución de la garantía y dice que si no fuera así, si no se extendiera el art. 2743 a las disminuciones por actos jurídicos, estas quedarían al margen de toda regulación porque MORENO QUESADA considera que los autores que mantienen la compatibilidad entre ambos preceptos no intentan dicha interpretación extensiva del precepto.

El autor equipara la duplicidad de normas que existe en el Derecho italiano a la del Derecho español; el art. 2743 del Código civil italiano con el art. 117 LH y el 1186 de aquél Código²¹⁴ sobre la decadencia del término establecido en beneficio del deudor, con el art. 1129 CC, pero sin proporcionar dicha equivalencia dice, argumento alguno en la

²¹³ RUBINO, DOMENICO *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, vol. XIX del *Trattato di Diritto civile e commerciale de Cicu-Messineo*, Milano, 1956, pág. 362.

²¹⁴ El artículo 1186 dice que: «*Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse*».

cuestión sobre la inclusión o no en el art. 117 LH de los deterioros jurídicos.

También CARPI MARTÍ²¹⁵ analiza de manera exhaustiva los argumentos que ofrecen los autores italianos para intentar sacar conclusiones que se puedan extrapolar al supuesto español y explica cómo en el derecho italiano, «siendo más enérgica la discrepancia, tampoco se ofrecen argumentos definitivos a favor de la exclusión de los deterioros jurídicos»

La autora distingue una primera etapa referida al art. 1980 del *Código civile* de 1865, donde la mayoría de la doctrina optaba por un deterioro físico frente al que poder reaccionar, pero como apunta PINO²¹⁶, se tenían en cuenta para la constitución de la hipoteca las oscilaciones del bien por su valor inestable y por ello opino como la autora, que no son deterioros jurídicos, sino causas que se originan como consecuencia del precio de mercado que puede incluso derivar de las variaciones de la oferta y de la demanda. Me refiero a una ausencia de elementos económicos en el precepto que estudiaré en un epígrafe posterior.

Sin embargo, la misma autora²¹⁷ hace referencia a una segunda etapa que tiene lugar tras la promulgación del Código de 1942, donde existe una diversidad de normas que permite entrever, sin sacar conclusiones definitivas, la exclusión de los deterioros jurídicos en el ámbito de aplicación de los arts. 2743 y 2813 del CC italiano.

CARPI MARTÍN hace referencia a la obra de RUBINO²¹⁸ citada

²¹⁵ CARPI MARTI, R. ob. cit., págs. 236 y ss.

²¹⁶ PINO, A. La Diminuzione della Garanzia Ipotecaria at. 2743 c.c. *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*, 1947, págs. 88-98.

²¹⁷ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en Gaceta, núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259.

²¹⁸ RUBINO, D., ob. cit., págs. 345 y 366.

anteriormente y dice que en su capítulo «*Difesa e conservazione della garanzia*», el autor incluye en el mismo los deterioros jurídicos en el ámbito de aplicación de los arts. 2743 y 2813 del CC italiano y reserva el capítulo «*Difesa contro atti di desposizione giuridica*», «al régimen de inoponibilidad de los derechos que, en uso de su potestad dispositiva, haya constituido sobre el objeto hipotecado el titular del mismo, cuyo régimen contempla de modo específico el art. 2.812 del *Codice*». Por tanto, para CARPI MARTÍN, no es cierto que RUBINO esté hablando, como apunta MORENO QUESADA, de supuestos de pérdida de la garantía, sino que también incluye los de disminución, acercándose de este modo al art. 117 LH.

CARPI MARTÍN, a raíz de los comentarios de RUBINO, se plantea el motivo por el cual el grueso doctrinal italiano descarta del ámbito de los arts. 2813 y 2743 los deterioros jurídicos. La mayoría de la doctrina italiana remite para los actos jurídicos que afecten a la garantía hipotecaria a la aplicación del art. 2812 CC²¹⁹, norma que especifica, partiendo del principio general de inoponibilidad de los derechos inscritos a los titulares anteriores, algunas especificidades en la aplicación de este principio para los derechos constituidos sobre la cosa hipotecada. Sin embargo, sostiene la autora que en nuestro ordenamiento, el concepto de deterioro no se plantea en tales términos, porque al acreedor hipotecario no le son oponibles en el valor de su

²¹⁹ El artículo 2812 dice: «Le servitù di cui sia stata trascritta la costituzione dopo l'iscrizione dell'ipoteca non sono opponibili al creditore ipotecario, il quale può far subastare la cosa come libera. La stessa disposizione si applica per i diritti di usufrutto, di uso e di abitazione. Tali diritti si estinguono con l'espropriazione del fondo e i titolari sono ammessi a far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto alle ipoteche iscritte posteriormente alla trascrizione dei diritti medesimi. Per coloro che hanno acquistato il diritto di superficie o il diritto d'enfiteusi sui beni soggetti all'ipoteca e hanno trascritto l'acquisto posteriormente all'iscrizione dell'ipoteca, si osservano le disposizioni relative ai terzi acquirenti. Le cessioni e le liberazioni di pignoni e di fitti non scaduti, che non siano trascritte o siano inferiori al triennio, sono opponibili ai creditori ipotecari solo se hanno data certa anteriore al pignoramento e per un termine non superiore a un anno dal giorno del pignoramento. Le cessioni e le liberazioni trascritte non sono opponibili ai creditori ipotecari anteriori alla trascrizione, se non per il termine stabilito dal comma precedente».

garantía, los derechos reales que ha constituido el propietario tras la hipoteca en ejercicio de su potestad dispositiva porque en la enumeración de los posibles deterioros jurídicos que hace la doctrina española, se evidencia que no se está refiriendo a estos derechos inscritos con posterioridad. Aunado a lo anterior se comprueba, dice la autora, que la mayoría en Italia que es contraria a la inclusión de los actos jurídicos que deterioran el bien en los arts. a los que se ha hecho referencia sobre la conservación de la garantía hipotecaria, arts. 2743 y 2813 del Código Civil italiano, comparte tal criterio en el art. 2813 CC, como norma de carácter preventiva y presenta menos seguidores cuando se trata del art. 2743 CC, como norma reparadora de daños ya causados.

La autora, también menciona la comparativa que hace MORENO QUESADA entre la duplicidad de normas en el *Codice Civile* (arts. 2743 y 1186) y la existente en el derecho español y llega a la conclusión de que para RUBINO no existen dos normas incompatibles, sino una norma general (art. 1186) en sede de obligaciones y otra norma general (art. 2743) en materia de hipotecas. Por tanto para el autor italiano, cuando no se den los presupuestos de aplicación del art. 1186, entrará en juego el art. 2743 y si es así, es irrelevante que el deterioro sea de un tipo u otro porque siempre escapará del ámbito de aplicación del art. 1186.

Continúa diciendo CARPI MARTÍN que para PINO, el art. 2743 del CC italiano es una norma especial y siempre que se den sus presupuestos de aplicación se aplicará el mismo y no la norma general, el art. 1186 CC italiano. Si se acepta la tesis de este autor, aunque los deterioros jurídicos no tuviesen cabida en el art. 2743, no habría inconveniente en que se incluyeran en la norma genérica del art. 1186.

En el mismo sentido CRISTÓBAL MONTES ²²⁰ establece un paralelismo entre las normas del Código Civil italiano (arts. 2743 Y 1186) con los arts. 1894 y 1215 del Código Civil venezolano en cuanto a las disminuciones acaecidas por hecho jurídico, desechando la aseveración de MORENO QUESADA²²¹ de que los autores italianos que incluyen el deterioro jurídico se ven forzados a hacerlo porque de lo contrario, las disminuciones acaecidas por hechos jurídicos, quedarían al margen de toda regulación.

Para CRISTÓBAL MONTES ²²², los arts. 1215 ²²³ y 1894 ²²⁴ del Código civil venezolano no son incompatibles, tan solo sus ámbitos de aplicación son distintos, el art. 1215 general y el art. 1894 especial y asevera que el hecho de que este último se refiera a la disminución de la garantía hipotecaria de manera específica no significa que deba aplicarse a todos los supuestos de disminución de la garantía y que el primero no se aplique a ningún supuesto de esta naturaleza. Para el autor, no es que el art. 1215 del Código civil venezolano (similar al art. 1186 del Código civil italiano) no se aplique de manera absoluta en el caso de disminución de la garantía hipotecaria, sino que el mismo normalmente no se aplica a este tipo de acontecimiento si se dan los presupuestos exigidos por el art. 1894 (similar al art. 2743 del Código civil italiano).

Por tanto dice el autor que aun cuando se considerara que en el

²²⁰ CRISTÓBAL MONTES, A, 1971, ob. cit., págs. 593 y 594.

²²¹ MORENO QUESADA, B., 1969, ob. cit., págs. 555 y 556.

²²² CRISTÓBAL MONTES, A, 1971, ob. cit., págs. 593 y 594.

²²³ El artículo 1215 del CC venezolano dice: «*Si el deudor se ha hecho insolvente, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo*».

²²⁴ El artículo 1894 del CC venezolano dice: «*Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido*».

supuesto de disminución de la garantía hipotecaria solo deben tenerse en cuenta los deterioros materiales de la cosa hipotecada, ello no significaría, como pretende MORENO QUESADA, que los deterioros provocados por hechos jurídicos quedarían fuera de toda previsión legal, pues quedarían bajo el manto de protección del art. 1215 del Código civil venezolano, pues entre este precepto y el art. 1894 del mismo texto legal, únicamente existe una delimitación de campos de actuación, el primero general y el segundo especial y resulta evidente para CRISTÓBAL MONTES que cuando un supuesto no puede quedar bajo los dictados de una norma especial por carecer de alguno de los presupuestos que conforman la especialidad, queda sujeto al ámbito de aplicación de la norma general.

Concluye el autor entonces que «no es, pues, que en el supuesto de hecho del art. 1894 deba considerarse incluido el deterioro jurídico de la cosa hipotecada porque de no ser así esta hipótesis quedaría desasistida de tuición jurídica, camino indirecto este que no puede servir para descubrir la naturaleza y alcance de una norma, sino que semejante especie de deterioro queda comprendida en la norma porque la misma no la excluye, ni siquiera por el mecanismo reflejo de mencionar tan solo el deterioro de signo contrario, y porque una adecuada interpretación racional y finalista de aquélla debe conducir de manera necesaria a la inclusión de ambas clases de deterioro dentro del supuesto de hecho del referido art. 1894».

Tras analizar el alcance que le otorga DORAL al concepto de deterioro en el Código civil italiano con sus correspondientes argumentos a favor y en contra que sostienen otros autores, pienso que en materia de hipoteca el legislador italiano, ante una situación de peligro, adopta una fórmula semejante a la del art. 117 de la Ley Hipotecaria, es decir, es el deudor o un tercero quienes son los autores del acto que infringe al bien su pérdida o disminución. Incluso el concepto de tercero, en su sentido más amplio, comprende no solo el

que se encuentra en relación con el bien hipotecado, sino cualquier otro ajeno al mismo.

Se trata de la defensa del bien ante un posible daño no producido pero sobre el que existe una posibilidad racional que, de continuarse con esta conducta, conlleve el resultado dicho en el precepto. De ahí que el art. 2813 del Código Civil italiano se refiere a un peligro de daño sobre las cosas hipotecadas y de esta forma es el Juez quien debe adoptar las disposiciones necesarias para evitar estas conductas.

El art. 2743 del mismo Código Civil está regulando la disminución real de la garantía, es decir, que la cosa dada en hipoteca se haya perdido o haya disminuido su valor. Es decir, no ya que exista el peligro, sino que la pérdida o disminución del valor se haya producido. Por eso el legislador italiano no entra en la consideración subjetiva de quien o quienes son los causantes del daño. El mismo se ha efectuado y, aunque sea por caso fortuito, es al acreedor a quien le corresponde la elección entre que se le preste una garantía idónea para el crédito sobre otros bienes de su deudor, o que se produzca el vencimiento anticipado del crédito y su pago inmediato.

También es importante tener en cuenta lo regulado en el art. 1186 del Código Civil italiano, ya que cuando el término de la obligación se ha establecido a favor del deudor y este se ha convertido en insolvente o ha disminuido por hecho propio, «le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse», el acreedor puede exigir inmediatamente la prestación.

Siendo diferente la solución ofrecida a lo que en nuestro Derecho se llama acción de devastación, el legislador atiende, tanto al crédito, insisto que es el elemento principal del crédito hipotecario, como a los bienes objeto de la garantía hipotecaria.

En definitiva la garantía, aunque es el elemento secundario, influye de forma importantísima en el crédito, de manera que lo modifica en su

construcción jurídica y provoca la extinción del término que afecta a la obligación, permitiendo al acreedor la exigibilidad inmediata de la prestación. Esta es la causa de que, como he dicho anteriormente, no pueda considerarse de la misma forma una propiedad libre de cargas, en la que el propietario mantiene íntegras todas sus facultades, que una propiedad sujeta a una garantía como la hipotecaria, en la que el deudor hipotecario ha de conservar con especial cuidado el bien.

- **Alcance del concepto de deterioro en el Código civil francés.**

Para DORAL²²⁵, en el Código civil francés se contemplan todas las causas que puedan dar lugar a un deterioro de la finca hipotecada y el deterioro engloba tanto el deterioro material como el deterioro jurídico. Sostiene el autor que el *Code Civil* no tiene un precepto específico que abarque los actos de disposición material y los actos de disposición jurídica que realice el propietario, ni tampoco una sanción típica para los mismos, así que para los distintos supuestos aplica disposiciones legales de distinto alcance y procedencia.

En este contexto cita el art. 1188 del Code que dispensa protección al acreedor frente a los actos del propietario que disminuyan el valor del inmueble hipotecado y frente a los actos de disposición jurídica que aunque no hagan insuficiente la garantía, dificultan su realización. A tal fin, se le otorga al acreedor la facultad de exigir el reembolso inmediato y este remedio, según el autor, constituye una «común secuela» de la disminución de la garantía en las obligaciones a plazos, que lleva aparejada la pérdida del beneficio del término.

Prosigue el autor diciendo que mayor relación tiene con la acción de devastación el art. 2131 que se aplica a la hipoteca convencional y que le otorga facultad al acreedor para exigir el reembolso inmediato de

²²⁵ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 288.

la suma asegurada o el suplemento de hipoteca cuando resulte insuficiente la garantía por pérdida o deterioro de inmueble, siempre que no tengan origen en un acto del propietario porque en tal caso se aplicaría el art. 1188. Ambas normas no constituyen para DORAL una verdadera acción de devastación aunque tienen el mismo fundamento que la acción.

Sostienen AUBRY Y RAU²²⁶ que se trata con ellas de abarcar todas las facultades inherentes al derecho de propiedad y el derecho del acreedor hipotecario a que se mantenga la integridad de la garantía. De este modo, el propietario del inmueble hipotecado, en detrimento del mismo, no puede realizar ningún acto de disposición, material y jurídico que disminuya el valor del inmueble.

DORAL también cita el art. 2175 del CC francés y dice que en el mismo quedan comprendidos los actos de disposición material y jurídica que entrañan la depreciación del inmueble cuando la finca ha pasado a un tercer poseedor pero dice que se trata de una medida más represiva que preventiva, traducida en una indemnización por el valor de la disminución que los deterioros hayan causado. En este sentido expresa el autor que más que una acción de devastación, constituye este precepto una regla de equidad, cuyo fundamento tiene relación con la doctrina del enriquecimiento injusto, y la culpa extracontractual, evitando el posible perjuicio económico que se deriva de la colisión de los derechos que el acreedor y el tercero tienen en la misma cosa.

MORENO QUESADA²²⁷, en contraposición a estas observaciones sobre el derecho francés expuestas por el autor, sostiene que el mismo DORAL «reconoce que no tiene un precepto específico que los abarque,

²²⁶ AUBRY, C. y ESMEIN, Pauland RAU, C. *Droit Civil Français*. 6ème éd / par Paul Esmein, Paris: Librairies Techniques, 1958.

²²⁷ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., 339.

ni una sanción típica para los actos de disposición material y de disposición jurídica que realice el propietario; en cada caso aplica principios contenidos en diversas normas, subsumiendo estos supuestos concretos en disposiciones concretas de distintos alcance y procedencia». Y mantiene también que no puede ser de distinta manera puesto que los autores, para aplicar el art. 2131, que regula la acción de devastación, consideran que una de las condiciones es que haya pérdida o degradación material, que la depreciación la origine una modificación en el estado físico del inmueble, no siendo suficiente una disminución de valor originada por causas externas.

- **Alcance del concepto de deterioro en el Código civil alemán.**

Por último, el Código Civil alemán dedica tres preceptos a la regulación de lo que se entiende como una protección que tiene el acreedor hipotecario para que no sea puesta en peligro la seguridad de su hipoteca. De forma sistemática se regula en los arts. 1133, 1134 y 1135.

Siguiendo a Wolff²²⁸ deben distinguirse dos situaciones diferentes:

- a) Protección contra un riesgo ya ocurrido, en cuyo caso son dos los requisitos que han de darse: el primero que exista un menoscabo de la finca o de sus pertenencias; y el segundo que exista un peligro para la seguridad de la hipoteca, es decir, que el daño producido en el bien o en las pertenencias contenidas en el bien, disminuyan la cobertura que presta la hipoteca.

Es indiferente el origen del menoscabo ya que cuando los daños producidos sean contra derecho y mediando culpa, entonces puede considerarse como acto ilícito

²²⁸ Wolff, M., Derecho de cosas En: *Tratado Derecho Civil de Enneccerus t. III, v. 2º*, – Kipp- Wolf, traducido por Blas Pérez González y Jose Alguer, 3ª ed., Bosch, 1970, págs. 259 y ss.

b) Protección contra un peligro que amenaza, que aun no ha producido el menoscabo. Esa conducta que puede producir el daño, puede realizarla tanto el propietario como terceros. En este caso basta con que deje de actuarse de modo que se mantenga el peligro que ocasiona el daño, y además el acreedor tiene derecho a que se dicten ciertas medidas judiciales en orden a evitar el peligro.

En el régimen alemán debe destacarse la importancia que el legislador presta a las llamadas pertenencias, ya que también sobre estas puede producirse el menoscabo, a ellas se refiere expresamente el art. 1135 del BGB cuando dice: *«A un empeoramiento de la finca en el sentido de los parágrafos 1133 y 1134 se equipara la circunstancia de que las pertenencias a las que se extiende la hipoteca sean menoscabadas o sean separadas de la finca en contra de las reglas de una ordenada economía».*

En el Código Civil alemán existen numerosas disposiciones específicas relativas a situaciones originadas por la 2ª Guerra Mundial y los problemas que se suscitaron con la destrucción de inmuebles que estaban hipotecados.

DORAL también se refiere a los parágrafos 1133, 1134 y 1135, concernientes a la defensa de la integridad de la finca hipotecada e incluye los deterioros materiales y jurídicos de la cosa hipotecada.

Para el autor, el párrafo 1134 permite reaccionar frente a la puesta en peligro de los bienes, con independencia de las personas y de las causas que pueden originarlo y por tanto incluye tanto el deterioro material como jurídico. Sostiene además que es indiferente que el acto sea positivo, con tal de que no produzca de forma inmediata el deterioro, o negativo y cita como ejemplos no realizar mejoras necesarias o contratar o renovar el contrato de seguro, desalquilar las

viviendas para prepararse a la demolición, etc. Y en consecuencia cita diversos remedios, desde exigir que el dueño o el tercero se abstengan de realizar estos actos que pueden disminuir o hacer insuficiente el derecho de garantía que ostente el acreedor, hasta ordenar la administración judicial, mejorar la finca, reintegrar accesorios, reclamar de los terceros su restitución, etc.

También se refiere DORAL al menoscabo ya producido que contempla el parágrafo 1133 y dice que el deterioro puede no ser material, ya que el acreedor también está protegido frente a los deterioros jurídicos.

Frente a los argumentos de DORAL en lo que respecta a la inclusión de los deterioros jurídicos en el Derecho alemán, tampoco opina MORENO QUESADA²²⁹ que puedan encontrarse argumentos convincentes desde el momento en que su tratamiento presenta un enfoque diferente al de nuestro ordenamiento jurídico, basado en la distinción entre daños temidos y perjuicios ya consumados.

Lo cierto es que la doctrina alemana no se pronuncia en un sentido u otro y se limita en sus enumeraciones a incluir o no supuestos que se califican de deterioros jurídicos. De este modo NUSSBAUM²³⁰, como riesgo de deterioro en el ámbito del parágrafo 1134, incluye el hecho de no abonar la prima del seguro contratado sobre el edificio o sus pertenencias como fundamento para entablar lo que los alemanes llaman acción de devastación.

En el caso de los quebrantos *ya producidos*, el autor señala que la destrucción de un edificio, cuando el solar no ofrezca la seguridad

²²⁹ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., pág. 338.

²³⁰ NUSSBAUM, Arthur y ROCES, Wenceslao. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán: con una introducción sobre los principios generales del registro inmobiliario*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929, págs. 198 y 199.

necesaria y la demolición del edificio se realice con el objeto de edificar de nuevo, puede dar origen a la acción de devastación. Asimismo, cuando se trata de casas alquiladas y se desocupan las viviendas para preparar la demolición, supone un quebranto para la seguridad del hipotecarista y supone un deterioro jurídico, no material y físico. En este supuesto el propietario, antes de emprender una reconstrucción, tendrá que contar con la aquiescencia del acreedor hipotecario, aunque advierte NUSSBAUM que las autoridades que se encargan de las construcciones no se preocupan nunca, antes de conceder las licencias de edificación, de las hipotecas que existen sobre la finca.

También HEDEMANN ²³¹ hace referencia a las alteraciones arbitrarias de la sustancia de una finca por una inadecuada explotación económica y menciona, entre otros, el deterioro físico de la finca, la renuncia a un derecho de paso, que solo puede hacerse con asentimiento del acreedor hipotecario, la retirada prematura de las cosechas o de otras «partes integrantes» de la finca, que representa un peligro evidente para el acreedor hipotecario, etc.

Para este último autor, las acciones de devastación como manifestación de la sumisión de la finca a la hipoteca, son acciones defensivas de carácter real, una de ellas para obtener el restablecimiento de la situación cuando se hayan producido perturbaciones y la otra para prevenir perturbaciones futuras. Con estas acciones defensivas se quiere conservar la «masa de valor» y para ello se «empeña» al acreedor la «sustancia» de la finca.

Ahora bien, después de analizar la diversidad de tal panorama en el derecho italiano, francés y alemán por DORAL, considero que no es suficiente para esgrimir el estado de la cuestión en el Derecho español

²³¹ HEDEMANN, J., 1953, ob. cit., pág. 408.

porque como apunta CARPI MARTÍN²³², existe una diferencia notable entre aquellos sistemas y el nuestro y es el aspecto subjetivo del art. 117 LH, aspecto que lo convierte en una medida cualitativamente distinta de las que contemplan el resto de ordenamientos. Sostiene la autora que en el nuestro, la protección que dispensa el precepto responde a la salvaguarda de la garantía hipotecaria frente a los que están investidos de una esfera de poder sobre el bien hipotecado y pueden por ello excederse bajo el amparo de una supuesta legitimidad.

La hipoteca impide que el dueño de la finca pueda comportarse como un propietario normal porque la autonomía de su voluntad tiene como límite la salvaguarda del valor de la finca hipotecada sin sufrir menoscabo alguno de tipo material o jurídico. Es cierto que la hipoteca permite que el dueño de la cosa hipotecada pueda disponer de la misma, realizando actos de tipo material y jurídico pero también lo es que no puede extralimitarse en el ejercicio de sus prerrogativas y tan abusivos pueden resultar los daños de naturaleza física como los de naturaleza jurídica.

Indica MORO LEDESMA²³³ que por la hipoteca se prohíbe o se limita al deudor llevar a cabo ciertos actos de disposición material y cita como ejemplos, cortas de arbolado o demolición de edificios. Continúa diciendo que es necesario tener en cuenta que el dueño no pierde por la constitución de la hipoteca sus facultades dispositivas, aunque no podrá ejercitarlas con el fin de destruir el valor del inmueble gravado. Tanto los actos de disposición material como jurídicos pueden revestir la apariencia de un ejercicio normal de la propiedad y sin embargo, suponer un perjuicio para el acreedor.

²³² CARPI MARTIN, 2005, ob. cit., pág. 239.

²³³ MORO LEDESMA, S. La relación entre el arrendamiento y la hipoteca. *Anuario de Derecho Civil*, 1956, págs. 1329 y ss.

Esto como se sabe es consecuencia de que la hipoteca no implica un desplazamiento posesorio y el deudor, durante la fase de seguridad de la hipoteca debe mantener el valor de la cosa hipotecada. La salvaguarda de esto último tiene que ver con un cuidado diligente de la sustancia, productividad y destino económico de la finca, ya que la hipoteca tiene como referencia la cosa entera aunque en su unidad real, sujetándola en todas sus manifestaciones desde el punto de vista del valor. Si bien la disociación de los distintos factores que conforman la entidad de la cosa es útil en el plano conceptual, lo cierto es que los mismos forman parte de una unidad económica y jurídica y por ello tiene especial relevancia mantener la sustancia, rentabilidad y destino de la cosa hipotecada porque de estas cuestiones dependerá el valor a obtener en una posible ejecución forzosa. Antes de llegar a esta última, es posible a través de la acción de devastación, evitar o poner remedio a los quebrantos que se ocasionen en la finca²³⁴.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS²³⁵, para fijar el alcance del concepto de deterioro alude al menoscabo sustancial y con ello al menoscabo económico que supone en todo caso un deterioro. El autor añade que para saber si un acto o negocio jurídico es deterioro hay que analizar el grado de utilidad que atribuye a su titular la relación con el objeto de la hipoteca, de propiedad, de usufructo, etc. y por ello, una modificación de la relación a que esté adscrita la cosa puede ser menoscabo sustancial, aunque se trate de un deterioro jurídico. A título de ejemplo dice que no puede ser lo mismo el deterioro de una finca rústica cuando se trata de la hipoteca de usufructo que cuando quien hipoteca la finca es el propietario. Y esto es así porque en el primer caso para determinar el valor de la cosa se tienen que tener en cuenta los frutos que se pueden percibir mientras dure la garantía. También el autor le da

²³⁴ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 279 Y 280.

²³⁵ Vid., pág. 298.

importancia a la duración de los derechos hipotecables porque el incumplimiento por el dueño de las obligaciones o pactos y en su caso la dejación de los derechos, también puede llevar aparejada la extinción del derecho objeto de la hipoteca.

Yo coincido plenamente con el autor en que tanto los menoscabos materiales como jurídicos tienen cabida en el alcance de la norma objeto de mi estudio, siempre que se produzca la insuficiencia de la garantía, pues de lo contrario, en caso de deterioros de tipo jurídico el acreedor carecería de medios de defensa en la fase de seguridad de la hipoteca.

Además, como ya dije anteriormente, considero que el art. 219.2° RH perfila y aclara los efectos propios del art. 117 LH, contemplando un supuesto particular de deterioro jurídico y su remisión a este último implica que están comprendidos en el precepto Ley Hipotecaria los deterioros jurídicos. Tampoco un Reglamento puede alterar lo que la Ley dispone y para cuya ejecución se dicta y tan solo el art. 219.2° RH contempla uno de los supuestos concretos de deterioro jurídico, el de un arrendamiento intencionalmente gravoso. A esta cuestión se le ha dotado de una regulación específica debido a las complicadas relaciones que pueden surgir entre el acreedor hipotecario y el arrendatario del inmueble hipotecado pero no significa que sea el único supuesto de deterioro jurídico. A mi entender el art. 117 LH contempla un supuesto genérico y el art. 219.2° RH a modo de ejemplo, uno específico también incluido en el alcance del art. 117 LH.

Considero que el precepto reglamentario viene a ilustrarnos sobre cómo debemos interpretar el término «*deterioro*» del art. 117 LH. Así lo expresa SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (1996)²³⁶ cuando dice que

²³⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., 1996, ob. cit., págs. 313 y 314.

por vía de interpretación sistemática (nacida del contexto), hallando cuál es la verdadera «ratio» del precepto, queda justificado realizar una interpretación extensiva («todo tipo de deterioro, siempre que amenace la garantía, legitimará para el ejercicio de la acción de devastación») y no restrictiva del precepto («solo el deterioro material, como requisito sustantivo y autónomo que, además, debe amenazar la suficiencia de la garantía es el que legitima para ejercitar la acción de devastación»).

Añade la autora que lo que verdaderamente le importa al acreedor hipotecario es el valor en venta de la cosa y no su materialidad, es decir, las expectativas de cobro que sobre dicho bien tiene este último, en caso de que el propietario incumpla su obligación garantizada con hipoteca. Entonces el valor del bien hipotecado puede venir determinado por las características físicas de la cosa pero también por otras variables que pueden ser ajenas a lo físico. Cita a modo de ejemplo un arrendamiento gravoso, una explotación antieconómica, una expropiación-sanción con justiprecio rebajado, una venta forzosa en análogos términos, etc.

Por tanto, si el arrendamiento gravoso que contempla el art. 219.2º RH es un supuesto específico de deterioro, son de aplicación los requisitos de la acción de devastación que menciona YSAS SOLANES²³⁷ para el art. 117 LH: deterioro de la finca, que la disminución conlleve que la hipoteca sea insuficiente o que pueda llegar a serlo, dolo, culpa o voluntad del dueño y la prueba de los tres requisitos anteriores. Y considera que son de aplicación porque se trata de una misma acción aunque en el arrendamiento gravoso recogido en el art. 219.2º RH, si la renta pactada se ajusta al supuesto, la disminución de la garantía y la intención del dueño se presumen.

²³⁷ YSAS SOLANES, M. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, págs. 66 y 67.

Si lo que se intenta evitar es la disminución de la garantía hipotecaria, resulta indiferente que el deterioro se deba a actos materiales o a actos jurídicos. Además, el art. 117 LH habla únicamente de «deterioro» sin calificarlo de ningún modo, lo que da pie a realizar esta interpretación extensiva de la norma. Ahora bien, no debemos olvidar la valoración que corresponde realizar al Juez ante los hechos probados por el acreedor hipotecario en aras de valorar si los tipos de deterioro mencionados suponen una disminución del valor de la garantía hipotecaria.

GITRAMA²³⁸ hace referencia a dos signos diversos de los actos de conservación, a saber, «la conservación o reparación material de la cosa corpórea [...], medio de defensa física, que evita preventivamente o mediante las reparaciones subsiguientes a un deterioro las causas de disminución del valor y utilidades de dicha cosa y la defensa jurídica, por así decirlo, del derecho sobre la cosa corporal o incorporeal, cuando surgen obstáculos a su ejercicio o se intentan dislocaciones del mismo». Y esto tiene sentido en aras de delimitar los posibles supuestos de deterioro material ante los que puede reaccionar el acreedor hipotecario en orden a la conservación de la cosa. Porque aunque desde la constitución de la hipoteca el dueño puede disfrutar y disponer de la cosa, se hace necesario atemperar el alcance de los actos para que no influyan en el mantenimiento del valor de la cosa y no supongan una extralimitación abusiva del propietario de la cosa en su esfera patrimonial.

A continuación me ocuparé de dicha cuestión, exponiendo en primer lugar a título de ejemplo una lista de deterioros materiales y en segundo lugar el detalle de los actos de naturaleza jurídica que también pueden resultar abusivos por disminuir el valor del bien gravado.

²³⁸ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *La administración de herencia en el derecho español*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950, pág. 384.

Considero que esto es así porque si se trata de dispensar protección al acreedor hipotecario en virtud del art. 117 LH, tanto los actos de deterioro material como jurídico pueden provocar la insuficiencia de la garantía.

Ahora bien, en el art. 117 LH puede tener cabida un amplio elenco de supuestos de deterioro material y jurídico que disminuyan el valor del bien hipotecado, haciendo insuficiente la garantía. Podemos hablar desde menoscabos o desperfectos de carácter material hasta hechos imputables al propietario del bien hipotecado que tengan una transcendencia jurídica. Y como hay que tener en cuenta únicamente los hechos que sean imputables al dueño, escapan del concepto de deterioro que estamos manejando las depreciaciones por valor de mercado, si bien hay que tenerlas en cuenta en una época de crisis económica como la actual en la que al panorama expuesto añadimos elementos como por ejemplo la falta de solvencia.

ROCA SASTRE²³⁹, en un intento de abarcar los supuestos más significativos de deterioro material y jurídico, dice que

es interesante la concreción de los actos del propietario que extravasan los límites normales de sus facultades dispositivas y de gestión de sus bienes, y que al asumir uno, varios o todos, de los de carácter inmueble, la condición de gravados con hipoteca, trascienden o pueden trascender en detrimento de la seguridad hipotecaria; pero tal concreción solo es posible especificarla respecto de actos notoriamente perjudiciales para el valor en cambio del bien hipotecado, pues se dan coyunturas no siempre fáciles de catalogar. (ROCA SASTRE, 2009)

²³⁹ ROCA SASTRE, 2009, ob. cit., págs.549 y ss.

A continuación, a modo de ejemplo paso a explicar algunos de los actos que pueden originar que el acreedor hipotecario ejercite la acción de devastación al amparo del art. 117 LH.

IV.2.2.2. Enumeración posibles supuestos deterioro material

Entre los actos de carácter material, se refiere ROCA SASTRE²⁴⁰ en primer lugar al «*deterioro querido, total o parcial, del bien hipotecado*», como consecuencia de realizar de manera arbitraria alteraciones materiales que ocasionen la disminución de su valor en cambio o de realización. En segundo lugar, menciona el mismo autor la explotación antieconómica del bien hipotecado que merme su valor en el tráfico jurídico²⁴¹. Y en tercer lugar menciona la depauperación material de la finca provocada por «*omisiones de su propietario, que a veces puede ser*

²⁴⁰ Dice el autor que este supuesto engloba «la destrucción voluntaria de lo edificado en la finca gravada, a menos que esta solamente tenga consistencia por el valor del solar o bien que sea efectuada su demolición para reedificar en forma que signifique aumento de valor. Pero siempre necesitará para ello el asenso del propietario, salvo que, a los efectos de esta edificación, sea para alquilar los diferentes pisos o locales del edificio reedificado, habiendo procedido legalmente para ello, o sea, en virtud de expediente de demolición aprobado por la autoridad gubernativa.

La apertura de fosos o acequias en el terreno de la finca hipotecada, salvo que sea para su mejor aprovechamiento y rentabilidad por obras de regadío, de explanación, etc.

El desvío de algún manantial que nazca en la finca o de corriente de agua que transcurra por ella, inutilizándola para el regadío, excepto cuando responda a saneamiento de marismas, bonificación de terrenos salitrosos u otras razones de conveniencia que impliquen mejoras en ella.

La corta de árboles no talaes o no maderables, tratándose de fincas con bosque, plantaciones o arbolado de esta especie, e inclusive la tala excesiva o desmesurada por extravasar las reglas normales de un racional plan dasocrático, o sea, porque las talas sean efectuadas antes de llegar las especies arbóreas existentes a su época ordinaria de su corta, por no haber adquirido el grado de madurez, respondiendo todas estas operaciones a un afán de esquilmo de la finca hipotecada por la simple motivación de hacer arbitrariamente dinero con ellas como, por ejemplo, si se tratare de un usufructuario que atentare a la sustancia misma del predio usufructuado».

²⁴¹ Incluye aquí los cambios absurdos o injustificados de cultivos de la finca gravada, significando mutación perniciosa del estado de producción de la misma, en disminución del valor en cambio de ella.

La prematura retirada o antes del tiempo normal de cosechas o productos de la finca, o el apartamiento o desprendimiento de ella de pertenencias, partes o elementos integrantes o accesorios de su contenido, que impliquen riesgo de minoración del valor de la finca para el acreedor hipotecario o depauperación de ella, en cuanto envuelvan desviaciones anormales de las debidas directrices de una explotación ordenada o regular.

La resolución o cese de relaciones arrendaticias o de inquilinato, con el consiguiente desocupo de las correspondientes viviendas y locales de la finca hipotecada, salvo, empero, con aquiescencia del acreedor hipotecario».

por actitud pasiva de los suyos, y, en cuanto ello redunde en detrimento de su valor»²⁴².

A continuación, como dije antes, para ilustrar esto he seleccionado algunos ejemplos de deterioros materiales que podrían suponer una disminución del valor de la garantía hipotecaria por parte del propietario o titular del derecho real hipotecado, frente a los que puede reaccionar el acreedor hipotecario.

IV.2.2.2.1. Uso y no uso de los derechos subjetivos

Los potenciales supuestos de deterioro pueden ser infinitos, por ejemplo la disminución de valor de la garantía por no uso de una servidumbre de paso que proporcione a la finca acceso a una vía de comunicación principal porque aunque la servidumbre conste inscrita en el Registro de la Propiedad y a ella se extienda el derecho de hipoteca, las servidumbres se extinguen por falta de uso durante 20 años al amparo del art. 546.2º CC, y es el propietario o el poseedor material de la finca quien está en disposición de proceder a tal uso.

En cuanto al uso de los derechos subjetivos, hice referencia con anterioridad a la teoría sobre el abuso de los derechos como expresión de un ejercicio o uso abusivo. El fundamento del ejercicio de un derecho lo constituye el goce pacífico y normal del mismo. CASTÁN TOBEÑAS²⁴³

²⁴² «Considera aquí la actitud de omisión o negligencia de dicho propietario, por permitir, gracias a su pasividad, que la finca sufra desperfectos por el transcurso del tiempo, accidentes sobrevenidos, intromisión de terceros o abusos de arrendatarios o apareceros o de propietarios colindantes. La imprevisión o escaso o nulo cuidado del dueño puede permitir que la acción del tiempo origine desplomes, derrumbamientos, hundimientos o desmoronamientos en la finca hipotecada, sobre todo si es urbana, dejando con ello perecer edificios o construcciones, paredes o accesorios, o dejando yermas fincas de producción agrícola, que conduzca fatalmente a la desaparición de lo construido o a la menor productividad y rendimiento de la explotación agraria o industrial. Es indiferente que este descuido o dejadez responda a la sola actitud del propietario o bien a su escasa vigilancia, por la inacción depauperante de arrendatarios, apareceros o administradores, etc.»

²⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2º, 14ª ed., rev. y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1987.

establece como principios básicos en el ejercicio de los derechos los siguientes:

- a) Tiene que atenerse a la extensión y límites que marca el contenido del propio derecho o en su caso por disposiciones legales.
- b) Tiene que respetarse la propia naturaleza de cada derecho.
- c) Como principio general informante del orden jurídico se tiene que respetar la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC).
- d) Se tiene que respetar la función o destino económico social de cada derecho porque de lo contrario, nos encontraremos ante un abuso del derecho.

MANZANO FERNÁNDEZ²⁴⁴ alude a la extinción de los derechos por el no uso, como la falta reiterada de actuación de su contenido o falta de aprovechamiento económico de la cosa objeto del derecho sin una declaración de voluntad expresa que implique renuncia, abandono o enajenación de derecho por su titular. Se refiere la autora a la falta de aprovechamiento o utilización material del derecho, con independencia del ejercicio de las acciones que lo amparan, de forma que en nuestro Derecho positivo muchas veces se marca la diferencia entre los supuestos de extinción por prescripción y por el no uso.

La autora menciona los siguientes supuestos:

- a) **No uso de las fincas rústicas** en aquellos casos en los que las fincas lleven sin explotarse como mínimo dos años, siendo susceptibles de explotación agraria y cuando no se aprovechen correctamente los medios o recursos disponibles que hayan originado las obras construidas por el Estado u otros entes

²⁴⁴ MANZANO FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 87 y ss.

públicos, tal y como está previsto en el art. 2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre Fincas Manifiestamente Mejorables.

Según el art. 6 de la misma Ley, la calificación de finca manifiestamente mejorable se hará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y podrá dar lugar, según el número 3 del mismo art. a *«la urgencia de la ocupación de los bienes o derechos cuya expropiación deberá verificarse con arreglo al procedimiento previsto en el art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, con excepción de lo relativo al justiprecio, que se regirá por lo dispuesto en esta Ley»*. La expropiación dará lugar, según el art. 7.1º de esta Ley a *«la privación singular del derecho de uso y disfrute mediante el arrendamiento forzoso al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) de la finca afectada, o, cuando se trate de fincas forestales, el convenio forzoso con el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA). En el caso de fincas mixtas, decidirá la Administración qué organismo u organismos han de arrendar o convenir»*.

- b) **No uso del derecho/obligación de edificar.** Según el art. 1 del Decreto 635/1964 de 5 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, dispone que *«Los propietarios que tengan la calificación jurídica de solares a efectos de su edificación forzosa conforme a la Ley del Suelo y disposiciones complementarias, deberán llevarla a efecto en los plazos determinados por los planes, proyectos de urbanización o expropiación, programas de actuación o acuerdos de declaración de interés inmediato»*.

Tal y como prevé el art. 18 de la misma Ley, la inclusión de un inmueble en este Registro se hará constar en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal a la última inscripción de dominio de la finca. Dicha nota se cancelará por caducidad,

transcurridos cinco años desde su fecha, a menos que conste en el Registro de la Propiedad asiento acreditativo de modificación del plazo o del procedimiento de enajenación forzosa.

El art. 19 menciona la no inmatriculación en el Registro de la Propiedad del inmueble o que no conste a nombre del propietario, como causa de extender anotación preventiva, que caducará a los cuatro años de su fecha.

El capítulo V de la Ley se refiere al incumplimiento de la obligación de edificar y su art. 27 expresa que la resolución que declare el incumplimiento de la obligación de edificar se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la última inscripción de dominio, quedando el inmueble en situación de enajenación forzosa con carácter de carga real y así se consignará en las certificaciones que de la finca se expidan.

Por otra parte, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, regula los aspectos registrales de la inclusión de una finca en el Registro Administrativo de Solares y Terrenos sin urbanizar, mediante nota al margen de la última inscripción de dominio, tal y como establece su art. 87. Lo mismo para el caso de declaración de venta forzosa, donde el literal del art. 88 de la citada Ley dice que: *«La resolución administrativa firme por la que se declare el incumplimiento de los deberes urbanísticos que motivaron la inclusión de la finca en el Registro administrativo, con aplicación del régimen de venta forzosa, se hará constar por nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la última inscripción de dominio de la finca».*

c) **No uso del derecho del superficiario.** También el derecho de superficie se extingue si el superficiario no hace uso de su derecho a edificar en el plazo previsto. De este modo, la vigente Ley del Suelo aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en su art. 41 establece que este derecho *«se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho [...] La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario»*. Este último inciso cobra relevancia en el objeto de este estudio, de hecho ya hice mención en páginas anteriores a la hipotecabilidad del derecho de superficie y por tanto al legítimo interés que puede tener el acreedor hipotecario en ejercitar la acción de devastación cuando resulta mermado el objeto de su garantía.

d) **No uso de las servidumbres.** Más adelante, en distinto epígrafe, MANZANO FERNÁNDEZ se refiere al «no uso como causa extintiva de las servidumbres». Anteriormente ya mencioné este supuesto pues el uso, como dice en esta ocasión la autora, es un factor determinante del concepto de servidumbre y considera que no hay servidumbre sin un uso efectivo y una utilidad.

Sin embargo, desde un punto de vista negativo, el valor existencial y condicionante del uso tiene la posición claudicante del derecho cuando el uso falta. Dice la autora que si el uso efectivo condiciona el nacimiento de la servidumbre, el no uso determina su extinción. El art. 546.2º CC recoge como causa de extinción de las servidumbres el no uso durante veinte años.

IV.2.2.2.2. Cambio de destino del inmueble hipotecado

Además de los supuestos que comenta MANZANO FERNÁNDEZ referentes al no uso de los derechos subjetivos como causa de extinción de los mismos, existe otro supuesto que puede suponer la pérdida de la garantía. Me refiero al cambio de destino económico del inmueble hipotecado, que puede operarse dice CARPI MARTÍN²⁴⁵, poniendo fin por ejemplo a su explotación como establecimiento hotelero para destinarlo a un centro de formación profesional, con la correspondiente pérdida de valor en el mercado. Dice la autora²⁴⁶ que, en este caso, el deterioro vendrá producido por la diferencia en el precio de venta entre un inmueble habilitado para el desarrollo de una actividad tan lucrativa como la hostelería o el mismo inmueble, que se destinaba a lo anterior y ha sido reformado para impartir clases de peluquería.

ÁVILA NAVARRO²⁴⁷ contempla algunos supuestos, que ya comenté con anterioridad en el estudio que hice sobre el alcance del concepto de deterioro, donde el cambio de destino puede influir de forma notable en su valor.

- a) En una finca urbana, constituida la hipoteca sobre la finca y no sobre el establecimiento mercantil, el propietario es libre de tomar las decisiones que crea conveniente acerca de la iniciación, cese o alteración del negocio ajeno con independencia de que el cambio o cese de actividad suponga sustraer a la garantía hipotecaria elementos que deben quedar comprendidos en ella, es decir, aquellos a los que se refiere el art. 111.1º LH como «objetos muebles que se hallan colocados

²⁴⁵ CARPI MARTÍN, R. 2005, ob. cit., pág. 251.

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ ÁVILA NAVARRO, P. Obligaciones y cláusulas accesorias en la hipoteca: problemas y posible garantía. En: *Hipotecas y seguridad jurídica*. Centro de Estudios Registrales, 1991, págs. 104 Y 105.

permanentemente en la finca hipotecada [...] para su explotación o para el servicio de alguna industria [...].

También en la finca urbana, el autor cita otro supuesto referente al derribo de construcciones existentes en la finca, y que deban entenderse hipotecadas supone una minoración del valor de la garantía; incluso si se hace con objeto de construir nuevas edificaciones, será dudoso si la hipoteca se extiende legalmente a ellas. El art. 110.1º LH excluye de la hipoteca «la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere», dejando la duda sobre casos en que la nueva construcción sustituye a otra de mucho menos valor o que ocupaba menor parte del solar; y aunque se extienda la hipoteca, por haberse pactado así o por no surgir aquellas dudas, siempre se atravesará una fase de minoración económica cuando quede el solar vacío.

Para ÁVILA NAVARRO, estas actuaciones que se realizan sin consentimiento del acreedor hipotecario, pueden dar origen a la acción de devastación y puede dar lugar dice, a las especiales medidas precautorias contempladas en el mismo precepto; y, tal como en otros casos de deterioro, cabría sostener la eficacia real de un pacto, que concretando el art. 1129.3 CC, estableciese el vencimiento anticipado de la deuda y de la hipoteca, salvo sustitución satisfactoria de la garantía.

- b) Dice AVILA NAVARRO que lo mismo que del derribo de la edificación en fincas urbanas, puede decirse con respecto a las rústicas en cuanto a la destrucción o sustitución de aquellos elementos que se entienden hipotecados según el art. 110 LH, como «obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad», etc.

Con respecto a la decisión de cambiar el destino de un normal cultivo agrícola a otros que, como el forestal, suponen un largo periodo de tiempo sin perspectivas de rendimiento económico, y, en determinadas especies arbóreas, un deterioro considerable de la fecundidad de la tierra. Sin embargo, la decisión sobre el cultivo a que se va a dedicar una finca rústica durante la temporada agrícola no suele influir en el valor de la finca.

IV.2.2.2.3. Desafectación de elementos incluidos mediante pacto expreso en el objeto de la hipoteca de acuerdo con lo previsto en el art. 111.1º LH

La extensión de la hipoteca, regulada en los arts. 109 a 113 LH deja, como expresa AVILA NAVARRO²⁴⁸, un margen a la voluntad de los interesados.

A este respecto, estoy de acuerdo con DORAL Y GARCÍA DE PAZOS ²⁴⁹ cuando admite que nuestra Ley Hipotecaria regula la extensión de la hipoteca de manera casuista, pero no tanto como dice el autor en relación a que intenta respetar la autonomía de la voluntad y los intereses particulares, preferentemente del hipotecante y del tercer poseedor, saliendo al paso de una abusiva prepotencia económica del acreedor hipotecario «que pretendiera extender la base objetiva de la garantía cuando el valor de la finca cubra suficientemente la suma total de dinero a que asciende la deuda». Añade el autor que «el legislador se muestra siempre respetuoso con la voluntad expresa o presunta del dueño, asignando a las normas autónomas un destacado lugar como fuente y como criterio de interpretación».

Pienso que estas normas autónomas devienen de unas escrituras de préstamos hipotecarios que se suelen redactar conforme a minutas

²⁴⁸ ÁVILA NAVARRO, P. ob. cit., págs. 71 y ss.

²⁴⁹ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 230 y 231.

de las entidades crediticias. El notario relata las obligaciones a firmar y las posibles consecuencias en caso de incumplimiento del contrato con la entidad bancaria, con una jerga que en ocasiones ni siquiera entiende el hipotecante, con lo que ya solo por eso creo que la entidad financiera ostenta una posición superior frente al cliente que en ocasiones carece de conocimientos para comprender los riesgos de la inversión. El notario da fe pública pero no se encarga de que el hipotecante deudor y/o no deudor entienda el documento y sus implicaciones.

La actividad contractual de la entidad de crédito está presidida por la seguridad económica de poder recuperar lo previamente entregado (el capital) con el máximo beneficio (los intereses) y por la misma seguridad económica basada en unas condiciones generales que ha experimentado como consecuencia de la práctica.

Ello da lugar a que se introduzcan en los contratos tipo, ofrecidos por las entidades de crédito a su clientela, cláusulas que pueden ser juzgadas de lesivas o al menos de abusivas por suponer en el contrato una merma de los derechos del cliente sin obtener por tal pérdida ninguna contrapartida. En este sentido las más usuales son aquellas cláusulas que evidencian su carácter abusivo, no consideradas en sí mismas sino junto a otras que con ellas conforman el equilibrio financiero del contrato.

El abuso sin límite, entendido como un uso desmedido y como un exceso, se plasma en multitud de cláusulas contractuales que establecidas unilateralmente por la entidad crediticia se revelan como abusivas.

Incluso en ocasiones la entidad bancaria induce a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo si la primera hubiera actuado con la debida diligencia y con la buena fe exigible en la contratación, siendo imprudente en la gestión y aprovechando la ignorancia sobre banca de

un cliente para ofrecerle un préstamo hipotecario poco apropiado a sus necesidades o situación personal. También pienso que se ha efectuado por parte de las entidades financieras cierta publicidad emocional, haciendo creer a los hipotecantes que llegado el momento, se involucrarán en sus problemas de índole personal.

Las escrituras de hipoteca contienen normalmente una cláusula sobre extensión objetiva para extender la hipoteca al mayor número de elementos posible. AVILA NAVARRO²⁵⁰ hace referencia a la misma y «se queja» de la generalidad con que suele redactarse esta cláusula («la hipoteca se extiende a los bienes o elementos señalados en los arts. 109, 110 y 111 LH») diciendo que no es un modelo de acierto por los motivos que expone en su obra. Entre ellos, refiriéndose al art. 112 LH, observa que este precepto es de carácter imperativo y que han de respetarse las excepciones establecidas a favor del tercer poseedor. Sin embargo, sí que admite la discusión sobre el concepto de tercer poseedor, si se puede o no excluir de tal consideración al adquirente de la finca con subrogación en la hipoteca y al adquirente con mero descuento o retención del importe de la carga hipotecaria. Para ello hace referencia a los circunloquios de la doctrina, concluyendo que parece que coincidan los autores en que si el tercer adquirente se subroga en la responsabilidad hipotecaria y en la obligación personal garantizada, la hipoteca le afectará lo mismo que al deudor y podrá entonces pactarse su extensión a los elementos que excluye el art. 112 LH. Expone AVILA NAVARRO²⁵¹ que podría pensarse sin embargo, que «la extensión solo tendrá lugar si el acreedor consiente la subrogación, porque lo que sería incongruente es que el acreedor pueda considerar al primitivo deudor como tal deudor y al adquirente, como deudor

²⁵⁰ AVILA NAVARRO, 1991, ob. cit., pág. 135 y ss.

²⁵¹ *Ibid.*

subrogado, en una especie de solidaridad pasiva que no ha sido nunca consentida por ninguno de los dos».

Por otra parte, en cuanto a la retención o al descuento de parte del precio sin subrogación expresa en la obligación personal, alude al contraste entre las opiniones de ROCA (que considera al tercer poseedor, extraño a la obligación principal y protegido por la limitación del art. 112 LH, al que descuenta pero no al que retiene) y SANZ (que considera que ambos asumen de forma tácita la obligación garantizada y no pueden ser tenidos como terceros poseedores). Para AVILA NAVARRO sin embargo, también podría considerarse que la retención y el descuento son pactos entre hipotecante-vendedor y comprador, a los que el acreedor es ajeno y por tanto no puede pretender este último la extensión de la hipoteca a los elementos expresados en el art. 112 LH.

El autor además llama la atención sobre lo complicada que se hace la redacción de la cláusula sobre extensión de la hipoteca debido al «juego de reglas, excepciones y contraexcepciones de los arts. reseñados». Estoy de acuerdo con el autor en que debe cuidarse en la escritura de hipoteca la descripción de la finca para que refleje perfectamente el estado físico de la misma y yo añado que esto resulta de interés para que se hagan constar los desperfectos que existen en la finca, en aras de tener en cuenta el ejercicio de la acción de devastación por parte del acreedor hipotecario y los perjuicios ocasionados o no por el tercer poseedor.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS²⁵² sostiene que «con la encomiable preocupación de conceder preferencia a la tutela de los intereses de la parte económicamente más débil, el legislador procede de modo que resulta injusto para el acreedor, perjudicial para el crédito territorial y, en definitiva, perturbador del sistema». El autor se está refiriendo al

²⁵² DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 231.

principio individualista de la propiedad que imperaba en el momento en el que se elaboró la Ley y que dificulta su aplicación a nuevas realidades objetivas. Cita a modo de ejemplo cómo el art. 112 LH, equipara jurídicamente los desembolsos realizados por el tercer poseedor en elementos de adornos y comodidad con los inherentes a la explotación, sin tener en cuenta la conservación de las unidades objetivas de explotación, económicas, agrarias, industriales, etc.

Pero es que además la Ley Hipotecaria late en positivo, contempla la no extensión de la hipoteca en el art. 112 LH pero no tiene en cuenta los perjuicios ocasionados por el mismo tercero con las consecuencias que puede provocar en el deudor. Tampoco hace alusión a la falta de financiación que puede sufrir el propietario de la finca hipotecada como consecuencia de la importante crisis económica en la que nos hemos visto inmersos y que ha conseguido debilitar nuestro Estado de Bienestar.

Tampoco considero que en la Ley Hipotecaria se estén tutelando los intereses de la parte más débil por cuanto no se anticipa a los problemas, no dispone de planteamientos alternativos al inicio de los procedimientos de ejecución hipotecaria por parte de las entidades bancarias para no llegar a exigirle al deudor el importe total del préstamo hipotecario, dejándolo en la calle y con una deuda difícil de afrontar para el resto de su vida. Ya lo dice el refrán, «más vale prevenir que lamentar».

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS²⁵³, haciendo referencia al art. 111 LH, apunta que resulta conveniente que se adopten medidas y cautelas para defender al deudor como la parte económicamente más débil. Se está refiriendo el autor al temor que existe doctrinalmente acerca de los pactos que pueden llegar a establecerse para despojar al hipotecante, de unos bienes susceptibles de ser objeto de garantía por sí mismos

²⁵³ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., pág. 232 y 233.

privándole de esta manera de medios con los que obtener nuevos créditos a posteriori.

A mi entender estos pactos, fruto de la autonomía de la voluntad, también resultan interesantes para el supuesto que comento en el que el dueño actual hipoteca su finca con el compromiso de que dicha hipoteca se extienda a las agregaciones o edificaciones que en el futuro sean realizadas por él mismo o incluso por un tercero poseedor.

En este caso, entiendo que como la Ley Hipotecaria no lo establece, se debería proteger al hipotecante desde el momento de la constitución de la hipoteca, pues los perjuicios que origine el tercer poseedor pueden producir las consecuencias que citaba anteriormente.

Como dice CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA²⁵⁴, la mayoría de la doctrina y toda la jurisprudencia, prácticamente desde que lo defendiera MORELL Y TERRY, admiten la validez de los pactos y su eficacia frente a terceros por su constancia registral. Al menos dice, la cláusula tan habitual en las escrituras de extender la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando la finca hipotecada se transmita a un tercero.

Por tanto, a través de estos pactos, acreedor e hipotecante pueden acordar que se excluyan las excepciones legales, de forma que la hipoteca se extienda a accesiones, tales como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones que salva el art. 110.1º LH o a los bienes muebles que el art. 111 dispone, ya que el art. expresa literalmente «*Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario [...]*», por lo que no resulta imperativo.

Pero el autor también precisa los límites conforme exige en general el art. 1255 CC e indica por ejemplo, que a través de las normas

²⁵⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Extensión de la hipoteca, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.5, sept. 2012, págs. 137-149.

autónomas no es posible excluir de la hipoteca «aquellos elementos que supongan alteración de la misma finca registral hipotecada (v. gr., los excesos de cabida registrados, la agregación de terrenos por accesión natural,...), salvo que se proceda –previa y registralmente- a la pertinente segregación, en tanto esta sea posible. Así lo defiende, BLASCO GASCÓ (1994, 35 y 36); en contra, LLOPIS GINER (1999), por entender que como mejora resulta inseparable de la finca ya hipotecada».

También DORAL Y GARCÍA DE PAZOS²⁵⁵, cuando se refiere a los límites objetivos de la autonomía, antepone el interés económico social del objeto hipotecado a los intereses del dueño. El autor menciona el particularismo al que se refiere el art. 110 LH, que establece la extensión automática de la hipoteca a las mejoras «*que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes*», aunque no se mencionen en el contrato y siempre que correspondan al propietario. El texto legislativo las menciona a título de ejemplo y el autor hace mención a las dudas que genera dicho particularismo porque se le da un tratamiento uniforme a nociones tan dispares como las que contiene el art. 110 LH. Más adelante llega el autor a la conclusión de que la deficiencia que acusa en este punto la Ley Hipotecaria se debe al desajuste que se plasma en la misma Ley entre la propiedad entendida como pertenencia y su efectivo contenido económico social, advirtiendo con ello que se deben coordinar ambos objetos para lograr conservar la unidad de explotación, evitando cualquier quebranto ocasionado durante la vida del gravamen y esa misma sanción que se le impone al propietario en caso de no respetar la integridad de la cosa gravada y con ello no

²⁵⁵ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 243 y ss.

mantener el valor de la cosa hipotecada hace que pueda resarcirse de las inversiones que conlleven un aumento de valor de la finca hipotecada.

Por ello, si el acreedor hipotecario puede ejercitar la acción de devastación cuando el propietario no observa una conducta diligente que tiene manifestaciones tanto negativas (abstenerse de realizar actos que entrañen un deterioro) como positivas (realización de actos necesarios para dicha conservación), dice DORAL Y GARCÍA DE PAZOS²⁵⁶, el propietario puede «resarcirse de aquellas inversiones que llevan aparejado un aumento de valor, que dan lugar a un *plus valor* en la finca hipotecada».

IV.2.2.2.4. Especial mención a la Ley 8/2013, de 26 de junio de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas

El deber de conservación está íntimamente ligado al derecho al disfrute a una vivienda digna y adecuada en el ámbito de un Estado Social de derecho. Este deber no solo hay que analizarlo desde el punto de vista individual sino también hay que contemplarlo en el contexto de la renovación urbana.

En la actualidad la Administración se encuentra con dificultades para hacer efectivo el deber de conservación pero además no hay que olvidar que existe una imperiosa necesidad de atender a la situación de los propietarios y su derecho a la vivienda digna y adecuada en un Estado Social que se encuentra en retroceso por las circunstancias en las que vivimos.

El derecho a la vivienda digna y adecuada contemplado en el art. 47 de nuestra Constitución está vinculado al deber de conservación. Lo que sucede es que el nuevo panorama jurídico que incrementa el nivel

²⁵⁶ DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, 1966, ob. cit., págs. 245 y 246.

de exigencias con respecto a este deber, no va acompañado de un incremento de ayudas económicas ni tampoco de la asignación de estas ayudas de acuerdo a un criterio subjetivo.

El derecho de propiedad como dije anteriormente, cuando tuve oportunidad de estudiar la voluntad del dueño, ha evolucionado desde una perspectiva liberal a una concepción más social, tal y como se recoge en el actual art. 33.2 de la CE, que regula la función social de la propiedad.

Dice MENÉNDEZ SEBASTIÁN²⁵⁷ que el contenido y extensión que el Código civil otorgó al derecho de propiedad y a su perspectiva liberal e individualista, tiene repercusión en la configuración del deber de conservación. Muestra de ello es que el art. 348 CC dice que *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»*. Además hay que considerar lo que establece el art. 350 CC que también muestra la amplitud con la que se concibe el derecho de propiedad cuando establece que: *«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía»*.

También el art. 349 CC dice que *«nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización»*.

²⁵⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, *El deber de conservación: una construcción inacabada*, Iustel, Madrid, 2014, pág. 33.

Este punto de vista, que el CC le otorgó al derecho de propiedad, fue evolucionando hasta llegar a la perspectiva más social que ofrece la CE.

También la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su art. 21, se refiere a la conservación de la vivienda y establece que no solo el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias en aras de conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido (salvo cuando el deterioro sea imputable al arrendatario según lo dispuesto en los arts. 1563 y 1564 del CC), sino que además determina que la obligación de reparación tiene como límite el de la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador, remitiéndose en esta cuestión al art. 28 de la misma Ley. El art. 27.3, también de la Ley de Arrendamientos Urbanos, recoge como causa por la que el arrendatario puede resolver el contrato, la de no realización por el arrendador de las reparaciones a las que se refiere el art. 21 de la LAU.

También el art. 28 de la LAU dice que el contrato de arrendamiento se extinguirá, junto el resto de causas contempladas en dicho Título, por la pérdida de la finca arrendada, por causa no imputable al arrendador y por la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente.

De este modo, dice MENÉNDEZ SEBASTIÁN²⁵⁸ que la relación entre el deber de conservación y la declaración de ruina se hace patente no solamente en la normativa urbanística sino también en la LAU, donde se mencionan las posibles culpabilidades.

²⁵⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, ob. cit., pág. 36.

Para concluir con la breve referencia a determinados preceptos del CC y a la normativa de arrendamientos urbanos, la autora se refiere a continuación al art. 389 del CC, donde se identifica la ruina con el estado físico de deterioro de un inmueble, que exige su derribo o su arreglo, siendo en ese caso la intervención pública motivada por razones de seguridad.

En la citada normativa arrendaticia, el estado ruinoso no se define por la incapacidad del inmueble de servir a su destino, sino por la importancia económica de las obras a realizar, que cuando sobrepasa el nivel de reparación ordinaria, conduce a la demolición. Esta misma perspectiva se mantiene en la normativa urbanística, donde aparece el concepto de «ruina económica». Junto a ella aparecen otros términos, así como «ruina técnica» y «ruina jurídica»²⁵⁹.

Por tanto, como dije antes, el deber de conservación forma parte de la función social de la propiedad consagrada en el art. 33.2 de nuestra actual Constitución de 1978. Con su reflejo en la Carta Magna, el derecho de propiedad ha dejado de ser absoluto para satisfacer el interés general y tal y como se desprende de este art., el contenido concreto del derecho de propiedad es fijado por el legislador, aunque le queda abierta una puerta a la Administración con el límite de no sobrepasar el contenido esencial del derecho de la propiedad.

Pero además de lo establecido en el art. 33 de la CE e incluso en el art. 53 también de la CE²⁶⁰, hay que valorar lo dispuesto en el art. 47

²⁵⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, ob. cit., pág. 37.

²⁶⁰ Artículo 53 CE: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

de la CE que establece que *«todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»*.

En este precepto el constituyente encomendó a los poderes públicos la aprobación de las normas, la adopción de las medidas y el impulso de las condiciones necesarias para hacer efectivo dicho derecho. Y esta tarea la vinculó directamente con la regulación de la utilización del suelo, de acuerdo con el interés general y evitando la especulación, algo que según MENÉNDEZ SEBASTIÁN²⁶¹, a pesar de haber sido objetivo de las sucesivas leyes del suelo, parece que ninguna lo haya conseguido.

Aprovecha la autora para exponer a continuación, que esta mención que hace la CE no es baladí, ya que pone de manifiesto la importancia de las potestades de la Administración en la ordenación del territorio y la urbanística, como mecanismos que repercuten o pueden ser empleados para favorecer el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, derecho que hoy más que nunca es objeto de todas las miradas, pues como ya se señalara a principios de los años 80 del pasado siglo, ha de entenderse que se trata de una vivienda que permita la habitabilidad y ello supone la toma en consideración de tres niveles de calidad: la vivienda como unidad en sí misma considerada, su entorno inmediato y, en definitiva, el medio urbano, en cuanto

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

²⁶¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, ob. cit., pág. 41.

marco existencial y forma de vida. Lo que lleva a vincularlo al libre desarrollo de la personalidad que la CE recoge en el art. 10.1.

Para terminar el estudio de los preceptos constitucionales y su vinculación con el deber de conservación, cita la autora el art. 46 de la CE²⁶² y señala que su importancia para el deber de conservación es evidente, pues si es un deber generalizado, adquiere una mayor dimensión cuando se habla de este tipo de bienes, quedando justificado por el interés general que existe en el mantenimiento y en la adecuada conservación de dicha clase de los mismos.

También debe tenerse en cuenta el art. 45 de la CE, que recoge el derecho y deber a un medioambiente adecuado, que también tiene relación con el deber de conservación en cuanto la protección del medio ambiente. Asimismo la conexión del ornato público con la armonía paisajística y el medio ambiente urbano sin olvidar el principio de adaptación al ambiente²⁶³.

Y sin ánimo exhaustivo también el art. 49 de la CE²⁶⁴, por cuanto dice la misma autora que la supresión de barreras arquitectónicas incide de forma muy directa en este deber.

- **El deber de conservación en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas.**

En la actualidad, la configuración legal del deber de conservación en materia urbanística tiene una mayor dedicación en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas

²⁶² Artículo 46 CE: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

²⁶³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, ob. cit.,pág. 43.

²⁶⁴ Artículo 49 CE: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

(en adelante LRRRU). Si bien desde su nacimiento existe una trayectoria a tener en cuenta, no me voy a detener en dicho recorrido aunque sí quiero hacer mención a la recientísima LRRRU, que modifica la regulación que el TRLS/08 hace del deber de conservación e introduce además una perspectiva interesante, ya en alguna cuestión adelantada por el Plan estatal de fomento de alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, la regeneración y renovación urbanas para 2013-2016.

A continuación procedo a analizar, a mi modo de ver, los aspectos más significativos de la LRRRU, que completa la regulación del deber de conservación.

El apartado II de la Exposición de Motivos apunta que «no parece admitir dudas el dato de que el parque edificado español necesita intervenciones de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas que permitan hacer efectivo para todos, el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, así como la exigencia del deber de sus propietarios de mantener los inmuebles en adecuadas condiciones de conservación». De este modo el legislador destaca la conexión que existe entre el deber de conservación y el derecho a la vivienda digna y adecuada.

Además el apartado IX de la Exposición de Motivos destaca tres niveles del deber de conservación: El primero de ellos, básico o estricto, que conlleva el destino a usos compatibles con la ordenación territorial y urbanística y la finalidad de garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles, haciendo referencia expresa a las condiciones del art. 3.1 de la LOE, si bien hay que recordar que en la propia redacción que se da a este precepto por la LRRRU se suprime la mención concreta a dichas condiciones, remitiéndose a su concreción reglamentaria.

En un segundo nivel se incluyen los trabajos y obras necesarios para adoptar y actualizar progresivamente las edificaciones (particularmente las instalaciones) a las normas legales que les vayan siendo exigibles en cada momento. Se precisa con respecto a este segundo nivel que no se trata de aplicar con carácter retroactivo la normativa, sino de incluir en este deber las obligaciones que para la edificación existente, de manera explícita, vaya introduciendo la normativa del sector, con el objetivo de mantener sus condiciones de uso, de acuerdo con las necesidades sociales²⁶⁵.

Dice MENÉNDEZ SEBASTIÁN²⁶⁶ que sorprende esto último ya que cuando una norma entra en vigor y por tanto es aplicable a partir de ese momento, afectará a edificios que se encuentren en la situación correspondiente, por ejemplo, determinados años de antigüedad, sin que ello pueda considerarse una aplicación retroactiva en puridad. Más cuando dice la autora que la ley insiste en algo que ya parecía deducirse de la normativa hasta ahora vigente, se refiere al carácter evolutivo de las condiciones que un edificio ha de cumplir.

Por último, el tercer nivel se refiere a las mejoras de interés general que no se reducen a los clásicos motivos turísticos o culturales, sino también a las mejoras para la calidad y sostenibilidad del medio urbano que ya introdujo en su día la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN ²⁶⁷ señala que resulta interesante la distinción que hace la LRRRU de los tres niveles dentro del propio deber de conservación porque muestra, no solamente la evolución del mismo sino que además este incluye dentro de su propia definición mejoras de

²⁶⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a, ob. cit., pág. 93.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*, págs. 94 y 95.

interés general que no únicamente responden a motivos culturales o turísticos, pues la Administración puede imponer obras que respondan a otros criterios, concretamente, a la calidad y sostenibilidad del medio urbano.

Con la regulación del deber de conservación de edificios contenida en la LRRRU, ya no se trata de la conservación del edificio, ni siquiera matizada por la necesidad de adaptación a las condiciones de habitabilidad de acuerdo con los usos sociales del presente, como había hecho la jurisprudencia, sino de un deber de adaptación a la normativa reglamentaria sobre edificación o instalaciones que se vaya aprobando, con la posibilidad reconocida a la Administración pública de ordenar discrecionalmente obras de mejora con fines públicos a cargo y a costa del propietario y, finalmente, con un deber de conservación o mejora que ya no se limita al propio edificio, sino que parece extenderse a su entorno cercano, abriéndose la posibilidad de imponer al propietario obligaciones económicamente onerosas de participar en actuaciones de rehabilitación o regeneración urbanas, derivados del hecho de la propiedad de un edificio en una determinada zona. No se trata propiamente de una profundización o «estiramiento», sino de un deber público *propter rem* que presenta similitudes con el gravamen de un hecho imponible —la propiedad de un edificio o de una parte del mismo—, pero sin ninguna de las garantías formales ni materiales inherentes a la imposición de un tributo²⁶⁸.

El apartado I de la Exposición de Motivos destaca que «el camino de la recuperación económica, mediante la reconversión del sector inmobiliario y de la construcción y también la garantía de un modelo sostenible e integrador, tanto ambiental, como social y económico, requieren volcar todos los esfuerzos en aquellas actuaciones, es decir,

²⁶⁸ GARCIA ALVAREZ, Gregorio. Deber de conservación, ruina y rehabilitación, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, págs. 74 y 75.

las de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas, que constituyen el objeto esencial de esta Ley»²⁶⁹.

Con esto parece que se quiera generar actividad económica en el sector de la construcción²⁷⁰ y además, otro de los objetivos de la Ley, también referenciado en el apartado I del preámbulo es la «reconversión de otros sectores, entre ellos, fundamentalmente el turístico»²⁷¹.

Por tanto, el inconveniente de esta Ley es que al deber de conservación que conlleva otros deberes respecto a la seguridad del edificio y su incidencia en el paisaje urbano, se le han añadido otros contenidos, rompiendo con la regla de que quien ha cumplido con todos los deberes urbanísticos de equidistribuir, ceder, urbanizar y edificar, convirtiéndose en propietario de un edificio en suelo urbano consolidado, no puede ser gravado con nuevos deberes urbanísticos en relación a la urbanización, más que en casos de incremento del aprovechamiento urbanístico y en proporción a ese incremento.

Con esta Ley sí podrá ser gravado con nuevos deberes, no tributarios, sino urbanísticos y establecidos, no en función del valor de su aprovechamiento patrimonializado, sino del coste de un hipotético nuevo edificio. Eso, según GARCÍA ÁLVAREZ ²⁷², hubiera sido

²⁶⁹ Continúa diciendo el mismo apartado I de la LRRRU que «[...] España posee actualmente, si no se reactiva la demanda, suelo capaz de acoger nuevos crecimientos urbanísticos para los próximos cuarenta y cinco años. Esta situación se agrava cuando se observa que gran parte de estos suelos se encuentran situados en entornos donde no es previsible ningún incremento de demanda en los próximos años. A ello se une el dato significativo de vivienda nueva vacía, 723.043 viviendas. Tanto a corto como a medio plazo, será muy difícil que los sectores inmobiliario y de la construcción puedan contribuir al crecimiento de la economía española y a la generación de empleo sin continuar basándose, principalmente y con carácter general, en la transformación urbanística de suelos vírgenes y en la construcción de vivienda nueva».

²⁷⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, G, ob. cit., pág. 75.

²⁷¹ Añade además en este sentido que: «La actividad turística es clave para la economía de nuestro país y supone más de un 10,2 % del PIB, aportando un 11.39% del empleo. Numerosos destinos turísticos «maduros» se enfrentan a un problema sistémico en el que tiene mucho que ver el deterioro físico de sus dotaciones y respecto de los cuales, la aplicación de estrategias de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas podría generar impactos positivos que, a su vez, servirían de palanca imprescindible para el desarrollo económico de España».

²⁷² GARCÍA ÁLVAREZ, G, ob. cit., pág. 76.

merecedor de un mayor debate público originado por un cambio en las reglas del juego.

Un cambio relevante es que el deber de conservación, aunque incumbe principalmente a los propietarios, ya no es un deber suyo en exclusiva. Los titulares de derechos de uso, arrendatarios, usufructuarios u otros titulares de derechos reales o personales que tengan derecho al uso del inmueble, dada la amplitud de la formulación legal, son sujetos obligados a realizar las actuaciones descritas en el art. 7 de la Ley²⁷³, en virtud del art. 8.a) de la misma norma.

En este tenor, cuando no exista contrato o negocio jurídico que legitime la ocupación dice el art. 8.a) que *«la determinación se realizará de acuerdo con la normativa reguladora de la relación contractual y, en su caso, con las proporciones que figuren en el Registro de la Propiedad, relativas al bien y a sus elementos anexos de uso privativo»*.

Dice GARCÍA ÁLVAREZ²⁷⁴ que esto es una novedad con respecto a la legislación urbanística vigente hasta la entrada en vigor de la LRRRU, pues se prescindía de las cláusulas contractuales que pudieran existir entre particulares, determinando los obligados por deberes públicos como los de conservación de un edificio o de la urbanización o de restablecimiento de la legalidad, en virtud de la titularidad del inmueble, sin perjuicio por supuesto de posibles acciones civiles por parte del perjudicado por las actuaciones del transmitente o de otro particular.

²⁷³ El artículo 7 de la LRRRU dice literalmente: *«1. De conformidad con lo dispuesto en esta Ley, en la legislación estatal sobre suelo y edificación, y en la legislación de ordenación territorial y urbanística, las actuaciones sobre el medio urbano se definen como aquellas que tienen por objeto realizar obras de rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones, y de regeneración y renovación urbanas, cuando afecten, tanto a edificios, como a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos. 2. Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas tendrán, además, carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria»*.

²⁷⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, G., ob. cit., pág. 77.

Al respecto sostiene el autor que el propietario ahora podrá oponer ante la Administración, en un procedimiento administrativo encaminado a una orden de ejecución de obras de reparación o rehabilitación, la existencia de cláusulas contractuales que establecen la asunción de la obligación por otro particular, debiendo la Administración extender a ese tercero sus actuaciones posteriores, so pena de nulidad del acto resolutorio. Esto en todo caso tiene el inconveniente de que, necesariamente, ante la Administración urbanística podrán plantearse, como una suerte de «cuestión prejudicial», problemas relativos a la vigencia, validez o interpretación de un contrato privado.

- **Contenido y límites del deber de conservación en la LRRRU**

La LRRRU se caracteriza por la amplitud del deber de conservación, ya muy expandido en las reformas legales anteriores y por ello dice GARCÍA ÁLVAREZ²⁷⁵ que más que de «*conservación*» debería hablarse de «*adaptación a las exigencias normativas*» respecto a la propia edificación o deber de «*participar en la regeneración y renovación urbanas*». Precisamente, lo que más caracteriza la última regulación es la extensión del supuesto «*deber de conservación*» más allá de los estrictos límites del edificio.

El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en su art. 17, dentro de las «*Actuaciones de rehabilitación*» ya englobaba «*las de conservación, entendiéndose por tales las reparaciones y obras precisas para mantener un inmueble en las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad,*

²⁷⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, G., ob. cit., pág. 84.

accesibilidad y ornato, que serán exigibles en los términos establecidos en la legislación aplicable», y se añadían en el mismo art., en su apartado b) «las de mejora, entendiendo por tales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las que se realicen por motivos turísticos o culturales o, en general, por motivos de calidad y sostenibilidad del medio urbano, cuando los inmuebles formen parte de un plan, programa o instrumento legal de rehabilitación previamente aprobado, y cuyo fin sea garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de todo tipo y de agua y energía, y, en particular, que se cumplan todos o algunos de los requisitos básicos relacionados en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación».

En el apartado c) del mismo precepto, se incluían entre las actuaciones de rehabilitación, «las de regeneración urbana, entendiendo por tales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 110 de la Ley de Economía Sostenible, las que se desarrollen en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones, como a los edificios, y tengan como finalidad el cumplimiento de los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional al servicio de un medio urbano sostenible. Cuando se refieran exclusivamente a la rehabilitación de edificios, estas actuaciones consistirán en realizar las obras necesarias para lograr los fines propios de las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano a que se refiere la letra anterior».

Como se puede ver, en dicho precepto quedaban diferenciados el tradicional deber de conservación, incluso incorporando elementos funcionales, el deber de mejora exigible en determinados casos y las actuaciones de regeneración urbana. Sin embargo, la delimitación conceptual (conservación, mejora y rehabilitación) establecida en el art.

17 del Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de julio, se ha vuelto borrosa con la nueva redacción que se le ha dado a través de la disposición final duodécima de la LRRRU al art. 9 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRSL de 2008).

Con la redacción anterior del TRSL de 2008, dice GARCÍA ÁLVAREZ²⁷⁶ que la utilización del concepto jurídico indeterminado «*deber de conservación*» suponía inevitablemente una remisión al desarrollo jurisprudencial del mismo para determinar las mejoras que entraban en el ámbito de dicho concepto, considerando en todo caso las estrictamente ligadas al mantenimiento de la funcionalidad del edificio.

Ahora bien, a raíz de la reforma legislativa que se produce con la LRRRU, las obras de mejora que puede exigir la Administración ya no tienen relación con la dualidad entre «conservación del edificio» y «mejoras de interés general» sino con un coste objetivo a determinar en relación al valor de la construcción²⁷⁷.

Tras la reforma, dice el art. 9 del TRSL de 2008, que este deber de conservación «*constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano, se establece en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Cuando se supere dicho límite, correrán a cargo de los fondos de*

²⁷⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, G, ob. cit., pág. 86.

²⁷⁷ Ibid.

aquella Administración, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general».

En primer lugar, el párrafo anterior da a entender que las obras de conservación no están dentro del límite del deber de conservación, que solo se aplicaría, según el literal de la norma, a las obras de mejora.

En segundo lugar tampoco aparece ninguna mención a que esas obras de mejora tengan que estar previstas en algún plan, programa u otro instrumento de carácter general. Lo único que se exige en el párrafo tercero del art. 9.1 es que la imposición se haga *«de manera motivada»* para cada una de las *«obras adicionales para la mejora de la calidad y sostenibilidad»*.

Y en tercer lugar, la mejora obligatoria sin relación a la situación inicial del inmueble, pasa a correr a cargo del propietario, con el único límite cuantitativo del 50% del valor de un edificio de nueva planta. Este valor tiene sentido para decidir cuando la conservación de un inmueble se convierte en antieconómica.

Tampoco se establece en la ley un límite temporal acerca de la periodicidad con que se pueden imponer al propietario costes de mejora equivalentes a la mitad del coste de un edificio nuevo. Así parecería, como sostiene el autor²⁷⁸ que cualquier propiedad es mejorable hasta la completa ruina de su propietario.

De acuerdo con el art. 7 de la LRRRU, el deber de conservación comprende también las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana y en virtud del art. art. 11 de la misma Ley, referido a la memoria sobre viabilidad económica de la ordenación y ejecución de las actuaciones referidas en el art. 10 de la misma Ley, en su apartado c) dice que: *«El análisis de la inversión que pueda atraer la*

²⁷⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, G, ob. cit., pág. 87.

actuación y la justificación de que la misma es capaz de generar ingresos suficientes para financiar la mayor parte del coste de la transformación física propuesta, garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, medido en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación».

De esta manera, se está admitiendo el impacto directo sobre el patrimonio de los particulares, que no se impone como una contribución especial de naturaleza tributaria, sino como un deber específico integrado en el genérico deber de conservación.

La memoria sobre viabilidad económica a la que se refiere la norma, deberá asegurar la misma en términos de rentabilidad, de un adecuado equilibrio entre beneficios y cargas, ajustándose a los límites del deber legal de conservación. Además del análisis de costos y los posibles ingresos procedentes de inversores externos y de empresas suministradoras de agua, energía o telefonía e incorporando los costes públicos futuros de mantenimiento de las redes públicas, teniendo en cuenta que el límite de la aportación de los propietarios coincidirá con su deber de conservación. En cualquier momento y sin sujeción a periodicidad, se impone al propietario el tener que soportar costes de rehabilitación urbana, sin siquiera necesidad de que figuren en un plan urbanístico²⁷⁹.

En cuanto al límite cuantitativo del deber de conservación está establecido en el art. 9 del TRLS, modificado a través de la disposición final 12^a de la LRRRU que ya cité con anterioridad²⁸⁰ y se establece en

²⁷⁹ GARCIA ALVAREZ, ob. cit., pág. 87.

²⁸⁰ «Este deber, que constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano, se establece en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Cuando se supere dicho límite, correrán a cargo de los

la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta.

Para GARCÍA ÁLVAREZ²⁸¹, lo primero que falta en la redacción del art. 9 del TRLS es un «también»: el deber de conservación, que «también» constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano y no solo de las obras de reparación. Según el literal de la norma, el deber de conservación solo sería un límite para las obras de mejora del edificio o de su entorno, lo que para el autor carece completamente de sentido y debe descartarse.

De no ser así y aplicándose el límite cuantitativo únicamente a las obras de mejora, estaríamos ante una regulación puramente arbitraria e incompatible con el derecho fundamental de propiedad reconocido en el art. 33 de la CE, incluso tan degradado y escaso de contenidos como ha quedado tras años de legislación invasiva y jurisprudencial constitucional permisiva²⁸².

Sostiene este autor que si se trata de establecer una nueva figura de tipo impositivo sobre la propiedad urbana, sin pasar por los requisitos y garantías impuestos por el principio constitucional de legalidad tributaria, no es distinto a lo que supuso la introducción de las cesiones de aprovechamiento urbanístico introducidas en 1975 en las postrimerías del régimen franquista.

Considera que el valor de referencia no guarda ninguna relación con el valor de mercado del inmueble y, por tanto, con la manifestación

fondos de aquella Administración, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general».

²⁸¹ GARCÍA ÁLVAREZ, G, ob. cit., pág. 89.

²⁸² *Ibid.*

de riqueza que supone la titularidad del inmueble. Llevando la regulación a sus últimas consecuencias, el límite cuantitativo del deber de conservación —y, por tanto, de las pérdidas que se le pueden imponer por la Administración por su participación preceptiva en actuaciones de rehabilitación urbana— que se aplica al propietario de una casa de adobe construida a principios del siglo pasado en un pequeño pueblo de la Castilla profunda es el mismo que se aplica al propietario de un chalet de igual superficie útil, recién estrenado y situado en la zona más cara de Marbella o de Mallorca. En ambos casos, según el art. 9 de la LRRRU, es el 50 por ciento del coste de construcción de un edificio nuevo con las condiciones necesarias para ser autorizado, sin que en el caso del chalet ultralujoso ni siquiera se añada el coste de las instalaciones adicionales no obligatorias para obtener la autorización o licencia urbanística. Este límite, aplicado no ya a las obras exigibles por razones de seguridad o salubridad sobre el propio inmueble, sino a la participación en labores de rehabilitación urbana será incompatible con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Además, este límite general del 50 por ciento del valor de reposición a nuevo que constituye el límite del deber ordinario de conservación, puede llegar al 75 por ciento de ese mismo valor en caso de deterioros que sean consecuencia del incumplimiento de una orden de ejecución. Así lo señala el art. 9.2 en su párrafo segundo que dice que *«conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable, en los casos de inejecución injustificada de las obras ordenadas, dentro del plazo conferido al efecto, se procederá a su realización subsidiaria por la Administración Pública competente o a la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de ésta. En tales supuestos, el límite máximo del deber de conservación podrá elevarse, si así lo dispone la legislación autonómica, hasta el 75% del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente»*.

Un último aspecto de la LRRRU a destacar es la afección real del edificio o vivienda al cumplimiento de los deberes de conservación en sentido amplio tal y como establece el párrafo primero del art. 9.2: *«La Administración competente podrá imponer en cualquier momento la realización de obras para el cumplimiento del deber legal de conservación, de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicables. El acto firme de aprobación de la orden administrativa de ejecución que corresponda, determinará la afección real directa e inmediata, por determinación legal, del inmueble, al cumplimiento de la obligación del deber de conservación. Dicha afección real se hará constar, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad, con referencia expresa a su carácter de garantía real y con el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afección real, al pago de cargas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística».*

Como puede observarse, la orden de ejecución tiene el carácter de hipoteca legal y se hará constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad siempre y cuando sea firme al acto de firmeza porque mientras esté pendiente un acto administrativo o contencioso-administrativo, no se procederá a su inscripción.

Dice GARCÍA ÁLVAREZ a este respecto que «la exigencia de firmeza del acto administrativo comporta que no se producirá el acceso al Registro de la Propiedad en tanto esté pendiente un recurso administrativo o contencioso-administrativo, en cualquiera de sus fases, lo que no parece una solución demasiado acertada desde el punto de vista de la seguridad jurídica». Y en cuanto a la duración de dicha nota marginal cuando llega a acceder al Registro, continúa diciendo el autor que «esa nota marginal está llamada a tener una duración muy limitada: o la orden de ejecución de obras de conservación o mejora se ejecuta y la nota marginal se cancela, o no se ejecuta, en cuyo caso se produce la ampliación de la cantidad que supone el límite del deber de conservación en un 50 por ciento adicional (del 50 al 75 por ciento del

coste de un edificio de nueva planta), lo que deberá tener reflejo en el Registro de la Propiedad»²⁸³.

Según el párrafo segundo del art. 9.2 del TRLS de 2008, *«cuando el propietario incumpla lo acordado por la Administración, una vez dictada resolución declaratoria del incumplimiento y acordada la aplicación del régimen correspondiente, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por notal al margen de la última inscripción de dominio»*.

En este caso, al no exigirse la firmeza del acto administrativo, ni siquiera en vía administrativa, puede convertirse en habitual el que sea este, la constatación de incumplimiento de la orden de ejecución y no la orden de ejecución de obras de reparación o mejora en sí misma, la que termine accediendo al Registro mediante nota marginal.

- **Potestad administrativa en la LRRRU**

Por otra parte, otra cuestión a tener en cuenta es la potestad administrativa respecto a la rehabilitación o a la participación en la renovación o regeneración urbanas.

En el párrafo tercero del art. 9.1 se establece que *«en particular, cuando se trate de edificaciones, el deber legal de conservación comprenderá, la realización de los trabajos y las obras necesarias para satisfacer, con carácter general, los requisitos básicos de la edificación, requisitos²⁸⁴de seguridad y habitabilidad establecidos en el art. 3.1 de*

²⁸³ GARCIA ALVAREZ, ob. cit., pág. 94.

²⁸⁴ Dichos requisitos básicos se desarrollan en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (en adelante CTE):

Art 1.2. DEL REAL DERECRETO: El CTE establece dichas exigencias básicas para cada uno de los requisitos básicos de «seguridad estructural», «seguridad en caso de incendio», «seguridad de utilización», «higiene, salud y protección del medio ambiente», «protección contra el ruido» y «ahorro de energía y aislamiento térmico», establecidos en el artículo 3 de la LOE, y proporciona procedimientos que permiten acreditar su cumplimiento con suficientes garantías técnicas

la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y para adaptarlas y actualizar sus instalaciones a las normas legales que les sean explícitamente exigibles en cada momento. Las obras adicionales para la mejora de la calidad y sostenibilidad a que hace

Art 1.4. DEL REAL DECRETO: Las exigencias básicas deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones.

Asimismo, el artículo 2 establece que:

- 3. Igualmente, el CTE se aplicará a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes, siempre y cuando dichas obras sean compatibles con la naturaleza de la intervención y, en su caso, con el grado de protección que puedan tener los edificios afectados. La posible incompatibilidad de aplicación deberá justificarse en el proyecto y, en su caso, compensarse con medidas alternativas que sean técnica y económicamente viables.*
- 4. A estos efectos, se entenderá por obras de rehabilitación aquéllas que tengan por objeto actuaciones tendentes a lograr alguno de los siguientes resultados: a) La adecuación estructural, considerando como tal las obras que proporcionen al edificio condiciones de seguridad constructiva, de forma que quede garantizada su estabilidad y resistencia mecánica. b) La adecuación funcional, entendiéndose como tal la realización de las obras que proporcionen al edificio mejores condiciones respecto de los requisitos básicos a los que se refiere este CTE. Se consideran, en todo caso, obras para la adecuación funcional de los edificios, las actuaciones que tengan por finalidad la supresión de barreras y la promoción de la accesibilidad, de conformidad con la normativa vigente; c) La remodelación de un edificio con viviendas que tenga por objeto modificar la superficie destinada a vivienda o modificar el número de éstas, o la remodelación de un edificio sin viviendas que tenga por finalidad crearlas.*
- 5. Se entenderá que una obra es de rehabilitación integral cuando tenga por objeto actuaciones tendentes a todos los fines descritos en este apartado. El proyectista deberá indicar en la memoria del proyecto en cuál o cuáles de los supuestos citados se pueden inscribir las obras proyectadas y si éstas incluyen o no actuaciones en la estructura preexistente; entendiéndose, en caso negativo, que las obras no implican el riesgo de daño citado en el artículo 17.1.a) de la LOE.*
- 6. En todo caso deberá comprobarse el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE cuando pretenda cambiarse el uso característico en edificios existentes, aunque ello no implique necesariamente la realización de obras.*
- 7. La clasificación de los edificios y sus zonas se atenderá a lo dispuesto en el artículo 2 de la LOE, si bien, en determinados casos, en los Documentos Básicos de este CTE se podrán clasificar los edificios y sus dependencias de acuerdo con las características específicas de la actividad a la que vayan a dedicarse, con el fin de adecuar las exigencias básicas a los posibles riesgos asociados a dichas actividades. Cuando la actividad particular de un edificio o zona no se encuentre entre las clasificaciones previstas se adoptará, por analogía, una de las establecidas, o bien se realizará un estudio específico del riesgo asociado a esta actividad particular basándose en los factores y criterios de evaluación de riesgo siguientes: a) Las actividades previstas que los usuarios realicen. b) Las características de los usuarios. c) El número de personas que habitualmente los ocupan, visitan, usan o trabajan en ellos. d) La vulnerabilidad o la necesidad de una especial protección por motivos de edad, como niños o ancianos, por una discapacidad física, sensorial o psíquica u otras que puedan afectar su capacidad de tomar decisiones, salir del edificio sin ayuda de otros o tolerar situaciones adversas. e) La familiaridad con el edificio y sus medios de evacuación. f) El tiempo y periodo de uso habitual. g) Las características de los contenidos previstos. h) El riesgo admisible en situaciones extraordinarias; y i) El nivel de protección del edificio.*

referencia el párrafo primero de este apartado podrán consistir en la adecuación parcial o completa a todas, o a algunas de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de Edificación, debiendo fijar la Administración, de manera motivada, el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas»²⁸⁵.

Se trata de los aspectos de rehabilitación de un inmueble, incluyendo los temas de ahorro energético o de accesibilidad que pueden ser acordados como dice el precepto a discreción de la Administración. Además, en el párrafo primero de la misma norma, al que se refiere el párrafo transcrito, se incluye por una parte el deber general de dedicar los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones a *«usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística y conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso, y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles, así como realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales», y por otra «obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación».*

De este modo, las obras adicionales a las que se refiere el párrafo tercero del art. 9.1 de la LRRRU *«para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano»* deberán consistir en la adecuación

²⁸⁵ *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la Exposición de Motivos dice que: «La sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida. En todo caso, el proceso de la edificación, por su directa incidencia en la configuración de los espacios, implica siempre un compromiso de funcionalidad, economía, armonía y equilibrio medioambiental de evidente relevancia desde el punto de vista del interés general; así se contempla en la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea, cuando declara que «la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como del patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público».*

total o parcial a las exigencias que establece el Código Técnico de la Edificación y además deberán acordarse de forma motivada.

Con respecto a las obras *«adicionales por motivos turísticos o culturales»* a las que se refiere el párrafo primero del art. 9.1, será necesaria su inclusión previa en un plan, ordenanza u otros instrumentos jurídicos que delimiten lo exigible y las condiciones de esa exigencia, siendo conveniente incluso un desarrollo autonómico de este aspecto.

También hace referencia a la potestad de la Administración, el art. 4.1 de la LRRRU hace mención a *«los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos»*.

Este requerimiento forma parte de art. 4 de la LRRRU que regula el *«Informe de Evaluación de los Edificios»*, al igual que los arts. 5 y 6 de la misma Ley. También la Disposición transitoria primera se refiere al *«Calendario para la realización del Informe de Evaluación de los Edificios»*, que establece el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen los edificios dicha antigüedad. A continuación analizaré los aspectos más relevantes a tener en cuenta sobre dicho Informe.

- ***Informe de evaluación de edificios de la Comunidad Valenciana***

La LRRRU, contiene regulación básica del Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) y lo identifica plenamente con la Inspección Técnica de Edificios regulada por las Comunidades Autónomas y por algunos Ayuntamientos. El legislador estatal, al regular el informe de Evaluación, trata de asegurar la calidad y sostenibilidad del parque

edificado, así como obtener información que le permita orientar el ejercicio de sus propias políticas. Su exigencia se limita a los edificios de tipología colectiva de uso residencial o asimilado. Atendiendo a lo especificado en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el IEE también recoge información para evaluar el cumplimiento de las condiciones básicas legalmente exigibles en materia de accesibilidad. Por último, el informe IEE, en cumplimiento de los compromisos de España con Europa en el horizonte 2020, incluye un apartado con la Certificación de la Eficiencia Energética del Edificio, exigida por la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativa a la eficiencia energética y por la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, que la refunde y completa. La certificación contendrá una calificación del edificio a tales efectos (mediante las letras, de la A a la G) y también unas recomendaciones sobre las mejoras energéticas que podrían realizarse, analizadas en términos de coste/beneficio y clasificadas en función de su viabilidad técnica, económica y funcional y de su repercusión energética. Dado que la Directiva exige que esta certificación se adjunte cuando una vivienda se ponga en venta o en alquiler, en aras de una mayor transparencia del mercado, una mayor información para los propietarios y un menor coste en su emisión, se busca la doble racionalidad y sinergia que suponer incluirla en el informe de evaluación del edificio²⁸⁶.

Del mismo modo, el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la

²⁸⁶ MANUAL IEE.CV (pág. 14) consultado en <http://www.citma.gva.es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/informe-de-evaluacion-del-edificio>.

rehabilitación edificatoria, la regeneración y renovación urbanas²⁸⁷, incluye un Programa de apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios, y lo considera como una actuación subvencionable. En su Anexo II contiene un Modelo tipo de informe de evaluación de los edificios, con la información mínima que el técnico debe recoger²⁸⁸.

El plan 2013-2016 tiene una finalidad clara, pero faltan recursos para ponerlo en práctica, ya que las ayudas las deben gestionar las Comunidades Autónomas. Como ejemplo claro y cercano tenemos la Comunidad Valenciana, en la que desde la aprobación del Plan en 2013 solo se han podido solicitar las ayudas durante dos meses naturales en el año 2015, sin previsión a corto-medio plazo de que se vuelvan a convocar dichas ayudas, lo que pone de manifiesto que un plazo de 2

²⁸⁷ En el apartado III del preámbulo se establecen los objetivos del Plan son, en síntesis:

- Adaptar el sistema de ayudas a las necesidades sociales actuales y a la escasez de recursos disponibles, concentrándolas en dos ejes (fomento del alquiler y el fomento de la rehabilitación y regeneración y renovación urbanas).
- Contribuir a que los deudores hipotecarios para la adquisición de una vivienda protegida puedan hacer frente a las obligaciones de sus préstamos hipotecarios.
- Reforzar la cooperación y coordinación interadministrativa, así como fomentar la corresponsabilidad en la financiación y en la gestión.
- Mejorar la calidad de la edificación y, en particular, de su eficiencia energética, de su accesibilidad universal, de su adecuación para la recogida de residuos y de su debida conservación. Garantizar, asimismo, que los residuos que se generen en las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas se gestionen adecuadamente, de conformidad con el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.
- Contribuir a la reactivación del sector inmobiliario, desde los dos elementos motores señalados: el fomento del alquiler y el apoyo a la rehabilitación de edificios y a la regeneración urbana.
- Para la consecución de sus objetivos, el Plan se estructura en los siguientes Programas: 1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos. 2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda. 3. Programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler. 4. Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria. 5. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas. 6. Programa de apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios. 7. Programa para el fomento de ciudades sostenibles y competitivas. 8. Programa de apoyo a la implantación y gestión del Plan.

²⁸⁸ MANUAL IEE.CV (pág. 14) consultado en <http://www.citma.gva.es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/informe-de-evaluacion-del-edificio>.

meses a lo largo de 3 años es claramente insuficiente para que el Plan consiga sus objetivos.

La Ley 5/2014, de 25 de julio de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, en su art. 180 sobre el deber de conservación y rehabilitación e inspección periódica de actuaciones, indica que los propietarios de toda edificación catalogada o de antigüedad superior a cincuenta años y los de edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda deberán promover, al menos cada diez años, la realización de un informe de evaluación, a cargo del facultativo competente, para evaluar su estado de conservación; las condiciones básicas de accesibilidad del edificio y la certificación de la eficiencia energética del edificio²⁸⁹.

La RESOLUCIÓN de 8 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda, relativa a la implementación en la Comunidad Valenciana del informe de evaluación del edificio a partir del informe de conservación y de la certificación energética del edificio, indica que el ICE será equivalente a todos los efectos en la Comunidad Valenciana, al informe de evaluación de edificio IEE, regulado en la Ley 8/2013, de 26 junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana, pasando a denominarse IEE.CV²⁹⁰.

Por último, la RESOLUCIÓN de 4 de noviembre de 2014, por la que se dispone la publicación del convenio de colaboración entre el Ministerio de Fomento y la Generalitat para la ejecución del Plan Estatal

²⁸⁹ MANUAL IEE.CV (pág. 14) consultado en <http://www.citma.gva.es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/informe-de-evaluacion-del-edificio>.

²⁹⁰ MANUAL IEE.CV (pág. 15) consultado en <http://www.citma.gva.es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/informe-de-evaluacion-del-edificio>.

de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016, recoge la regulación y fomento de la inspección de edificios mediante el IEE.CV, considerando este documento como el primer paso hacia la elaboración del Libro del edificio existente, que incluiría el libro de uso y mantenimiento y el programa de rehabilitación e intervenciones. Además contempla la creación del Registro integrado de los informes IEE.CV para que sea accesible, entre otros, para los ayuntamientos²⁹¹.

Tal y como dispone el art. 4.1 de la LRRRU: *«Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así, como sobre el grado de eficiencia energética».*

Por tanto, el Informe de Evaluación de Edificios de la Comunidad Valenciana (en adelante IEE.CV) es un documento de carácter técnico que informa y evalúa un *«edificio de tipología residencial colectiva»* en tres áreas: estado de conservación, condiciones de accesibilidad y certificación energética. En sí mismo, permite conocer el estado del edificio para acometer las obras de Rehabilitación y Mantenimiento más aconsejables, garantizándose el estado del inmueble tanto para usuarios como para posibles compradores.

En el art. 2.6 de la LRRRU se define el *«edificio de tipología residencial de vivienda colectiva»* como el *«compuesto por más de una vivienda, sin perjuicio de que pueda contener, de manera simultánea,*

²⁹¹ MANUAL IEE.CV (págs. 15 y 16) consultado en <http://www.citma.gva.es/web/vivienda-y-calidad-en-la-edificacion/informe-de-evaluacion-del-edificio>.

otros usos distintos del residencial. Con carácter asimilado se entiende incluida en esta tipología, el edificio destinado a ser ocupado o habitado por un grupo de personas que, sin constituir núcleo familiar, comparten servicios y se someten a un régimen común, tales como hoteles o residencias».

En cuanto a los edificios a los que se aplica la exigencia del IEE.CV, estarán comprendidos, según el apartado primero de la disposición transitoria primera, en sus letras a), b) y c):

- *«Los edificios de tipología residencial colectiva con una antigüedad superior a 50 años, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad».*
- *«los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda».* En este caso, se plantea GARCÍA ÁLVAREZ²⁹² si es precisa la tipología residencial colectiva, aunque dice que dado que lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 de la disposición transitoria primera, hace referencia expresa a edificios de tipología residencial colectiva y el párrafo b) simplemente a *«edificios»* parece lógico entender que en este segundo caso el solo hecho de pretender acometer obras con ayudas públicas es suficiente para que el IEE sea exigible con carácter previo a su realización. Una vez más, el autor alude a la ausencia de una técnica legislativa depurada en la LRRRU.
- *«El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de*

²⁹² GARCIA ALVAREZ, ob. cit., pág. 101.

aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso».

En cuanto a la periodicidad, de acuerdo al art. 4.4 de la LRRRU, el Informe de Evaluación debe realizarse como máximo cada diez años, *«pudiendo establecer las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos una periodicidad menor».*

El IEE, según lo que establece el art. 5 de la LRRRU, servirá de base para la elaboración de censos de edificios y otras construcciones que precisen rehabilitación.

- **Informe de Evaluación del Edificio y certificado energético**

La regulación que contempla la LRRRU convive con el «certificado de eficiencia energética» regulado por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

En realidad no se ha hecho ningún esfuerzo para coordinar la regulación del IEE y dicho certificado, lo que no resulta sorprendente debido al panorama normativo existente en la actualidad aunque sobre esto volveré más adelante.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto 235/2013 se establece «la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética que deberá incluir información objetiva sobre la eficiencia energética de un edificio y valores de referencia tales como requisitos mínimos de eficiencia energética con el fin de que los propietarios o arrendatarios del edificio o de una unidad de éste puedan comparar y evaluar su eficiencia energética. Los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o unidades de éste no se incluyen en este real decreto, ya que se establecen en el Código Técnico de la Edificación. De esta forma, valorando y comparando la eficiencia energética de los edificios, se favorecerá la promoción de edificios de alta eficiencia energética y las

inversiones en ahorro de energía. Además, este real decreto contribuye a informar de las emisiones de CO₂ por el uso de la energía proveniente de fuentes emisoras en el sector residencial, lo que facilitará la adopción de medidas para reducir las emisiones y mejorar la calificación energética de los edificios».

También se concreta el régimen sancionador, apoyándose para ello en el caso de los edificios existentes en la legislación de protección de consumidores y usuarios, concretamente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A diferencia de lo que sucede con la omisión del IEE, no constituye una infracción de la normativa urbanística, concretamente del deber de conservación de edificios, sino de la de protección de los usuarios, con consecuencias muy diferentes.

El fundamento legal del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, está en el art. 83.3 LES, precepto que no derogó la LRRRU y que establece que *«los certificados de eficiencia energética para edificios existentes se obtendrán de acuerdo al procedimiento básico que se establezca reglamentariamente para ser puestos a disposición de los compradores o usuarios de esos edificios cuando los mismos se vendan o alquilen»*.

De manera concordante, en la disposición final quincuagésima primera de esta misma ley —tampoco derogada— se autorizó al Gobierno para la aprobación, en el plazo de seis meses, del procedimiento básico de certificación energética en edificios existentes establecida en el art. 83, estableciendo que deberían incorporarse los supuestos de excepción y los sistemas de certificación previstos en los arts. 4 y 7 de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios²⁹³.

De acuerdo con el art. 1.2 del Real Decreto 235/2013, «la finalidad de la aprobación de dicho Procedimiento básico es la promoción de la eficiencia energética, mediante la información objetiva que obligatoriamente se habrá de proporcionar a los compradores y usuarios en relación con las características energéticas de los edificios, materializada en forma de un certificado de eficiencia energética que permita valorar y comparar sus prestaciones».

El art. 6 de la misma norma reglamentaria ha diseñado el «contenido del certificado de eficiencia energética», y concretamente en la letra f) establece que para los edificios existentes se trata de un documento de recomendaciones para la mejora de los niveles óptimos o rentables de la eficiencia energética de un edificio o de una parte de este, a menos que no exista ningún potencial razonable para una mejora de esa índole en comparación con los requisitos de eficiencia energética vigentes. Las recomendaciones incluidas en el certificado de eficiencia energética abordarán:

i. Las medidas aplicadas en el marco de reformas importantes de la envolvente y de las instalaciones técnicas de un edificio, y

ii. Las medidas relativas a elementos de un edificio, independientemente de la realización de reformas importantes de la envolvente o de las instalaciones técnicas de un edificio.

Las recomendaciones incluidas en el certificado de eficiencia energética serán técnicamente viables y podrán incluir una estimación de los plazos de recuperación de la inversión o de la rentabilidad durante su ciclo de vida útil.

²⁹³ GARCIA ALVAREZ, G., ob. cit., págs. 103 y 104.

Contendrá información dirigida al propietario o arrendatario sobre dónde obtener información más detallada, incluida información sobre la relación coste-eficacia de las recomendaciones formuladas en el certificado. La evaluación de esa relación se efectuará sobre la base de una serie de criterios estándares, tales como la evaluación del ahorro energético, los precios subyacentes de la energía y una previsión de costes preliminar. Por otro lado, informará de las actuaciones que se hayan de emprender para llevar a la práctica las recomendaciones. Asimismo se podrá facilitar al propietario o arrendatario información sobre otros temas conexos, como auditorías energéticas o incentivos de carácter financiero o de otro tipo y posibilidad de financiación. Para ello se podrán aplicar los criterios correspondientes del Reglamento Delegado (UE) n.º 244/2012 de la Comisión, de 16 de enero de 2012 que permite calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios y de sus elementos».

Como mencioné con anterioridad, el certificado de eficiencia energética es solo obligatorio cuando se celebra un contrato de compraventa o arrendamiento. Por tanto, a los efectos de mi estudio, si el bien hipotecado pasa a manos de un tercero, debe contar previamente con dicho certificado y su omisión podría suponer un deterioro jurídico a los efectos del art. 117 LH.

La mejor o peor calificación energética hace que el propietario de un bien inmueble pueda mejorar la eficiencia del mismo incrementando su valor, y además el consumidor para comprar o arrendar una vivienda podrá estimar o desestimar la misma según su calificación energética. Con la información que suministra el certificado de eficiencia energética, el propietario del inmueble puede:

- Invertir en mejorar la ENVOLVENTE para conseguir que la vivienda sea más eficiente: carpintería exterior, vidrios,

aislamiento de fachada y de cubiertas, protecciones solares, eliminación de puentes térmicos y ventilación.

Estas mejoras reducen las necesidades de calefacción/refrigeración de cualquier inmueble, con lo que la inversión realizada se convierte en una disminución del coste energético (menor coste de factura eléctrica, consumo de gas, etc.) con el correspondiente aumento de liquidez para el consumidor que podrá invertir en otros bienes, potenciando de esta forma la economía e impulsando el crecimiento económico.

Simultáneamente el confort de la vivienda aumenta y como consecuencia también lo hace la calidad y esperanza de vida del consumidor, al «habitar» en un espacio con condiciones higrotermicas (humedad y temperatura), óptimas.

- Invertir y mejorar la EFICIENCIA DE LAS INSTALACIONES con equipos de altas prestaciones, alta eficiencia, que reducen el consumo y por tanto las emisiones de CO₂ para un mismo o superior nivel de prestaciones, equipos que utilizan energías limpias, renovables (solar, eólica, geotérmicas, biomasa, mareomotriz, etc.) que consiguen las mismas prestaciones o incluso superiores con cero emisiones de CO₂, reduciéndose de este modo el coste de la factura energética y la dependencia energética de las grandes compañías suministradoras o de terceros países.

Por otra parte y no menos importante, si se reduce el consumo de energía, por lo tanto las emisiones de CO₂ para producirla, se contribuye al cumplimiento de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

A partir del 1 de junio de 2013, deben obligatoriamente certificarse:

- Los edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen a un nuevo arrendatario, siempre que no dispongan de

un certificado en vigor. La parte de un edificio es una unidad, planta, vivienda, apartamento o local destinado a uso independiente o de titularidad jurídica diferente, diseñados o modificados para su utilización independiente.

- Edificios o partes de edificios en los que una Autoridad Pública ocupe una superficie útil de más de 250 m², frecuentadas habitualmente por el público.
- Edificios de nueva construcción.

El certificado proporciona una etiqueta que debe aparecer en cualquier anuncio o proceso publicitario de venta o alquiler junto al resto de la información del inmueble. Además se entregará el original al comprador en los contratos de compraventa y se mostrará o entregará copia al inquilino en los contratos de arrendamiento.

En la LRRRU se establece la certificación energética como uno de los tres contenidos básicos del IEE, junto con la evaluación del estado de conservación del edificio y la evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal, pero no se establece una regulación sustantiva de esa certificación, remitiéndose al contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente (art. 4.2 c) de la LRRRU).

Si en el momento de la entrada en vigor de la LRRRU, un edificio que entre dentro del ámbito de exigencia del IEE cuenta con un informe de Inspección Técnica de Edificio en vigor, bastará con que se obtenga la certificación energética para cumplir con la nueva obligación incorporada al deber de conservación del propietario (art. 4.2, párrafo segundo de la LRRRU), no debiendo obtener el IEE hasta la fecha de la renovación prevista para la Inspección Técnica de Edificio, salvo que el lapso sea superior a diez años desde la entrada en vigor de la Ley, en cuyo caso deberá hacerse un informe complementario, para el que es de suponer que el plazo será el establecido para los edificios residenciales

colectivos de más de cincuenta años sin Inspección Técnica de Edificio (apartado 1 a) de la Disposición transitoria primera de la LRRRU).

La misma ley, en más de una ocasión se refiere al término «*pobreza energética*» y me parece interesante reflexionar acerca de este término que lleva haciéndose desde distintos ámbitos como consecuencia de la crisis económica en la que nos encontramos inmersos desde hace varios años.

Un hogar está en situación de pobreza energética cuando no puede atender una cantidad de servicios de energía suficiente para satisfacer sus necesidades económicas y/o cuando se ve obligado a destinar una parte excesiva de sus ingresos a pagar las facturas de dichos servicios.

Comúnmente se entiende que la pobreza energética ocurre como consecuencia de una combinación de tres factores; la renta familiar, los precios de la energía y la eficiencia energética de la vivienda. De esta manera, si un hogar es poco eficiente necesitará un determinado nivel de renta para asegurar la satisfacción de su demanda de servicios energéticos. Estos tres componentes sirven para comprender cómo surge el fenómeno de la pobreza energética y requiere que se definan políticas públicas encaminadas a hacer frente a esta problemática.

Pero la pobreza energética viene determinada sobre todo por los ingresos del hogar. Así, las familias con mayor renta disponible, no solo tienden a ocupar viviendas de más calidad (aunque también más grandes), sino que además tienen una mayor liquidez para poder atender las necesidades domésticas de energía. Puesto que los salarios son la fuente principal de ingresos de casi todos los hogares activos, estar desempleado incrementa la probabilidad de pertenecer a un hogar con problemas para hacer frente a sus facturas de la energía.

La pobreza energética también está relacionada con la salud, con una mayor predisposición a enfermedades físicas y mentales (asma, artritis, reumatismo, depresión, ansiedad, etc.) y las mismas afectan a

un sector más vulnerable de la población como niños, adolescentes y ancianos.

Como ejemplo de contradicción entre la Normativa que se aprueba para dar respuesta a las líneas maestras que marcan las Directivas Europeas en materia de eficiencia energética y la Normativa que paralelamente y en sentido opuesto aprueba el Gobierno en beneficio de las grandes corporaciones (bancos, eléctricas, ..etc.) pero que finalmente perjudican al propietario y a las pequeñas empresas..etc. es la normativa que en materia de autoconsumo se ha dictado recientemente (Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo).

La LRRRU tiene impactos directos, generando empleo en las empresas que se encargan de la rehabilitación energética de viviendas, también impactos indirectos en los sectores que suministran bienes y servicios a dichas empresas y por último impactos inducidos, que se derivan del gasto adicional de los salarios que los nuevos empleos y los ahorros en la factura energética de los hogares permiten²⁹⁴.

Pero lo cierto es que el Estado Social se halla inmerso en tal crisis que resulta complicado afrontar los valores que proclama la Constitución española, tales como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En la regulación del deber de conservación debe primar la perspectiva social, porque cuando nos encontramos inmersos en una importante y aguda crisis económica, los poderes públicos deben

²⁹⁴ Fuente consultada:

<http://www.cienciasambientales.org.es/index.php/cambio-climatico-y-sector-energetico/pobreza-energetica.html>.

decidir la orientación que tiene su intervención en la sociedad y en el mercado²⁹⁵.

Pero no estamos únicamente ante una crisis económica sino también institucional, pues la evolución experimentada en los últimos tiempos ha provocado un desajuste entre el Estado y la sociedad, de tal modo que el entramado institucional existente ha perdido sintonía con la nueva situación social²⁹⁶. Dice MENÉNDEZ SEBASTIÁN²⁹⁷ que el Estado debe adaptarse a las necesidades que la sociedad le demanda en cada momento y para ello debe utilizar las instituciones existentes en el modo más adecuado a sus fines, reformulándolas o incluso llegando a innovarlas. Se trata, dice la autora, de buscar los mecanismos para que la relación Estado y Sociedad vuelva a encontrar la armonía, lo que de forma tan expresiva y acertada reflejara Ortega y Gasset a través de una de sus bellas metáforas: «en suma, que el Estado se va amoldando al cuerpo social como la piel se forma sobre el nuestro. También nuestra piel nos aprieta y nos ciñe, pero la línea de su presión coincide con los alabeos de nuestros músculos. De aquí que nos sintamos libres dentro de ella hasta el punto de ser símbolo máximo de la libertad hallarse uno en algo «como dentro de su piel». Nótese la sustancial paradoja que ello envuelve, pues se trata de que una presión que se ejerce contra nosotros es sentida como algo nuestro, como formando parte de nosotros. Lo que en puro teorema es llamado «vida como libertad», puedo llamarlo ahora, más plásticamente, «Estado como piel». Por el contrario, en las épocas de «vida como adaptación» dejamos de sentir al Estado como nuestra piel y lo sentimos como un aparato ortopédico»²⁹⁸.

²⁹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, 2014, ob. cit., pág. 2032.

²⁹⁶ Esteve Pardo, J., *La nueva relación entre Estado Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 20.

²⁹⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, 2014, ob. cit., pág. 2032.

²⁹⁸ ORTEGA Y GASSET, José. *Obras completas*, t.VI, Madrid: Revista de Occidente, 1946-1970, págs. 98 y ss.

En la actualidad los propietarios de bienes inmuebles, debido a la situación económica actual, en ocasiones no pueden cumplir con el deber de conservación, mejora y rehabilitación pero no debe olvidarse que la función del urbanismo no es solo «hacer ciudad» sino también «conservarla»²⁹⁹. Cuando se habla de política social en materia de vivienda, se habla casi exclusivamente de acceso a la misma pero no de su mantenimiento en las condiciones necesarias de habitabilidad, salubridad, estanqueidad, etc., en aras de preservar su carácter digno y adecuado, todo lo cual entronca de forma ineludible con el deber de conservación.

Los poderes públicos deben hacer realidad el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada dentro del Estado social, tal y como les impone el mandato constitucional regulado en los arts. 9.2 y 47 de la CE.

La normativa urbanística, como se ha visto, obliga a los ciudadanos a cumplir con el deber de conservación, sin embargo, los que tienen menos recursos económicos tienen mermado el disfrute de sus derechos, entre ellos, el de una vivienda digna y adecuada y las crisis económicas afectan a los más necesitados.

La aprobación de la LRRRU muestra que el tema del deber de conservación no está cerrado e introduce nuevos matices en la configuración de este deber.

Lo cierto es que en la práctica las exigencias que comporta el deber de conservación para el propietario no se ve acompañado de un aumento de ayudas económicas y por tanto se desvirtúa la finalidad de esta normativa.

²⁹⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, 2014, ob. cit., pág. 2032.

El programa PARER-CRECE, de ayudas a la Rehabilitación energética presentado por el Ministerio de Industria, energía y turismo, a través del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) ofrece un paquete de 200 millones de euros en ayudas³⁰⁰.

El objetivo de estas ayudas es incentivar y promover la realización de actuaciones de rehabilitación que supongan una mejora destinada a conseguir un mayor ahorro energético, mejora de la eficiencia energética, aprovechamiento de las energías renovables y reducción de emisiones de dióxido de carbono en los edificios existentes.

Otro de los propósitos que se persiguen con la puesta en marcha de este programa es contribuir a alcanzar los objetivos establecidos en la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética y en el Plan de acción 2014-2020.

La actuación que se llevará a cabo corresponde a lo marcado en la Directiva Europea sobre eficiencia energética, que obliga a los países miembros a trazar una estrategia a largo plazo para movilizar inversiones en la renovación exhaustiva y rentable de edificios residenciales y comerciales con el objetivo fundamental de conseguir mejorar el rendimiento energético de los edificios y reducir su consumo de energía. Además, también servirá para que se generen nuevas oportunidades de crecimiento y empleo en distintos sectores económicos, en especial en el sector de la construcción, favoreciendo la regeneración urbana. Aparte, entre las actuaciones que podrían recibir ayudas se encuentran la mejora de la eficiencia energética de la envolvente térmica, la mejora de la eficiencia energética de las instalaciones térmicas y de iluminación, la sustitución de energía

³⁰⁰ Estas ayudas son independientes de las que se disponen en plan de vivienda 2013-2016. Únicamente van orientadas a actuaciones que mejoren la eficiencia energética en edificios, no prevén ni la conservación ni la accesibilidad.

convencional por biomasa en las instalaciones térmicas y la sustitución de energía convencional por energía geotérmica en las instalaciones térmicas.

En cuanto a los beneficiarios de las ayudas pueden ser los propietarios de edificios existentes destinados a cualquier uso, bien sean personas físicas o bien tengan personalidad jurídica de naturaleza privada o pública, las comunidades de propietarios o las agrupaciones de comunidades de propietarios de edificios residenciales de uso vivienda constituidas como propiedad horizontal, los propietarios que de forma agrupada sean propietarios de edificios y no hubiesen otorgado el título constitutivo de propiedad horizontal, las empresas explotadoras, arrendatarias o concesionarias de edificios y las empresas de servicios energéticos.

Todas estas ayudas dinerarias sin contraprestación, complementadas con un préstamo reembolsable dependen de algunos criterios también contemplados en el programa y en cuanto a los préstamos reembolsables ya se sabe que el propietario o beneficiario de la ayuda tiene que devolver el préstamo en un plazo de 12 años, incluyéndose un periodo de carencia opcional de un año y presentar un aval bancario, un contrato de seguro de caución, o depósito en efectivo a favor del IDAE en la Caja general de depósitos del Ministerio de Economía y Competitividad, por importe del 20% de la cuantía del préstamo. Esto último, en plena crisis financiera resulta a mi modo de ver una utopía³⁰¹.

La intención fue buena, se pretendía durante el 2012 por el Ministerio de Fomento, a través de la Dirección General de arquitectura, vivienda y suelo, reconducir la política de vivienda hacia unos objetivos

³⁰¹ Fuente consultada: <http://www.idae.es>.

prioritarios de acuerdo a la situación socioeconómica y se trabajó entre otras cuestiones, en incentivar la actividad de rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Para ello se dictó la LRRRU, que he estado analizando en sus aspectos más relevantes.

Destaca AGUADO FERNÁNDEZ³⁰² que los expertos en urbanismo, rehabilitación, etc. reconocen que con esta Ley se eliminan ciertas barreras que impedían determinadas actuaciones de mejora de los entornos urbanos, si bien siguen señalando la necesidad de «armonización» de la normativa urbanística para acabar con las múltiples modificaciones que se acometen en periodos muy cercanos en el tiempo. También es cierto que en ese «sentir general» hay asimismo coincidencia en señalar, como un gran problema para su amplia aplicación, la falta de financiación. Actualmente es extraordinariamente difícil conseguir financiación para cualquier actividad relacionada con el «ladrillo».

Continúa diciendo la autora³⁰³, a modo de conclusión sobre el nuevo marco de las políticas públicas, que en lo que respecta a la LRRRU, el cambio de una política con una larga tradición en nuestro ordenamiento (modelo expansivo de creación de una nueva ciudad versus regeneración y renovación de la ciudad existente) por otra con grandes diferencias, indudablemente no se ocasiona en un corto plazo por la aparición de una nueva normativa. Sí que es cierto que el cambio se está produciendo y las normas y la previsión de futuras modificaciones normativas van reafirmando una nueva política pero es necesario seguir trabajando hasta la consolidación de la nueva orientación y estar muy atento a alteraciones «externas» que puedan obligar a una reorientación. Hasta el momento también podemos

³⁰² *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, ob. cit., págs. 110 y 111.

³⁰³ *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, ob. cit., pág. 113.

afirmar que se ha ganado en transparencia, la crisis ha obligado a tener más y mejores datos sobre el mercado inmobiliario.

Con respecto a esto último considero que la crisis ha incrementado la diversidad normativa y es necesaria una consolidación en este ámbito. En este momento opino que el gobierno tuvo que adaptarse a unas directivas europeas apresurándose a dictar esta ley pero sinceramente haría falta legislar sobre otros aspectos e invertir en seguridad preventiva. A esto hay que sumarle la falta de crédito por parte las entidades financieras para cumplir con el deber de conservación y el alto índice de endeudamiento por parte de los propietarios que en ocasiones no tienen suficientes ingresos para subsistir.

Los bancos en la actualidad miran con desidia a los clientes que solicitan un préstamo porque ante la limitación de recursos disponibles de los mismos, el Estado los acapara, ofreciendo una rentabilidad, unas garantías y una seguridad que otros no pueden y dejando fuera del mercado de financiación a otras empresas e incluso a particulares. Por ello el gobierno intenta no legislar contra los bancos ni las grandes corporaciones y esto es un motivo más para que no se haya modificado el art. 117 LH.

Antes se pensaba que la persona que alquilaba una vivienda estaba tirando el dinero, sin embargo, en la actualidad el propietario tiene que atender unos gastos derivados en este caso concreto del cumplimiento del deber de conservación, que le impone la normativa en vigor. Y sin embargo, no puede atenderlos.

Por tanto, el propietario de un bien hipotecado que difícilmente puede atender las cuotas vencidas en virtud del contrato de préstamo hipotecario que firmó con el banco, está obligado además al mantenimiento de su vivienda y si no tiene capacidad de invertir en mejoras para conseguir que la misma sea eficiente energéticamente, cada vez el consumo energético será más elevado, con lo que se

incrementará su gasto y tendrá menor liquidez para pagar, convirtiéndose de este modo en un pobre energético, con una peor calidad de vida, generando más contaminación CO₂ y al ser más dependiente energéticamente, se devaluará el valor de su inmueble respecto a otros. Asimismo la tendencia – previsión de la Administración es bonificar en los impuestos relacionados como el IBI, a las viviendas mejor calificadas energéticamente, lo que supone una desventaja más para «el pobre energético» que será cada vez más pobre. Además, el día que quiera venderlo para poder saldar su deuda con el banco, difícilmente podrá hacerlo porque el importe de la venta no se corresponderá con el valor de la tasación.

Sucede lo contrario cuando el propietario de un bien hipotecado, para el objeto de este estudio, sí que invierte en que su vivienda sea más eficiente desde el punto de vista energético ya que consumirá menos energía, contaminará menos, tendrá una mayor calidad de vida y además esto le supondrá un ahorro al propietario para poder invertir en otros bienes, pagar su hipoteca, saldar la deuda con el banco y en su caso que no se le aplique el art. 117 de LH, ni que se resuelva el contrato de préstamo hipotecario por cláusulas de vencimiento anticipado.

Ya comenté con anterioridad que incluso la Administración Pública puede dictar una orden de ejecución que tiene el carácter de hipoteca legal, cuando por ejemplo el edificio tiene un riesgo de desprendimiento de algunas partes de la fachada, cubiertas etc.

Cuando el propietario invierte en el mantenimiento de su vivienda, lo mismo ocurre con la comunidad de propietarios, cumpliendo de este modo con el deber de conservación que le impone la Ley, se revaloriza el valor de mercado del inmueble. Igualmente sucede cuando se invierte en accesibilidad, ya que se incrementa la calidad de vida del usuario.

Como dije antes, no pongo en duda que la intención del legislador fuera acertada desde un principio aunque queda en cierto modo en papel mojado porque incluso las infracciones o los incumplimientos dan lugar simplemente a multas de tipo económico y en la actualidad, al propietario le interesa llegar a final de mes y están quedando en un segundo plano uno de los principios constitucionales más sagrados, el de acceder a una vivienda digna.

Por último, el parque inmobiliario se va devaluando por no tener suficiente liquidez el propietario para atender a las mejoras necesarias y los futuros consumidores tampoco van a poder acceder a este tipo de viviendas que se han depreciado.

Incumpliendo el deber de conservación también se estará perjudicando al bando, que si inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria y procede a la subasta del bien, este en su día valdrá mucho menos. Pero lo que no podría afirmar es que el incumplimiento de la normativa urbanística por parte del deudor hipotecario, sea motivo para que el acreedor hipotecario ejercite la acción de devastación al amparo del art. 117 LH. Y no lo puedo llegar a afirmar porque el Juez, para atender a esta medida cautelar solicitada por el banco, tendrá que valorar las circunstancias personales del deudor hipotecario. De lo contrario preguntémonos cuántas viviendas en la actualidad estarían en régimen de administración judicial y cuántos contratos de préstamo hipotecario se habrían resuelto al amparo del art. 117 LH porque adelanto que a mi modo de ver las medidas aplicables en el art. 117 LH también son las previstas en el art. 219.2º RH.

IV.3. AUSENCIA DE ELEMENTOS ECONÓMICOS

IV.3.1. Planteamiento general

El art. 117 LH se ha planteado para proteger al acreedor y no para proteger a las partes en un caso de crisis económica. No es nuestro objetivo buscar culpables, ni debiera ser prioritario en los

planteamientos, sino que dada la situación, deberíamos centrarnos en buscar soluciones. Hasta ahora todo lo que se ha intentado han sido soluciones parciales planteadas para remediar situaciones puntuales, sin aplicar soluciones globales que pusieran fin de raíz a la situación real. Solo se han planteado desde un punto de vista procesal, pero el art. 117 H debería ir acompañado del punto de vista del Juez también, es decir, es el Juez el que tendrá que determinar lo que pierde el deudor: la prórroga del plazo de amortización, la cancelación de la hipoteca por actos abusivos, etc.

¿Es posible dirimir quién tiene la culpa? El supuesto actual que nos ocupa es objetivo porque no es posible culpar al acreedor o al deudor. ¿Es la entidad bancaria responsable ante la burbuja inmobiliaria o es el deudor ante la financiación alegre de las entidades financieras?

Con la aprobación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, desapareció el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH que desarrollaba de forma extensa la propia Ley Hipotecaria.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante su Disposición final novena, apartado 4 y 6, procedió a modificar los arts. 129 y 131 LH, de forma que el actual art. 129 LH no remite al art. 131 LH, sino al libro III, capítulo V de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 131 LH solo contiene previsiones acerca de las anotaciones preventivas de la demanda de nulidad de la hipoteca.

Es a partir de ese momento, cuando los procesalistas comienzan a estudiar la hipoteca, pues al introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, se refuerza el carácter jurisdiccional de la ejecución y se despeja cualquier duda sobre la aplicación del principio de exclusividad jurisdiccional en la actividad ejecutiva (art. 117 CE).

Se ha intentado modificar la fase de ejecución pero sería necesaria una oportunidad que se ha desperdiciado: la modificación del art. 117 LH que resulta absurdo y obsoleto.

La disminución del valor de las fincas, la crisis general y la situación económica caótica se ha afrontado desde un punto de vista procesal.

Los procesalistas se han ocupado de la ejecución hipotecaria desde que desaparece el art. 131 LH. A partir de ese momento comienzan a ocuparse de la ejecución de la hipoteca con principios procesales. Sin embargo, la ejecución hipotecaria tiene que entenderse desde principios hipotecarios, muy principalmente desde la legitimación registral.

Todas las modificaciones que se han aplicado a la ley son de tipo procesal, sin tener en cuenta que el meollo del problema se encuentra en la propia escritura, en los pactos que existen, en su inscripción registral y en la aplicación consiguiente de la legitimación registral.

Debemos enfocarnos hacia la fase de ejecución, porque es una cuestión social, luego debemos preocuparnos de legislar sobre la fase de seguridad, además de que con ello estamos garantizando la seguridad jurídica, la seguridad preventiva.

No hay acreedor que preste a un deudor y que no esté dispuesto a devolver el crédito. Los bancos crearon sus propias empresas de seguros, empresas tasadoras. El margen era amplio, podían tasar una propiedad por una determinada cantidad y luego te permitían ir ampliando tu hipoteca.

No podemos olvidar la realidad social, tal como nos indica el art. 3.1 CC: *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».*

De ahí que se evidencie que el art. 117 LH es insuficiente y así lo hemos ido viendo en los distintos apartados desarrollados, aun haciendo uso del método exegético.

Y al final la cuestión es si puede mi casa transformarse en una ratonera al convertirse en un peso económico por los apuros que puede producir pagar una hipoteca cuando escasean los recursos y por tanto la casa que compramos con tanta ilusión nos ahoga incluso con una cantidad de normas urbanísticas cuya descoordinación está sobradamente demostrada.

El peso económico que una hipoteca puede suponer en las finanzas de una unidad familiar, cuando escasean los recursos y nos enfrentamos a un panorama de altos índices de paro, puede suponer que entrar en el sistema hipotecario signifique no tener ninguna salida del mismo.

El derecho tiene que evitar la quiebra del sistema financiero, tiene que anticiparse a los problemas.

De nuevo se ha desperdiciado la reforma de la Ley Hipotecaria en la «Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo» para modificar el art. 117 LH, centrándose prácticamente en su totalidad en aumentar la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y la simplificación de la tramitación administrativa, con una mayor coordinación entre el Catastro Inmobiliario y el Registro de la Propiedad.

Con respecto al art. 219.2º RH, no puede olvidarse cómo en la actualidad ha sido un negocio jurídico importante la compraventa del solar y la declaración de la obra nueva en construcción cuando el propietario necesita financiación del banco para construir y constituye una hipoteca sobre el inmueble en construcción, para realizar la

edificación según las exigencias de un arrendatario presente o futuro respecto a la finca construida por el propietario.

Un ejemplo claro es comprar un solar para edificar sobre el mismo una nave, sabiendo que se arrendará por el propietario por ejemplo a una firma deportiva. Desde el primer momento, aunque se haya constituido una hipoteca sobre el local, el propietario sabe que la renta que cobre en un futuro al arrendatario, revalorizará la finca. El propietario en este caso estará construyendo sobre las indicaciones de un arrendatario habiendo firmado con este último un contrato de pre-arrendamiento. De hecho, no hay duda que en muchas ocasiones se compran viviendas arrendadas porque el arrendamiento supone un valor añadido.

En la actualidad se tiene una visión del art. 219.2º RH simplemente como disminución del valor, cuando en una situación económica como la que vivimos, el arrendamiento incrementa el valor de la finca.

Además, los criterios del 219.2º RH no son tan genéricos y el Juez en función de la situación actual puede flexibilizarlos: *«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»*

Una redacción semejante sería necesaria en el art. 117 LH ya que el Juez no puede obviar los condicionamientos económicos actuales ante la aplicación de la Ley. Considero que esto también sería necesario en el art. 117, que solo habla de la administración judicial aunque pienso que son extensibles al art. 117 LH las medidas expuestas en el art. 219.2º RH, pues el Reglamento Hipotecario desarrolla la Ley y el Juez debe tener en cuenta la situación actual.

IV.3.2. La cláusula *rebus sic stantibus*, una posible solución en la situación actual

Como se puede apreciar en el art. 117 LH, aunque más adelante se verá con más detenimiento al estudiar los efectos, el Juez tiene amplias potestades para adoptar las medidas que considere oportunas en aras de mantener la hipoteca en la fase de seguridad.

Pero todas estas medidas tienen como denominador común el hecho de proteger al acreedor ante una disminución de la garantía hipotecaria. Esa es la ratio del precepto tal como se ha visto a lo largo de todos los apartados del trabajo. Se ha producido un deterioro que disminuye efectivamente la garantía u origina un temor de que vaya a resultar insuficiente. Me planteo entonces si el Juez podría aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, para mantener la hipoteca en la fase de seguridad de modo que se retrotrajera la situación al momento en el que se constituyó la hipoteca.

La paridad y proporcionalidad que existía entre las partes en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, puede haberse roto como consecuencia de la crisis económica en la que nos vemos inmersos y con esta regla, el Juez podría replantearse las bases del negocio que se firmaron en un momento determinado y que se han roto por una crisis del mercado financiero en la que, como se ha ido estudiando, existen distintos agentes implicados.

Pensemos que cuando se constituye la hipoteca, se establece una reciprocidad entre el crédito y la hipoteca que lo garantiza. Si esta relación se rompe, el Juez podría llegar a aplicar la *cláusula rebus sic stantibus*, y mantener con ello la hipoteca en la fase de seguridad y no en la fase de ejecución. Así entiendo que el art. 117 LH cobraría importancia como medida cautelar, evitando los procesos de ejecución que, ya se sabe, son desfavorables para el deudor.

No vamos a negar la evidencia, una interpretación literal del art. 117 LH no va por el camino anteriormente indicado, de ahí que haya sido una constante en este estudio la necesidad de una modificación del precepto que lo adecúe a la situación actual. Pero también es cierto que en la actualidad, se está produciendo un cambio en lo que respecta a la valoración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como bien expone el TS, cada vez son más las voces que tratan de normalizar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, dándole encaje en la teoría general del contrato y de las obligaciones.

Esta regla, a diferencia de otros derechos de nuestro entorno, carece en nuestro ordenamiento de regulación legal, creándose y desarrollándose por la jurisprudencia.

La alteración sobrevenida de las circunstancias a causa de una crisis económica ha sido un argumento recurrente en los últimos tiempos para pretender, al amparo de la regla *rebus sic stantibus*, la modificación de condiciones contractuales o la resolución de contratos.

El actual contexto de crisis ha propiciado que el Tribunal Supremo revise los criterios de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, modernizando una institución cuya formulación había permanecido inalterada durante más de 50 años y facilitando, aun dentro de su excepcionalidad, su aplicación.

La Sentencia de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819) ha supuesto un punto de inflexión, admitiendo que ante una crisis económica pueda existir una alteración de las circunstancias y en el fundamento de derecho quinto dice que «una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos [...] una

desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes».

La misma sentencia define los criterios de aplicación de la regla *rebus sic stantibus* y valora la previsibilidad de la actual crisis económica y su consideración como factor que provoca una alteración sobrevenida de las circunstancias a los efectos de la aplicación de la regla.

Además, expone con detalle las circunstancias que puedan ocasionar que se aplique la regla y que deberán ser objeto de prueba por quien las alegue y entre ellas se encuentra la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación, o, en definitiva, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor.

Entre estas posibilidades de negociación, a mi juicio, se podrían incluir las referentes a los deterioros de tipo material y jurídico que como se verá más adelante acaban siendo resueltas por los bancos a través de cláusulas de vencimiento anticipado y que, con la actual crisis económica, resulta más difícil por ejemplo atender al pago de impuestos y contribuciones. Aplicando la regla *rebus sic stantibus* el Juez podría valorar la situación económica del comprador en el momento en el que firmó el contrato y además, analizar las dificultades que tiene cuando se produce el deterioro para obtener nuevamente financiación.

Pese a la flexibilización de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* por parte de la citada sentencia de 17 de enero de 2013, la verdadera eficacia de la misma, en cuanto instrumento útil para compensar los desequilibrios entre las partes, ocasionados por una

crisis económica como la actual, dependerá en último término de que la parte reclamante interese ese efecto meramente revisorio o modificativo. A efectos de nuestro trabajo, el Juez optaría por otras de las medidas que se verán más adelante y las entidades financieras continuarán incluyendo en sus contratos los pactos de vencimiento anticipado que en todo caso son claramente más perjudiciales para el deudor.

IV.4. TEMOR POR LA INSUFICIENCIA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

A estas alturas ya he estudiado los tipos de deterioro incluidos en el ámbito de la norma, estudiando además la conducta imputable del propietario y/o del titular del derecho real hipotecado y, si se cumplen los anteriores presupuestos, llega el momento de referirme al temor del acreedor hipotecario de que la hipoteca resulte insuficiente para cubrir el valor del crédito garantizado con la misma.

Si bien se confunde en ocasiones el deterioro temido con la insuficiencia de la garantía, lo cierto es que son dos presupuestos completamente distintos. En este momento de aplicación de la norma, el deterioro ya se ha producido y como establece el literal de la norma, una vez deteriorada la finca y disminuido su valor tiene que resultar *«fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca»*.

Únicamente si existe dicho temor, podrá el Juez adoptar las medidas derivadas de la aplicación del art. 117 LH. Por tanto, el deterioro ya se ha producido y con él, el daño en el patrimonio del acreedor. Si se demuestra que la finca ya no cubre con su valor el crédito que garantiza, se podrá ejercitar la acción de devastación. Una posibilidad de probar esta insuficiencia en la garantía podría ser a través de una nueva tasación pericial del valor del inmueble o también a través de una peritación de los daños.

Pienso que solo se puede reaccionar al amparo de la norma ante los deterioros que efectivamente provoquen tal disminución que haga que

la garantía no cubra el valor del crédito, pero no ante otro tipo de deterioros o disminuciones que no conviertan en insuficiente la hipoteca.

Si con la hipoteca se quiere ocasionar la mínima restricción de facultades al propietario o titular del derecho real hipotecado, solo pueden resultarles imputables los que hagan temer por la insuficiencia de la garantía, pues, por el contrario, el precepto resultaría abusivo para una de las partes y en este caso sería claramente para el deudor. Solo tiene sentido aplicar la norma, a mi juicio, cuando exista un riesgo de que la garantía vaya a ser insuficiente o que realmente lo sea. Algunos autores hablan de porcentajes de disminución, incluso, como se verá más adelante, en las cláusulas que insertan los bancos en los contratos de préstamo hipotecario también se incluyen como pactos de vencimiento anticipado. Sin embargo, haciendo uso de la acción de devastación, nuevamente protegeríamos la garantía hipotecaria.

CAPÍTULO V

ARMONIZACIÓN PRECEPTOS 1129.3° CC Y 117 LH

V.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El estudio del art. 117 LH ha planteado a la doctrina su armonización con lo dispuesto en el número 3° del art. 1129.3° CC, que estatuye, como dice MONTÉS PENADÉS³⁰⁴, dos supuestos de vencimiento anticipado que cabe englobarlos, como dice CLEMENTE MEORO³⁰⁵ en el supuesto genérico de anticipación del vencimiento por alteración de las garantías: «disminución de las garantías por hecho propio del deudor y desaparición de las garantías por caso fortuito».

Hace hincapié MONTÉS PENADÉS³⁰⁶ en que ni el Código civil francés y el Código civil italiano, como tampoco el anterior vigente, consideran la hipótesis de desaparición de las garantías, sino que se refieren únicamente a la disminución de las garantías por hecho propio del deudor³⁰⁷.

Como he reseñado reiteradamente, el art. 117 LH tiene como propósito la conservación de la garantía y el art. 1129.3° ofrece al acreedor un medio de reacción ante el menoscabo de la misma para proteger su derecho de crédito. Es por ello por lo que queda justificado

³⁰⁴ MONTÉS PENADES, V. L., 1983, ob. cit., pág.136.

³⁰⁵ CLEMENTE MEORO, 1991, ob. cit., pág. 110.

³⁰⁶ MONTÉS PENADES, V. L., 1983, ob. cit., pág.136.

³⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, 1959, ob. cit., págs. 76 y 77, dice DÍEZ PICAZO que el origen inmediato del supuesto de desaparición de las garantías se encuentra en la doctrina tradicional porque a este tema se refiere POTHIER, quien, como una consecuencia de la fundamentación del plazo en la confianza en el deudor, afirma que el acreedor hipotecario puede exigir el pago de su crédito aunque el término no haya todavía vencido, porque al desaparecer su derecho de hipoteca, sobre el que había basado su confianza para conceder un término a su deudor, debe cesar el efecto del término. Ya antes, SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Lugduni, 1758, I, VIII, núm. 50, pág. 50, decía que «creditor ante diem solutionis potest agere quando pignore vel hypotheca ex aliquo accidente periclitantur».

el examen conjunto de ambas normas para extraer ciertas conclusiones acerca de su compatibilidad o no en sus ámbitos de aplicación.

V.2. CONCORDANCIAS Y DISCREPANCIAS ENTRE SUS ÁMBITOS DE APLICACIÓN

La medida de conservación prevista en el art. 117 LH, dice LALAGUNA DOMINGUEZ³⁰⁸ que está orientada a «mantener intacto el crédito durante todo el tiempo en que perviva la relación obligatoria, sin necesidad de provocar la anticipación del vencimiento de la deuda. La integridad del crédito se mantiene con eficacia al gravitar las medidas de seguridad sobre la cosa que sirve de garantía y no sobre el comportamiento obligatorio del deudor». A continuación añade el autor que con esta medida protectora del crédito hipotecario, resulta prácticamente innecesaria la aplicación de la medida de conservación prevista en el ámbito del Derecho de obligaciones para los créditos comunes.

Este autor está considerando por tanto, que cuando es suficiente el empleo del art. 117 LH como medida conservativa de la garantía hipotecaria, no es necesario acudir a la medida de protección del crédito prevista en el art. 1129.3º CC. En el mismo sentido, para MORENO QUESADA³⁰⁹, las soluciones previstas en ambas normas tienen tal orden de suficiencia, que el mismo impide acudir a la medida protectora del crédito prevista en el art. 1129.3º cuando sea suficiente emplear el medio defensor de la garantía hipotecaria previsto en el art. 117 LH.

Sostiene el autor que entre las medidas que se pueden adoptar al amparo del art. 117 LH, no está la de declarar el vencimiento inmediato del crédito porque el precepto se refiere a algo que evite o remedie el

³⁰⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., ob. cit., pág. 52.

³⁰⁹ MORENO QUESADA, 1969, ob. cit., pág. 574 y 2000, ob. cit., pág. 356.

daño a la garantía y no al crédito, cuya finalidad es la del art. 1129.3° CC.

MORENO QUESADA³¹⁰, en su trabajo sobre el art. 1129.3° CC expone, basándose en otro escrito también suyo sobre la protección del crédito hipotecario, que en un crédito asegurado con garantía real deben identificarse, aunque no se puedan separar tres elementos, a saber, el crédito garantizado, la garantía real del crédito y la cosa o bien que sirve de garantía. Para cada uno de ellos se refiere el autor a un procedimiento de defensa: el crédito con el art. 1129.3° CC, la garantía con todos los medios que tienden a mantener la suficiencia de la misma para el fin asegurador y cita como ejemplo, el art. 219.2° RH para los deterioros jurídicos y la cosa, con los medios que tienen por finalidad mantenerla en el estado en que se encontraba en el momento de adscribirse a la garantía del crédito, pues dice el autor que «su conservación en aquellas condiciones, su incolumidad, es lo que comprometió su titular (constituyente o adquirente posterior) con tal función de aseguramiento: a esos fines responde, por ejemplo, el art. 117 de la Ley Hipotecaria». Y de este modo llega el autor a establecer una gradación entre los diversos remedios citados, evitando dice, cuestiones de compatibilidad y preferencia entre unas y otras medidas. De este modo sostiene que si la actuación sobre la cosa no es posible (art. 117 LH), pueden utilizarse los remedios defensores de la garantía y si ocurriera lo mismo, pues se acudiría al remedio conservativo del crédito al amparo del art. 1129.3° CC³¹¹.

³¹⁰ MORENO QUESADA, 1971, ob. cit., págs. 477-479.

³¹¹ MORENO QUESADA, B. Sobre la protección del crédito hipotecario. *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Granada-RICAG*, III, 1970, pág. 15. «[...] téngase en cuenta que una misma conducta (acto del deudor) operando sobre una misma cosa (una finca hipotecada en garantía de un crédito), con el mismo resultado dañoso objetivo (disminución de su valor), acarreará una sanción mayor (la del 1129) aunque exista a pesar de ello todavía un margen de seguridad hasta el importe de lo que responde, es decir, si produce un perjuicio relativo menor, y tendrá una sanción menor (la prevista en el 117) en el caso de que, por temerse la insuficiencia de la hipoteca, se ocasione un perjuicio relativo mayor».

Sin embargo, otros autores como DÍEZ PICAZO³¹², GULLÓN BALLESTERIOS³¹³ MONTÉS PENADÉS³¹⁴ CLEMENTE MEORO³¹⁵ y BLASCO GASCÓ³¹⁶ reconocen la compatibilidad entre ambas soluciones porque se mueven en órbitas distintas.

Otros autores como SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA³¹⁷ se refieren a la subsunción del vencimiento anticipado en el seno del art. 117 LH.

Sin embargo, CARPI MARTÍN³¹⁸ discrepa con los argumentos esgrimidos por estos autores y dice que el carácter abierto o indefinido del art. 117 LH no puede llevarse al extremo de incluir soluciones que lo conculquen y a continuación añade que dicho precepto pretende corregir o neutralizar los deterioros que atenten contra la garantía hipotecaria y que sean imputables al comportamiento abusivo del propietario. Por eso considera la autora que no puede extrapolarse al crédito una medida que incide en la garantía aunque yo añado que no está teniendo en cuenta el principio de accesoriidad de la hipoteca.

Sin embargo, la autora sí que dedica en su obra un apartado a la justificación de la compatibilidad funcional de ambas normas³¹⁹. Para ello parte de las reflexiones que hace MORENO QUESADA que, como dije antes, realiza una clasificación de los mecanismos de protección que actúan gradualmente según el elemento más directamente dañado

³¹² DÍEZ-PICAZO, Luis, 1959, ob. cit., págs. 77 y 78.

³¹³ GULLÓN BALLESTEROS, A. 1957, ob. cit., pág. 142.

³¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, 1959, ob. cit., págs. 77 y 78.

³¹⁵ MONTÉS PENADÉS, V.L. 1983, ob. cit., págs. 118 y 119.

³¹⁶ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., pág. 353.

³¹⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 326.

³¹⁸ CARPI MARTÍN, 2005, ob. cit., págs. 322.

³¹⁹ Vid., págs. 327-333.

y las posibilidades de reparar el daño causado³²⁰, siendo esto además congruente con una pretendida equidad en la imposición de sanciones al causante del daño en función de su gravedad.

CARPI MARTÍN³²¹ constata los argumentos esgrimidos por el autor en pro de la compatibilidad de ambas normas y dice que del literal de ambas normas, nada en su redacción o ubicación induce a excluir el remedio previsto en el art. 1129.3º si el supuesto de hecho tiene cabida en ambas soluciones (art. 117 LH y art. 1129 CC). Pero es que además piensa la autora que en ninguno de los preceptos existe un principio de sanción al autor del daño, sea deudor o propietario del bien hipotecado. La autora hace mención a otros autores que pretenden catalogar el primer inciso del art. 1129.3º como una sanción al deudor por un hecho imputable al mismo, que consiste en la pérdida del plazo. Es el caso de CLEMENTE MEORO³²² que expresa que la conducta del deudor a plazo que pone en peligro el crédito se sanciona por el ordenamiento jurídico con el vencimiento anticipado de la obligación, lo cual se ajusta a los principios de equidad y buena fe.

CARPI MARTÍN no ve en el primer inciso de la norma dicha naturaleza sancionadora porque escapa a los cometidos y propósitos del Derecho Civil, que tiende a armonizar los ámbitos de actuación de los sujetos que se relacionan jurídicamente³²³. Pero nada obsta dice, a que

³²⁰ «Todos ellos son remedios que se conceden al acreedor para defensa de su, complejo, crédito hipotecario; pero lógico es que disponga del correspondiente a la protección del elemento que haya de ser protegido; y que cuando con éste obtenga suficiente remedio no pueda recurrir, porque además no hay necesidad de ello, a otra actuación (de más amplio espectro, podríamos decir, y la sugerencia deseo provocarla) que va a perjudicar al deudor sin beneficiar al acreedor. Y solo cuando esto no sea así, porque se dé una insuficiencia del remedio utilizado o a utilizar, procederá actuar utilizando otro más intenso y más idóneo para la defensa del elemento que, entonces, ha de ser protegido». (MORENO QUESADA, 1970, ob. cit., págs. 17-18).

³²¹ CARPI MARTÍN, 2005, ob. cit., págs. 327-329.

³²² CLEMENTE MEORO, M., ob. cit., 1991, págs. 115 y 116.

³²³ Destaca la autora que «El Derecho Civil en general, y el Derecho de obligaciones en particular, tienen como objetivo primordial la regulación de las relaciones intersubjetivas, manteniendo un equilibrio entre los intereses en juego cuando sea posible y, cuando dicho equilibrio se rompa, dirimiendo el conflicto emergente de tal ruptura a través de la protección

se catalogue la norma como protectora de la seguridad del crédito pues, como pone de manifiesto DÍEZ PICAZO, «*el entronque de estas medidas con la defensa y seguridad de crédito no puede ser puesto en duda*». Continúa diciendo que de manera similar al art. 117 LH³²⁴, pero en la relación obligatoria, el art. 1129.3° CC tiene como finalidad restablecer el equilibrio entre las posiciones jurídicas de acreedor y deudor y para ello, el art. 1127 CC establece que cuando en las obligaciones se instaure un término, «*se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquéllas o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor del uno o del otro*». Por tanto, para la autora, se aplica el artículo 1129.3° CC cuando se rompe la armonía inicialmente existente en la relación obligatoria que han diseñado las partes³²⁵. Y como medio para reponer el equilibrio inicialmente establecido en la relación jurídica, si la disminución es imputable al deudor, al acreedor se le da la posibilidad de considerar vencida la obligación, mientras que si no resulta imputable, deberá el acreedor esperar a la desaparición de las garantías para poder instar el vencimiento anticipado.

del interés que se entienda más necesitado». (CARPI MARTÍN, Rebeca. La hipoteca en garantía de deuda ajena, Colegio de Registradores, 2002, pág. 134).

³²⁴ «[...] el art. 117 LH, como norma reguladora de la relación jurídico-real entre titular del bien hipotecado y acreedor hipotecario, delimita, atendido el derecho que sobre la cosa corresponde al acreedor hipotecario y su función jurídico-económica, el contenido del derecho del propietario. Le impone una restricción por razón de la cosa para cuya efectiva observancia se asigna al acreedor la facultad de fiscalizar el buen ejercicio del derecho del dueño y el consiguiente poder de reacción ante su inobservancia. [...] se trata de una medida que pretende atemperar el ejercicio de los poderes dominicales que permanecen en el propietario y pueden, menoscabando el valor del bien, disminuir la eficacia aseguradora de la hipoteca privando de su contenido objetivo, total o parcialmente, al eventual *ius distrahendi*».

³²⁵ «Se trata, por tanto, de una quiebra del principio *pacta sunt servanda*. La ley, en beneficio de una de las partes de la relación obligatoria, y en perjuicio de la otra, establece la posibilidad de que aquélla no sea fiel al pacto, pues puede desdecirse o retractarse. No se limita la autonomía privada en cuanto poder de constitución de relaciones jurídicas, sino en cuanto poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas. Pero no se limita prohibiendo un determinado contenido a una relación obligatoria lícita, sino concediendo a una de las partes la facultad de dejar sin efecto lo pactado e imponiendo a la otra esa decisión (caso de vencimiento anticipado facultativo) o imponiendo a ambas el vencimiento de la obligación (caso de vencimiento anticipado automático). (CLEMENTE MEORO, M., 1991, ob. cit., pág. 285).

CARPI MARTÍN llega a la conclusión de que ambas normas restauran el desequilibrio generado en una relación jurídica real (art. 117 LH) y personal (1129.3° CC) mediante el restablecimiento de la armonía perdida en una relación jurídica por causa imputable a uno de los sujetos de la misma, que se ha comportado de manera abusiva. Y en este punto las considera compatibles por cuanto el acreedor puede hacer uso de cualquiera de ellas sin guardar un orden de preferencia.

La autora dice que pierde consistencia una de las argumentaciones principales para la no aplicación del último inciso del art. 1129.3° CC al supuesto de disminución de las garantías por hecho propio del deudor, con la facultad que tiene de evitar el vencimiento si sustituye las garantías por otras nuevas e igualmente seguras.

La doctrina no se muestra de acuerdo al respecto, ofreciendo argumentos válidos en ambos sentidos. Esto es así porque no queda claro, atendiendo al tenor literal de la norma, si esta opción, la de sustituir las garantías por otras nuevas e igualmente seguras, únicamente le corresponde al deudor cuando las garantías desaparecen por caso fortuito o también cuando son disminuidas por hecho propio³²⁶.

³²⁶ CARPI MARTÍN dice que el precepto puede ser interpretado de ambos modos, porque la separación de sus tres frases mediante comas y la colocación en el último lugar de la que se refiere a la sustitución de las garantías, inmediatamente después de la relativa a la desaparición por caso fortuito, da lugar a interpretarlo en ambos sentidos. (CARPI MARTÍN, R., 2002, ob. cit. nota 125 de dicha posibilidad enervatoria mediante la sustitución de garantías también cuando la disminución se debe, pág. 331). MORENO QUESADA expone una serie de argumentos a favor de la extensión a actos propios. Dice el autor que el precepto no distingue un supuesto del otro y donde la ley no distingue «no debemos nosotros distinguir» y más adelante continúa diciendo el autor que «no pueden, por otro lado, considerarse decisivos los argumentos a favor de la limitación al supuesto de que desaparezcan las garantías por caso fortuito, de una parte porque al referirse a sustitución, lo hace respecto a la garantía, no a la cosa que pueda ser su base, y como tal garantía puede pensarse que se cambia si se altera alguno de los elementos reales que la componen. En cuanto a que sería un contrasentido porque no puede esperarse el deseo de reintegrar en quien acaba de disminuir, no necesariamente ha de ser así, pues aparte de que alguna circunstancia puede hacer compatibles ambas conductas, [...], el hecho de que, efectivamente, se lleguen a presentar demostraría lo injustificado de la presunción». Sin embargo para CLEMENTE MEORO los argumentos son decisivos para sostener una postura en contrario. Y tiene que ver que con que el autor piense que el artículo 1129.3° tiene carácter sancionador y se tiene que interpretar por ello de una manera restrictiva. Estos son los motivos

CARPI MARTÍN concluye que como la norma no tiene naturaleza sancionadora y por tanto está ausente el castigo del deudor, cabe extender la posibilidad de sustituir las garantías dañadas en caso de disminución imputable al deudor. Y de esta forma considera que, tanto el art. 1129.3º, como el art. 117 LH, son normas compatibles por cuanto que lo que se quiere en todo momento es proteger el crédito ante el desequilibrio generado y la sustitución de las garantías, cuando la conducta del deudor resulte imputable, se ajusta a la naturaleza de la norma, atenuando de este modo las consecuencias negativas para el deudor con un cierto *favor debitoris*.

A mi modo de ver, el art. 117 LH está dotado de cierta flexibilidad al no especificar, ni siquiera a modo de ejemplo, las medidas que puede adoptar el Juez. Y es más, el art. 219.2º RH contempla entre sus efectos, la declaración del vencimiento del crédito por el Juez a instancia de parte y es esta medida la que tiene relación con el art. 1129.3º CC cuando establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar plazo si *«por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras»*. Por tanto es posible instar el vencimiento anticipado como medio

que expone para considerar que solo cuando de manera fortuita han desaparecido las garantías, cabe enervar el vencimiento anticipado mediante la sustitución inmediata por otras igualmente seguras: 1) Por la forma en que está redactado el inciso, por la ubicación de las comas, que parece hacer referencia solo al segundo de los supuestos incluidos en el número 3º. Además el término sustitución encaja mejor con la desaparición que con la sustitución y si la misma tiene que ser «inmediata» se explica mejor en el supuesto de la desaparición que en el de la disminución. 2) En ambos supuestos se trata de defender el crédito y evitar que el plazo pueda operar en perjuicio del acreedor pero mientras que en cuanto han desaparecido de manera fortuita, considera el autor que el vencimiento anticipado no opera a modo de sanción, cuando disminuyen por culpa del deudor, la norma actúa como sanción. 3) Los antecedentes legislativos del artículo 1129.3º CC, no excluían la ampliación de la garantía hipotecaria en el caso de pérdida o deterioro del bien por culpa del deudor, pero la elección entre esa ampliación y el vencimiento anticipado correspondía al acreedor. Lo mismo sucede excluyendo la sustitución en el supuesto de disminución, pues el vencimiento anticipado no es más que no facultad que el acreedor puede o no ejercitar.

protector del acreedor en caso de vencimiento anticipado de la garantía si se cumplen los presupuestos legales para ello.

Esta idea es coherente con la naturaleza del art. 219.2º RH, como norma aclaratoria del art. 117 LH que ha servido para apoyar la inclusión del deterioro jurídico en el ámbito de precepto legal. Y además, junto al carácter abierto del art. 117 LH, la mayor concreción de las medidas a las que se refiere el precepto reglamentario sirve de apoyo para considerar el vencimiento anticipado como una de las medidas a las que puede recurrir el acreedor hipotecario para poner a salvo su derecho de crédito. Estimo por tanto que cualquiera de las medidas que contempla el art. 219.2º RH son aplicables a los supuestos devastadores que contempla tanto el precepto legal como reglamentario.

Ambas normas me parecen compatibles funcionalmente (art. 1129.3º CC y art. 117 LH), pudiendo escoger el acreedor entre la opción prevista en el art. 1129.3º CC, como medida alternativa al empleo de la acción de devastación, y además la especificación prevista en el art. 219.2º RH justifica el recurso al vencimiento anticipado en materia hipotecaria.

El acreedor hipotecario si teme que la garantía hipotecaria llegue a ser insuficiente como consecuencia del deterioro que experimenta el bien hipotecado, puede, a través del ejercicio de la acción de devastación, pedir que se dé por vencido el crédito hipotecario porque le interese más cobrar y disponer del dinero que prestó, que llevar a cabo otras medidas tendentes a lograr la conservación del valor del bien hipotecado. Y esta medida no solo la contempla el artículo 219.2º RH sino que también el art. 1129.3º CC, en sede de obligaciones, es perfectamente compatible con el art. 117 LH por el carácter accesorio que tiene la hipoteca, siguiendo la suerte de la obligación principal asegurada.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA³²⁷ dice que el hecho de que un crédito esté garantizado con hipoteca no implica que se altere la naturaleza y efectos de dicho crédito pues este vive su propia vida. El titular del derecho de crédito hipotecario, con la hipoteca, únicamente obtiene la seguridad de que en caso de no satisfacerse el crédito, contará con el valor de la cosa hipotecada en aras de cobrar el importe del mismo. Pero la existencia de la hipoteca deja incólume el crédito con la consiguiente responsabilidad patrimonial universal del deudor en el hipotético caso de que se produzca un incumplimiento. Y yo añado, salvo que exista un pacto de responsabilidad limitada previsto en el art. 140 LH.

Comparto con el autor la idea de que si bien es cierto que el legislador no procedió de forma sistemática, de tal modo que la convivencia de ambas normas (1129.3° CC y 117 LH) no resulta siempre fácil y que el ejercicio del vencimiento anticipado resulta una medida más «agresiva» que la acción de devastación, no por esa razón debe rechazarse la compatibilidad en el ejercicio de ambas acciones.

Llegados a este punto, el acreedor podría dar por vencido anticipadamente el crédito, exigiendo el cumplimiento y como titular del derecho real de hipoteca podría ejecutar anticipadamente la garantía real en caso de que el deudor no atienda el requerimiento de pago.

Ahora bien, en mi opinión, como es una medida más agresiva la prevista en el art. 1129.3° CC, cuando se superpongan los presupuestos de aplicación de ambas normas sería aconsejable que el acreedor optara en primer lugar por otra medida menos enérgica con independencia de que se haya pactado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario el vencimiento anticipado, como medida judicial autónoma ejercitada a través de la acción de devastación.

³²⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., 1999, ob. cit., pág. 326.

En caso de no darse todos los presupuestos que comparten ambos preceptos, el acreedor podría acudir al vencimiento anticipado fuera del ámbito de la acción de devastación, actuando como un acreedor común. Por ejemplo, cuando la garantía hipotecaria desaparezca por caso fortuito, que recordemos no permite el ejercicio de la acción de devastación.

En cuanto al contenido de cada una de las normas analizadas, existen particularidades que las diferencian en su ámbito de aplicación. Me refiero a diferencias y semejanzas en sus presupuestos de aplicación que paso a detallar a continuación.

En cuanto a la disminución de las garantías por causas físicas o jurídicas, ya estudié con anterioridad cómo la doctrina se ha planteado la cobertura del riesgo de deterioro en el ámbito de aplicación del art. 117 LH y a mi modo de ver no tienen cabida los deterioros todavía no realizados que hagan temer por la insuficiencia de la garantía. Sin embargo, el art. 1129.3° CC exige que el daño se haya materializado para poder instar el vencimiento anticipado porque no se trata de prevenir un daño, sino de actuar en consecuencia del mismo.

La normativa hipotecaria (arts. 117 LH y 219.2° RH) contempla el deterioro debido a una conducta de dolo, culpa o voluntad imputable al dueño de la finca hipotecada y el dueño puede ser el deudor, un tercer poseedor o un hipotecante por deuda ajena. El Juez, a instancia de parte, decidirá los efectos de la acción de devastación entre las posibilidades que le ofrece la normativa hipotecaria por identificar conjuntamente ambas normas: declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar otra medida que estime procedente. Es por eso por lo que el art. 117 LH permite incluir, entre las soluciones que adopta, el vencimiento anticipado del crédito para poder corregir los abusos que atenten contra la garantía hipotecaria.

Entonces los efectos de la acción de devastación serán los mismos para el hipotecante, para el hipotecante no deudor y para un tercer adquirente del bien hipotecado porque en los tres casos se trata del dueño del bien hipotecado y al constituir la hipoteca sobre sus propios bienes, cualquiera de ellos asume deber de conservación del valor de la garantía.

Sin embargo, cuando se trata de la medida prevista en el art. 1129.3° CC se refiere a la disminución de las garantías por actos propios del deudor y a la desaparición de las mismas por caso fortuito. Este vencimiento anticipado no es automático ya que el acreedor, cuando reclama que se cumpla la obligación que ha vencido debe probar como sostiene YSAS SOLANES «que se han dado las causas del vencimiento anticipado (art. 1124 CC), ya que en sede del art. 1129 CC no hay ninguna presunción que invierta la carga de la prueba».

De igual modo que en la *ratio* del art. 117 LH, en el art. 1129.3° es suficiente que el acto sea voluntario para que le sea imputado y no se requiere una conducta específicamente dolosa o culposa. MORENO QUESADA ³²⁸ indica que no se necesita ningún tipo de «animus» específico, como pone de manifiesto el que las consecuencias sean las mismas, tanto si las garantías las ha constituido el deudor como si lo ha hecho un tercero.

MONTÉS PENADÉS se refiere a la idea de acto propio, que debe entenderse en el sentido de acto voluntario o acto culposo pero entendiendo que se utiliza un concepto de culpa como imputabilidad, no exactamente como negligencia o como los franceses llaman *faute*, de modo que, tal como se ha comentado, es suficiente la voluntariedad del acto para que le sea imputado y no se requiere una específica conducta dolosa o culposa.

³²⁸ MORENO QUESADA, B., 1971, ob. cit., pág. 452.

Se plantea CLEMENTE MEORO si da lugar al vencimiento anticipado la disminución de las garantías por actos de tercero. Dice el autor que los actos de tercero no aparecen contemplados en el número 3º del art. 1129 y considera que no cabe tenerlos en cuenta en el supuesto de disminución, en que lo relevante es la sanción que se le impone al deudor por su actuación, como consecuencia del vínculo que existe entre las partes.

Al mismo vínculo particular, como conexión entre los eventos a la actuación de deudor, se refiere MONTÉS PENADÉS. Y ello en contraposición a lo que ocurre en la insolvencia, donde considera que hay una modificación del estado general del patrimonio del deudor que pone en peligro la realización del crédito y se prescinde de la valoración de la culpa concurrente del obligado. (1129.1º CC).

Si bien MARIO CLEMENTE³²⁹ considera que en el supuesto de disminución de garantías no tienen cabida los hechos de tercero, hace unas precisiones referentes a los actos de un tercero de quien el deudor deba responder y a los actos de un tercero en connivencia con el deudor.

También DÍEZ-PICAZO³³⁰ expone que en el art. 1129 la expresión «*acto propio*» significa «imputación al deudor del acto de disminución de la garantía, esto es, se exige que el acto haya sido realizado por el deudor o que le sea imputable» y asemeja dicha expresión a la del art. 1903 CC, en tema de responsabilidad civil, cuando expresa que la obligación de indemnizar es exigible «por los actos u omisiones propios» y «por los de aquellas personas de quienes se debe responder».

Pero otro supuesto distinto es el del tercero que adquirió el bien después de constituida la garantía. Si bien no hay inconveniente en que

³²⁹ CLEMENTE MEORO, M., 1991, ob. cit., págs. 115 y 116.

³³⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, pág. 145.

se aplique el art. 117 LH como medida conservativa del valor de la finca hipotecada porque la norma se refiere a «dueño», a efectos del art. 1129.3º, como ya dije en otro apartado, la doctrina considera que el tercer adquirente del bien hipotecado no es deudor y por tanto no se entiende que sus actuaciones puedan originar el vencimiento de la obligación garantizada por disminución de las garantías, donde lo relevante es la sanción que se le impone al deudor por sus actos, como consecuencia también del vínculo que existe entre las partes³³¹.

El tercer adquirente del bien hipotecado, es tercero en cuanto a la deuda garantizada y respecto a la constitución de la garantía, aunque esté vinculado a ella a través de la cosa.

Como tercero en relación a la hipoteca está contemplado en los arts. 112 y siguientes de la Ley Hipotecaria, incluso, como ya constaté, en el art. 117 LH que se aplica al sujeto pasivo de la hipoteca (hipotecante deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor, que adquiere el bien hipotecado con posterioridad a la constitución de la hipoteca) pero no puede ser considerado «deudor» a los efectos de aplicar el art. 1129.3º, aunque dice MORENO QUESADA³³² que debe reconocerse englobado en la previsión que se hace respecto del caso fortuito. El autor sostiene que es así porque en la solución consagrada en los antecedentes del precepto, el art. 1796 del Proyecto de 1851 distinguía en párrafos separados y atribuyéndoles consecuencias diversas, en la pérdida o deterioro de los bienes hipotecados, el que se produjera «*por culpa del deudor*» o bien que «*no fuese imputable al mismo*». Además dice que esta dicción, como sucede respecto a las análogas recogidas en el Derecho de otros países, comprende el caso

³³¹ CLEMENTE MEORO, M., 1991, ob. cit., pág. 115.

³³² MORENO QUESADA, B., 1971, ob. cit., pág. 453.

fortuito y el hecho de tercero porque ambos han de englobarse en lo que no son «actos propios» del deudor.

Además MORENO QUESADA se apoya en BELTRÁN DE HEREDIA que pone de manifiesto que los hechos obstativos del cumplimiento son de dos clases: o provienen del mismo deudor o se producen fuera de su ámbito de actuación. Y esto dice que lleva a una concepción muy extendida el caso fortuito, que considera que el criterio exacto y correcto para definirlo es el negativo o «per exclusionem», entendiéndolo como todo acontecimiento no imputable de ningún modo a la persona obligada.

Con esta base sostiene MORENO QUESADA que no hay duda de que la oposición entre actos propios y caso fortuito recogida en el art. 1129.3º, atribuye a este último supuesto una extensión que comprende en él los actos de tercero. Sin embargo, opino como CLEMENTE MEORO, que los actos de tercero, aunque sea éste titular de los bienes o derechos dados por él mismo y voluntariamente en garantía, no deben afectar a la obligación garantizada, pues la sanción prevista en el art. 1129.3º no puede perjudicar a quien nada ha tenido que ver con los actos de los que se la hace derivar. Más cuando el deudor responderá con todos sus bienes presentes y futuros.

Por otra parte, en el art. 1129.3º CC, la expresión «disminución de garantías» sostiene DÍEZ PICAZO que es bastante amplia y el efecto reductor de la seguridad que provoca, pueden producirlo tanto los actos de naturaleza material como jurídica. Continúa diciendo que la disminución o minoración de la seguridad puede consistir en el deterioro de la cosa, pero también en la constitución de un derecho dirigido al uso o al disfrute de la misma cosa y encuentra en la doctrina francesa, que es la que ha tenido la mayor discusión al respecto, muy variadas hipótesis, por ejemplo: cambio de explotación del inmueble, cuando esta modificación hace sufrir una depreciación al inmueble; los

hechos negativos que consisten, por ejemplo, en la pérdida de garantías conocidas por la inacción del deudor o por su negligencia o por su olvido, tanto como la disminución del valor de la cosa derivada de la constitución de un derecho derivado o de un gravamen. También en el art. 117 LH tienen cabida los deterioros materiales y jurídicos, como se ha podido ver a lo largo de estas páginas.

El estudio de estos preceptos plantea doctrinalmente la duda de si el art. 1129.3º se aplica cuando existe una norma especial que prevé el supuesto de disminución de la garantía pero como dice DÍEZ PICAZO, el artículo 1129 CC y los arts. 117 LH y 219.2º RH se mueven en órbitas distintas. El acreedor puede ejercitar la acción de devastación para evitar o remediar el daño, llegando incluso a la puesta en administración judicial de la cosa pero también puede, cuando el daño o disminución de la garantía se ha producido, dar por vencida la deuda en base al art. 1129.3º.

CAPÍTULO VI

PRINCIPALES EFECTOS DE LA ACCIÓN DE DEVASTACION

VI.1. EL PROCEDIMIENTO

Todo lo hasta aquí estudiado respecto del art. 117 LH tiene su manifestación en los distintos efectos que produce la llamada acción de devastación. Incluso debe reseñarse de qué manera es la propia doctrina quien la denomina como «acción», teniendo en cuenta que todo obedece al inicio de un procedimiento, que debe terminar con la adopción de unas medidas judiciales. Esta acción es, a mi juicio, de contenido real, de carácter cautelar y especial, con unos efectos limitados.

Debe pensarse que antes de iniciar el procedimiento las partes tendrán que haber intentado un acuerdo extrajudicial. Así el acreedor habrá requerido al propietario del bien para que cese en su conducta que lleva a una minoración de su valor, o se haya intentado llegar a acuerdos previos al ejercicio del proceso. Pero si ha habido dolo o culpa, de poco servirá ese intento de acuerdo extrajudicial en cuanto que la conducta del autor del daño revela una intención para la producción del efecto perjudicial a los intereses del acreedor.

En el último párrafo del art. 117 LH, cuando dice expresamente que en todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los «*arts. 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil*», como de todos es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido modificada y por tanto, no puede entenderse referido el art. 117 LH al actual art. 720 LEC, sino a los arts. 437 y ss. de la misma, en los que se regula el juicio verbal y deroga y sustituye el art. citado en la Ley Hipotecaria.

El precepto hipotecario regula aspectos de carácter procesal. El párrafo primero trata de la competencia territorial al indicar que «*podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca*». De esto puede deducirse, como indica CAMY SANCHEZ CAÑETE, que el legislador no ha añadido «indicación alguna sobre la sumisión expresa o tácita. Por ello no será válido cualquier pacto escriturario que altere esa competencia, sino que tampoco podrá serlo la sumisión expresa o tácita realizada por las partes al plantearse la demanda³³³. Se concluye que un pacto con este contenido incluido en la escritura de hipoteca no puede ser admitido por el Registrador en el momento de su calificación y por lo tanto deberá ser denegado. Se tiene como fundamento jurídico en primer lugar la naturaleza del procedimiento, en la que los juicios verbales no admiten el cambio de la competencia, pero además el art. 117 LH y los art. 54.1 y 56 de la actual Ley de Enjuiciamiento civil, que excluyen de la sumisión expresa o tácita aquellos casos en que por ley la competencia pueda ser objeto de sumisión expresa o tácita por las partes a otro tribunal.

El art. 117 LH introduce una serie de manifestaciones de carácter procesal que son claramente insuficientes, ya que el precepto dice «*que le admita justificación sobre estos hechos*», siendo lo cierto que se ha iniciado un procedimiento y por tanto el proceso judicial deberá guiarse por las normas procesales. La parte actora, es decir, el acreedor hipotecario, tiene a su disposición el art. 445 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dice como en el juicio verbal «*En materia de prueba y presunciones, será de aplicación a los juicios verbales los establecido en los capítulos V y VI del Título I del presente Libro*», del que resulta a destacar el art. 299 relativo a los medios de prueba. De este

³³³ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Comentarios a la legislación hipotecaria.vol.6.* 3ª, act. y aum. ed. Pamplona: Aranzadi, 1983.

modo, cabrá el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. También se admiten aquellos medios contables, es decir, cifras y operaciones matemáticas y además, como dice el número 3 del art. 299, «cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este art. pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

Todos estos medios de prueba van dirigidos a acreditar ante el Juez que el deterioro de la finca hipotecada es real, así como el motivo de ese deterioro. Todo ello dirigido a demostrar que el bien hipotecado, en el estado en que se halla, es insuficiente para garantizar el crédito.

No puede olvidarse que se está en la fase de seguridad de la hipoteca y por consiguiente no se ha entrado todavía en la fase de ejecución, donde realmente se ve el resultado, en el mercado del valor, de esa casa a través de la correspondiente subasta. De ahí que el acreedor no puede tener como seguros los valores que se harán efectivos en un momento y de ahí que se diga que el acreedor «*tiene el fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca*». Por ello también se exige una tasación pericial de la finca dada en garantía en el momento de la constitución de la hipoteca, y que dicha tasación sea lo más objetiva posible a través de la correspondiente homologación de la entidad tasadora.

Ese fundado temor, al que se ha hecho referencia anteriormente, puede quedarse en eso, en fundado temor, ya que el deudor, a pesar del deterioro del bien hipotecado, puede satisfacer el crédito y no llegarse a la ejecución. Se está ante un daño presente que puede originar consecuencias futuras, de ahí que todo el proceso va dirigido a justificar que lo realizado ya no cubre en aquellos momentos el crédito asegurado.

El art. 117 LH expresa que se dictará providencia, lo que creo que se debe a una fórmula o estilo de expresión, y no debe entenderse en sentido estricto el término, pues tratándose de un procedimiento verbal lo que existirá será sentencia, cuyo contenido consistirá en un hacer o no hacer lo que se considera como necesario para evitar el deterioro o menoscabo. En conclusión, en ningún caso se dictaría una Providencia, cuyo ámbito competencial es la ordenación material del proceso (art. 245.1 LEC) y sería declarada nula por exceder del mismo (art. 238.3 LOPJ) y regular contenido reservado a Autos, Decretos y Sentencias, lo que genera indefensión si nos atenemos al régimen de recurso. Por lo tanto, el art. está tácitamente derogado, en su aspecto procesal por la LEC 1/2000, aunque no expresamente, puesto que formalmente se encuentra en vigor. Evidentemente ha de sujetarse a las reglas procedimentales fijadas en la ley procesal.

El Juez tiene una amplia libertad para fijar el contenido de la sentencia, por lo tanto deberá tener en cuenta lo solicitado y propuesto por la parte demandante, aunque también puede ordenar otras medidas que considere más apropiadas al supuesto planteado, medidas a las que posteriormente se hará referencia. Basta decir por ahora que el Juez, en vista de los hechos acreditados, mandará al elemento personal pasivo de la hipoteca, *«hacer o no hacer lo que proceda para evitar el daño»*.

Igualmente en la sentencia deberá establecerse un plazo dentro del que el propietario deba hacer lo mandado judicialmente. Sin embargo, el proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Judicial relativo a la ejecución no dineraria no encaja en su totalidad con lo que precisa la acción de devastación y el art. 705 sí que es aplicable en cuanto dice: *«Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el Tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran»*. En qué consiste ese hacer o no hacer es lo que será examinado más adelante.

Como bien indica MORENO QUESADA, se trata pues de adoptar las medidas conducentes a paliar la conducta devastadora del propietario; medidas que se conciben con gran amplitud, toda vez que se prevén tanto realizaciones de actividad como abstenciones y que estarán en relación con el tipo de conducta que haya causado el daño³³⁴.

Esa amplitud de posibles soluciones es en definitiva lo que ha hecho que el art. 117 LH quede tan indeterminado, y que la parte acreedora carezca de la suficiente confianza en él para resolver el conflicto, utilizando otro medio mucho más fuerte, y muchas veces desproporcionado, como es el vencimiento anticipado del crédito.

VI.2. SOBRE LAS MEDIDAS QUE SE ADOPTEN

Antes de una enumeración de las posibles medidas que el acreedor hipotecario pueda solicitar del juez para evitar el deterioro de la garantía hipotecaria, creo conveniente recordar que:

1. El precepto atiende al derecho real de garantía que es la hipoteca, que, a mi juicio, sigue siendo un elemento accesorio de la relación principal que es el crédito, por lo tanto ha de moverse dentro del campo de la hipoteca y no del crédito, así lo hace el art. en toda su extensión. El legislador se preocupa de conservar la hipoteca en su función de garantía del crédito, y de que esta no desaparezca o pierda su función, sino que se mantenga dentro de los parámetros de valor que tuvo en el momento de su constitución.
2. Que el art. 117 LH se encuentra dentro de la llamada fase de seguridad de la hipoteca, como se ha dicho reiteradamente en este estudio, por tanto en esa situación lo que se pretende es evitar la ejecución hipotecaria. No se trata por consiguiente de

³³⁴ MORENO QUESADA, B., 2000, ob. cit., pág. 353.

un supuesto que lleve de forma rápida a esta última. Por el contrario, que sea un posible efecto de la acción de devastación es cierto, pero en puridad, el vencimiento anticipado es el inicio de la fase de ejecución, por lo que si se incluye dentro de las posibles medidas a adoptar en el caso de la acción de devastación se está en el linde último que separa ambas fases de la hipoteca incumpliendo la finalidad del precepto. Respecto a esta cuestión en el siguiente punto del trabajo podrá observarse cómo la práctica ha incluido supuestos de deterioro dentro del vencimiento anticipado como casos que serían más bien objeto de la acción de devastación.

3. Que una enumeración de posibles efectos es necesariamente abierta, al igual que lo son los casos posibles de deterioro. La realidad supera la ficción, y por mucho que se haga mención a los casos más frecuentes, pueden existir otros, y ha de tenerse en cuenta que las soluciones deben ser adaptadas a los supuestos casos que originan.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, se deben mencionar diversos posibles efectos de la acción de devastación.

VI.3. LA CONDUCTA DEL CAUSANTE DEL DETERIORO

Ya se han estudiado las distintas causas del deterioro, basadas todas ellas en un hacer o en un no hacer, es decir, en una forma de actuar que origina un daño sobre el bien hipotecado, desmereciendo su valor, ya realizado cuando se interpone la acción de devastación, disminuyendo desde ya la garantía, o existiendo ese fundado temor de que si el sujeto continúa con su conducta, llegaría a producirse un daño en la garantía.

Consecuentemente el Juez ordenará al causante de esa conducta, o bien hacer lo no hecho, o bien dejar de hacer lo que se ha realizado.

De ahí que en el tema de procedimiento se haya aludido a los arts. que regulan la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si el causante del daño acepta voluntariamente su obligación de hacer para reponer la garantía a la misma situación en la que se encontraba anteriormente a realizar su conducta, se cesa en el ejercicio de la acción de devastación, de igual forma que si deja de realizar lo que ha influido en el bien hipotecado para su deterioro. En este último caso se tendrá que contemplar si el daño producido ha disminuido tanto la garantía que esta se encuentra por debajo de la responsabilidad hipotecaria, establecida anteriormente, en cuyo caso deberá reponer la situación de la finca al momento de la constitución de la hipoteca.

En el caso de que solamente exista un temor fundado a que esa minoración afecte a la garantía, pero el daño ocasionado siga garantizando sobradamente el crédito, la conducta del propietario o del titular del derecho real consiste en no reiterar aquello que ahora se le ordena.

Debería pensarse que del procedimiento verbal en el que se dicta la sentencia, se produce como consecuencia una obligación de hacer o no hacer y, como tal, dichas obligaciones en caso de incumplimiento llevan consigo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 del CC), lo que sin duda contribuiría a empeorar la situación patrimonial del dueño del inmueble. En este caso, el acreedor podría ejercitar la acción de liquidación de daños y perjuicios (arts. 712 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil), que se concretaría dinerariamente en el perjuicio o menoscabo que se ocasiona en la garantía de la obligación, perjuicio o menoscabo que responde a una cantidad dineraria.

Seguidamente, se estudiarán algunos de los supuestos incluidos en el contenido de dicho hacer o no hacer.

VI.4. LA AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

VI.4.1. La ampliación de la hipoteca admitida en los textos legales hipotecarios

De forma general, es necesario contemplar los tipos de ampliación de la garantía del crédito que existen y cuáles son los que pueden interesar al presente caso como medio de solución a la acción de devastación.

En un primer momento la doctrina se muestra dubitativa con la misma admisión de la ampliación de la hipoteca, sin embargo, es clara su admisión, ya que la propia LH la admite en diversos preceptos.

En primer lugar debemos citar el art. 81 LH que expresa con carácter general la admisión de la ampliación de los derechos inscritos, cuando dice: *«La ampliación de cualquier derecho inscrito será objeto de una nueva inscripción en la cual se hará referencia al derecho ampliado»*.

Realmente es un precepto que tiene una finalidad tabular en la que se especifica el asiento registral que debe ser utilizado por el Registrador, pero al mismo tiempo admite la posibilidad de ampliar los derechos inscritos, que en un primer momento parece referirse al mismo folio registral, es decir, los derechos que recaen sobre la misma finca, y sobre ellos recaerá la ampliación.

En el caso de la acción de devastación, que tiene que ver con la minoración de la finca registral, no debería aplicarse el precepto. Pero esa interpretación podría realizarse en un sentido amplio, de tal manera que la hipoteca dañada por la disminución del valor de la finca es la que se amplía, pero ampliando la hipoteca sobre otros bienes. Sin duda, la aplicación de este supuesto a la ampliación de la hipoteca sobre otros bienes, deberá realizarse mediante una inscripción en el folio registral del bien.

En segundo lugar la ampliación de la hipoteca se admite en el art. 91 LH, referente al legado de renta o pensiones periódicas, lo que no aporta nada al tema estudiado.

El tercer supuesto en el que se admite la ampliación se regula en el art. 115 LH que dice que *«para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme el art. anterior, el acreedor podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados [...]»*.

Pienso que el art. 115 LH no es aplicable al caso del art. 117 LH, ya que no procede la acción de devastación por una disminución del valor que no cubra la responsabilidad de intereses, pues en el supuesto de hecho únicamente se habla de la «insuficiencia de la hipoteca», sin que se especifique qué partes de la responsabilidad hipotecaria pudieran verse afectadas por los daños ocasionados.

La interpretación del término hipoteca tiene que entenderse en un sentido amplio, incluyendo las distintas responsabilidades que comprende. Si el legislador hubiera querido ser más preciso, debería haber determinado a qué parte de la hipoteca se está refiriendo, es decir, si al principal o a la responsabilidad por los intereses variables, que es otra hipoteca, esta vez de máximo, o si se refiere a la responsabilidad hipotecaria por costas y gastos, que en realidad es otra hipoteca también de seguridad y consecuentemente de máximo.

El legislador hipotecario, como se ha dicho, no lo ha especificado ni creo que fuera necesario, puesto que el fundado temor al que alude se está refiriendo a la hipoteca en su conjunto y no a las distintas responsabilidades que pueden integrarse en la responsabilidad hipotecaria.

El art. 115 LH sirve para indicar cómo la solución que el legislador pretende es la total cobertura del crédito garantizado y si fuese necesario se posibilita la ampliación de la hipoteca. De forma expresa

determina que deberá realizarse la ampliación sobre los mismos bienes hipotecados, es decir, en principio no cabe ampliar la hipoteca sobre otros bienes del hipotecante.

El siguiente supuesto de ampliación admitido por la Ley Hipotecaria es el referido a las hipotecas legales, regulado por el art. 163 LH, que no aporta nada al presente estudio, ya que el origen de la hipoteca es legal y tiene su protección específica.

Queda por último en el Reglamento Hipotecario, el art. 219.2º RH, que ya ha sido tratado anteriormente y que se incluye íntegramente en la llamada acción de devastación. Así, cuando el arrendamiento tenga como finalidad - dice el precepto- causar la disminución de valor, en ese caso, *«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 otra medida que sea procedente»*.

La importancia del precepto, en orden a la minoración que produce el arrendamiento en el bien hipotecado se ha visto disminuida por las modificaciones legales y jurisprudenciales. Sí que ha de tenerse en cuenta que el supuesto de hecho se encuentra incluido en la acción de devastación y por consiguiente uno de los efectos que podría producirse para remediar el daño causado en el bien hipotecado es la posible ampliación de la hipoteca sobre otros bienes.

Está claro que la figura de la novación del crédito hipotecario ha supuesto una total admisión, ampliación de crédito que conlleva la de la hipoteca que le sirve de garantía. Sin embargo, este supuesto no entra en lo que es la acción de devastación, que es justamente el contrario, la disminución de la garantía hipotecaria que impide, en principio, una ampliación del crédito.

VI.4.2. La ampliación de la hipoteca sobre otros bienes inmuebles

Una vez estudiados los casos en los que la Ley Hipotecaria admite la ampliación de la hipoteca, procedo a analizar aquellos supuestos en que dicha hipoteca recaerá sobre otros bienes del propietario o del titular jurídico-real, de manera que se reponga la garantía que su conducta ha ocasionado.

Se debe partir de lo dispuesto en el art. 122 LH, cuando dice que *«La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados [...] y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido [...]»*. Por consiguiente, independientemente del deterioro de la finca hipotecada, el estado de la finca, ocasionado por cualquiera de las causas citadas, no cancelará la hipoteca, que continuará subsistiendo y podrá ser objeto de ampliación.

No se trata de una novación de la hipoteca ya existente, ya que no cabe dentro de las reguladas por el art. 4 de la Ley 2/1994 de 30 de Marzo, que fue modificada por Ley 41/2007 de 7 de Diciembre, en la que en el apartado 2 i), tratando de las modificaciones de la hipoteca, se ocupa de la ampliación o reducción del capital. No se está aumentando o reduciendo el crédito hipotecario. En el caso de ampliación de hipoteca del art. 117 LH, el capital continúa siendo el mismo, el problema es que la hipoteca que garantiza dicho capital ha sufrido una reducción o minoración en el valor del bien hipotecado y por ello es necesario que se acuda a otros bienes distintos.

Otra cuestión que debe plantearse es si estos bienes han de pertenecer o no al mismo hipotecante. Yo creo que no es necesario, a mi juicio, que el deudor pueda perfectamente acudir a cualquier otro titular de un derecho real sobre otra finca distinta de la hipotecada para cubrir la garantía que se ha disminuido con el daño ocasionado, o el

daño que pudiera producirse en el futuro, en caso de que persista la conducta del propietario o que se ocasione como consecuencia de la misma.

En el título constitutivo de la ampliación de la hipoteca, es necesario hacer constar la causa de la ampliación, y la correlación que existe entre ambas garantías. Ha de pensarse que el crédito no ha cambiado, sigue siendo el mismo crédito garantizado por la hipoteca, es el objeto el que ya no responde, por lo tanto es sobre el mismo donde se produce la ampliación. De esta forma, si la hipoteca está constituida sobre un bien hipotecado y el crédito garantizado es el del cien por cien, y se halla totalmente garantizado por el bien, si posteriormente se ocasiona un daño que deteriora la garantía, la ampliación de la hipoteca consistirá en introducir en la hipoteca, otro bien o bienes sobre los que se distribuya la responsabilidad hipotecaria hasta recuperar la minoración.

Por consiguiente, en la escritura de constitución de la ampliación de la hipoteca se describirá la finca o fincas que han sido objeto del daño y el bien o bienes que se ofrecen en garantía del crédito para remediarlo. Para ello habrá que distribuir o redistribuir la responsabilidad hipotecaria entre todos los bienes, disminuyendo lógicamente el bien o bienes que hubieran sufrido los menoscabos.

El problema está en la indeterminación del daño que se ha ocasionado. No se sabe la minoración que se ha producido. Consecuentemente debería entenderse como aplicable lo regulado en el art. 121 LH cuando se dice «[...] si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder [...]». Por tanto podría pactarse el orden de ejecución de las fincas hipotecadas, por causa del origen de esta situación, de manera que en primer lugar fuera la hipotecada originariamente, y posteriormente las hipotecadas

por la ampliación. Ha de pensarse que si bien no está en el supuesto de hecho establecido en el art. 119 LH («*Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen de que cada una debe responder*»), la situación es sobrevenida por sentencia dictada por el Juez, que ordena la ampliación de hipoteca. Y que tampoco la situación producida por la acción de la devastación entra en los casos del art. 123 que regula la división de la finca y la distribución de responsabilidad.

Es preciso recordar que la ampliación de la hipoteca sobre las nuevas fincas, ha de guardar el principio de prioridad según el orden de cargas inscritas o anotadas que sean preferentes a la nueva hipoteca, según el folio registral de la finca sobre la que se amplía la hipoteca, lo que, sin duda, se tendrá en cuenta a la hora de la tasación de la finca a los efectos de remediar el daño cometido o el temido.

VI.5. OTROS MEDIOS PARA EVITAR O REMEDIAR EL DAÑO

Las facultades del Juez para adoptar las medidas necesarias a los efectos de la acción de devastación son muy amplias, como se ha dicho. También será posible que al mismo propietario del bien hipotecado se le obligue a hacer las mejoras necesarias para reponer el bien hipotecado dañado por el propio titular. La hipoteca recuperaría su función de garantizar el crédito, ya que el bien obtendría de nuevo su valor.

Podría también el mismo deudor destinar bienes muebles al inmueble hipotecado. Se está ante la extensión objetiva de la hipoteca a la que ya se hizo referencia con anterioridad, por lo que sería aplicable el art. 111 LH. El problema, en este caso, se encuentra en que el pacto de extensión objetiva, incluido en las escrituras de préstamo hipotecario, es de carácter genérico, por lo tanto sin determinar qué bienes muebles son los que se encuentran hipotecados por la extensión objetiva, y así lo admite la Jurisprudencia en diversas sentencias (S.T.S. de 26 -5-1984, 14 - 3- 1986, 4- 10- 1993). Por eso en el momento de la tasación no se

incluyen los objetos muebles que están destinados a los inmuebles. En contra de esta práctica LLOPIS GINER afirma que «La determinación lleva consigo que el hipotecante, al describir el elemento físico del objeto e incluir dentro de él a los objetos muebles a los que se extiende la hipoteca, se está realizando en ese momento el acto de destinación del bien mueble al inmueble hipotecado»³³⁵.

Si el propietario hace un acto de destinación de bienes muebles al inmueble hipotecado dañado, el valor de dichos bienes puede volver a recuperar la garantía plena que tenía antes de que el daño se hubiera producido. Piénsese, por ejemplo, en la destinación de maquinaria industrial sobre un almacén que haya sufrido la conducta ilícita del propietario, y que dicha destinación se haya realizado mediante acta notarial para que se incluya en la descripción del bien inmueble hipotecado, y consecuentemente, figure en la propia descripción del bien inmueble, y a ello se extendería objetivamente la hipoteca y el bien inmueble hipotecado estaría plenamente determinado.

En este caso la hipoteca sería la misma, lo que ocurre es que hay una ampliación objetiva sobre el mismo bien hipotecado, que impide la disminución del valor, y restituye la hipoteca a su valor para asegurar el crédito.

Serían muchos los medios de los que el Juez puede disponer para solucionar el problema de la acción de devastación y que tienen como fin el propio objeto hipotecado. No se puede olvidar cómo la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, en definitiva, es un derecho real de garantía.

Entre las posibles soluciones que podrían adoptarse están otras medidas de garantía del crédito que sirven para satisfacer el interés del acreedor, el deudor puede hacer uso, en su caso, de otras

³³⁵ LLOPIS GINER, JM., 2000, ob. cit., pág. 267.

complementarias de la hipoteca. Excluyendo una enumeración exhaustiva, piénsese en la constitución de una hipoteca mobiliaria, o la de una prenda sin desplazamiento posesorio, o en el aumento del seguro, previsiblemente ya establecido, y así un largo etcétera, que queda en manos del Juez para la utilización de la más adecuada a las circunstancias del caso. En todos ellos se contempla la voluntad del legislador por conservar la garantía y por lo tanto la vigencia del crédito con su pago en el termino pactado. De ahí que se examine el vencimiento anticipado de la obligación por separado, y que sea tratado en el capítulo siguiente.

VI.6. LA PERSISTENCIA EN EL ABUSO: LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Si a pesar de lo indicado en la sentencia, el propietario incumpliese el hacer o el no hacer causantes de la minoración del valor, dice el art. 117 en su párrafo segundo que *«dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración jurídica»*.

En sentencia declarativa que ha dispuesto lo que el propietario deudor debe hacer o no hacer, si incumpliese lo ordenado por el Juez, el acreedor hipotecario presentará demanda de ejecución, en la que el Juez dictará Auto de ejecución y el mismo día el Letrado/a de la Administración de Justicia dictará un Decreto con las medidas concretas para garantizar la ejecución, algunas de las que se han señalado anteriormente, pero también el nombramiento de un administrador judicial.

La regulación del nombramiento de administración judicial no está específicamente regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al igual que se regula en la ley una tramitación especial para los casos de desahucio, podría plantarse una regulación específica para la acción de devastación, lo que facilitaría su utilización y aumentaría su uso.

Ante la falta de un proceso particular que defina el cargo de administrador judicial hay que buscar en la ley cuál sería la norma aplicable. Así, en un principio podría plantearse acudir a los arts. 630 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, que regulan la administración judicial y que aunque no entra en los supuestos de hecho en la misma, ante la ausencia de una regulación específica cabría su aplicación analógica, que considero podría regir en estos casos en los que el Juez deba poner la finca en manos de un administrador para evitar el deterioro o la disminución del valor.

Sin embargo, creo más apropiado que la regulación adecuada sea la que determine el art. 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la administración de la finca o bien hipotecado que dice literalmente: *«Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o, cuando este se hubiera efectuado extrajudicialmente, desde el despacho de la ejecución, el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado. El acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiera estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito.*

A los efectos anteriormente previstos, la administración interina se notificará al ocupante del inmueble, con la indicación de que queda obligado a efectuar al administrador los pagos que debieran hacer el propietario.

Tratándose de inmuebles desocupados, el administrador será puesto, con carácter provisional, en la posesión material de aquellos».

De esta forma, el administrador judicial en el caso del art. 117 LH se mantiene dentro de las normas relativas a la hipoteca, a falta de una regulación específica.

La administración judicial supone el efecto de mayor gravedad que puede adoptarse para evitar el daño o menoscabo que pueda producirse. En definitiva parece como la última medida que debe adoptar el Juez ante el incumplimiento de la obligación de hacer o no hacer. La hipoteca es un derecho real de garantía que no ocasiona en el propietario del bien hipotecado la pérdida de sus facultades, entre ellas el propietario hipotecante mantiene su posesión, pero lo que establece el art. 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que el administrador tendrá la posesión interina del bien, único medio posible para evitar la continuación del daño o poner remedio al temor fundado a que ese daño se produzca.

Sin lugar a dudas el nombramiento de administrador judicial no comporta la pérdida de los frutos nacidos del bien hipotecado, ni las rentas que estos bienes pudiesen producir, que seguirán perteneciendo a quien tuviese derecho a ellos. Solamente la existencia de un pacto anticrético en la propia escritura de constitución de la hipoteca dará lugar a dicha apropiación de los frutos y rentas.

Considero que el acreedor hipotecario deberá también acreditar el incumplimiento de lo ordenado por la sentencia, y que continúan las conductas que ocasionan el daño que ya ha perjudicado el valor del bien o que se teme que al no cesar la actuación del propietario, se produzca la minusvaloración del bien hipotecado.

Ante esta situación, la administración judicial deberá recaer en el acreedor hipotecario, que es el más interesado en poner fin al efecto jurídico ocasionado por ese momento límite, en el que perdura la devastación del bien hipotecado. Aunque nada impide que si el daño lo ha hecho por ejemplo el usufructuario pueda ser el nudo propietario el administrador judicial.

La acción de devastación no lleva consigo la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad en donde se halla inscrita la finca

hipotecada. Solamente en cuanto se produzca la modificación de la finca registral, podrá tener acceso al Registro, el daño ocasionado, en cuanto que supone una modificación registral de la finca. Al igual que cuando se produzca una alteración en el ámbito jurídico, causante del deterioro jurídico. Pero como tal, la acción de devastación no alcanzará la protección registral. Los medios de publicidad deberán constar ya inscritos en el Registro a través de la hipoteca.

CAPÍTULO VII

CLÁUSULAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

VII.1. PREFERENCIA DE LOS PACTOS DE CONSERVACIÓN DE LA GARANTÍA

En ocasiones no podemos obviar que el banco induce a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo si la entidad hubiera actuado con la debida diligencia y con la buena fe exigible de la contratación, con la obligación de actuar moralmente y con una adecuada prudencia en la gestión.

A veces, no siempre, se aprovecha la ignorancia sobre banca de un cliente para ofrecerle productos o servicios poco interesantes, costosos o poco apropiados a sus necesidades o situación personal. Incluso no podemos dejar a un lado la publicidad excesivamente emocional de las entidades financieras cuando se hace creer a los clientes que el banco se involucrará, llegado el caso en sus problemas de índole personal.

El hipotecante no tiene conocimiento ni experiencia financiera. Carece de conocimientos aunque no vamos a dejar de lado que esto es similar al principio de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento.

La entidad bancaria ostenta una posición superior frente al cliente que en ocasiones carece de conocimientos para comprender los riesgos de la inversión aunque tampoco es excusa. Aunque sí es cierto que se fomentaron en algún tiempo las hipotecas abusivas incentivadas a través de prácticas ilegales o poco éticas, llevadas a cabo por las entidades financieras.

El notario relata las obligaciones del préstamo hipotecario y las consecuencias en caso de incumplimiento del contrato con la entidad bancaria con toda jerga que en ocasiones la parte que contrata con el banco es incapaz de comprender del todo.

La entidad financiera siempre está en un lugar superior cuando contrata con el cliente y normalmente este último no revisa completamente la escritura de préstamo hipotecario.

Hay que pensar que el CC está plagado de normas que tutelan al acreedor. Tal es el caso de la indemnización por mora, la pérdida del derecho por el deudor para el caso de insolvencia presente o latente, la institución de garantía, prenda e hipoteca y la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

El afán de recuperar por parte de las entidades financieras lo previamente entregado (el capital) con el máximo beneficio (los intereses), conduce a que estas introduzcan en los contratos tipo, ofrecidos a su clientela, cláusulas que pueden ser juzgadas de lesivas o abusivas por implicar una merma de los derechos del cliente sin obtener por tal pérdida una contraprestación.

El abuso como exceso, como uso desmedido, sin límite, tiene multitud de plasmación en cláusulas contractuales que, establecidas unilateralmente por la entidad de crédito se revelan como abusivas. Todo ejemplo abusivo supone lesión, merma de otro derecho o de otro interés jurídico merecedor de tutela.

La actividad contractual de la entidad de crédito está presidida por la idea de seguridad económica en la devolución de lo entregado y seguridad jurídica basada en unas condiciones generales que experimenta el banco a través de la práctica.

Atendiendo a la literalidad del art. 1255 CC se deben entender como válidas las estipulaciones que fijan vencimientos anticipados. Por tanto no merece reproche la cláusula que estipula el vencimiento anticipado de la obligación para el caso de impago de las cuotas de amortización e intereses porque el incumplimiento de la obligación principal que al deudor acreditado incumbe, es razón más que suficiente para que se declare vencida la obligación.

Por la parte que incumbe a este trabajo, ANGUIITA RIOS ha dicho al respecto que la desconfianza generalizada en la acción de devastación ha provocado que a través del plano convencional, sea resuelta la eventual disminución de la finca a través de cláusulas de vencimiento anticipado que implican la renuncia a la aplicación del art. 117 LH y la «sustitución de la decisión judicial sobre el deterioro real del inmueble, la insuficiencia de la garantía y la forma de remediar el daño, por una cláusula convencional que establece un régimen distinto en el que se incluye el vencimiento anticipado del préstamo para el supuesto de deterioro del bien hipotecado»³³⁶.

La misma autora se cuestiona por qué se prefiere la resolución convencional del crédito cuando la garantía disminuye de valor si existe un precepto legal que prevé este hecho. Considera que es así porque el vencimiento se produce de forma automática y, además, objetiva, con independencia de la existencia o no de culpabilidad del propietario. Pero aún reconociendo los inconvenientes de estos pactos convencionales que precipitan el fin del crédito hipotecario, insiste en que «un mero repaso de las escrituras de préstamo hipotecario basta para comprobar que éstas están inundadas de cláusulas que castigan el incumplimiento de las obligaciones del deudor, y en particular el desmerecimiento de la garantía, con el vencimiento del crédito»³³⁷.

VII.2. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

También BLASCO GASCÓ³³⁸ dice al respecto que «en la realidad contractual, los acreedores suelen acudir a la figura del vencimiento anticipado de la deuda dada su efectividad inmediata, mientras que el ejercicio de la acción de devastación del art. 117 LH. suele quedar

³³⁶ ANGUIITA RIOS, ob. cit., pág. 301.

³³⁷ Vid., pág. 304.

³³⁸ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., 2000, ob. cit., págs. 355 y ss.

reducido a aquellos supuestos en que al acreedor le interesa el control efectivo del inmueble mediante su administración».

Continúa el autor diciendo al respecto que, en general la Dirección General ha admitido la inscripción de los pactos de vencimiento anticipado tendentes a la conservación de la garantía y en concreto lo ha admitido en los siguientes supuestos:

- Impago de impuestos, contribuciones y, en general, tributos que gravan la titularidad de la finca y que gocen de preferencia legal.
- Disminución de la finca de más de la cuarta parte del valor del inmueble. En este sentido la RGRN de fecha 12 de julio de 1996339, expresa que «en cuanto a la estipulación 5.^a, c), que establece la previsión del vencimiento anticipado del préstamo «cuando por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20 por 100 y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza [...]se ha de reiterar el criterio de este centro en el sentido de que un pacto de este tipo se limita a dar concreción a una de las facultades que integran el crédito hipotecario conforme al art. 1129, número 3, del Código Civil».
- Existencia de cargas o gravámenes de rango registral prioritario a la hipoteca o no expresadas en la escritura constitutiva. Con respecto a estas últimas, la RGRN de 29 de enero de 1998³⁴⁰ expresa que «la nota de calificación rechaza finalmente el

³³⁹ España. Ministerio de Justicia. Resolución de 29 de enero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1998\280 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

³⁴⁰ España. Ministerio de Justicia. Resolución de 29 de enero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1998\280 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

apartado 1.3 de la estipulación tercera, en el que se establece como causa de resolución del contrato la aparición de cargas no mencionadas en la escritura que sean preferentes a la hipoteca o si existe algún contrato de arrendamiento o alguna situación posesoria anterior y distinta a los declarados en la escritura o posteriores y contrarios a lo pactado en las cláusulas, por considerar el Registrador que infringe el art. 27 de la Ley Hipotecaria. No puede ser mantenido este criterio, puesto que respecto a la posible existencia de cargas preferentes no mencionadas en la escritura, es doctrina de este Centro que puede configurarse como causa de vencimiento anticipado del préstamo con el apoyo de la previsión legal contenida en el art. 1129.3º del CC, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida, y respecto a la previsión hecha en cuanto a los arrendamientos, es criterio de este mismo Centro que resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada en relación con aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudiera disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contenga, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más, no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, que es precisamente lo prevenido en el apartado 1.6 de la estipulación segunda. Tampoco, por su propia naturaleza, pueden implicar prohibiciones de disponer contrarias al art. 27 LH las previsiones de vencimiento anticipado por razón de la existencia de situaciones arrendaticias o posesorias anteriores a la hipoteca y no declaradas en la escritura».

- En cuanto al impago de la prima de seguro de incendio como objeto del pacto, la DGRN, en su Resolución de fecha 22 de julio de 1996 dice que «en cuanto al defecto segundo de la nota por el que se excluye la inscripción de la estipulación sexta apartado c) en la que se pacta el vencimiento anticipado de la obligación garantizada en caso de incumplimiento de la parte prestataria de cualquiera de las obligaciones que por este contrato asume respecto a pago de contribuciones y primas de póliza de seguros debe ser confirmado parcialmente en lo que se refiere al impago de contribuciones, pues no solo no se determinan, ni en esta cláusula ni en el resto del contrato, las específicas contribuciones cuyo incumplimiento puede provocar tal efecto, sino que además, al no concretarse a aquellas cuyo pago quede garantizado con un derecho de preferencia respecto del mismo acreedor hipotecario, vendría a extender el ámbito de la garantía pactada, a comportamientos que nada tienen que ver con la verdadera conducta que debe asegurarse, a saber, el cumplimiento de la obligación garantizada. En cuanto al vencimiento anticipado por impago de las primas del seguro (ha de interpretarse alusivo al seguro contra el riesgo de incendios a que se refiere la estipulación duodécima, único mencionado en la escritura), ha de estimarse, por el contrario, la impugnación formulada, pues como ya declarara este Centro en sus Resoluciones de 23 y 26 octubre 1987 (RJ 1987\7660), resultan admisibles las cláusulas de vencimiento automático de la obligación garantizada por impago de gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa y que, como la del seguro, determinan un detrimento potencial del bien».
- Impago de cualquiera de las letras en que se instrumenta la obligación de pago, si no se trata de una hipoteca cambiaria. Dice

el autor que si se trata de una hipoteca cambiaria no es posible el pacto ya que cada letra contiene la referencia específica de la hipoteca y tiene una circulación autónoma. Por otra parte, este pacto generaría un vencimiento anticipado de la hipoteca ignorado por algunos titulares de la misma³⁴¹.

- Por último el autor se refiere al arrendamiento sin consentimiento del acreedor por precio vil según lo previsto en el art. 219.2º RH.

También AVILA NAVARRO³⁴² realiza un estudio exhaustivo acerca de los pactos de conservación de la garantía, y concretamente, con referencia al **deterioro o destrucción de la finca** dice que a pesar de las prevenciones legales establecidas en los arts. 1129.3º CC, 117 LH y 219.2º RH, el afán de seguridad lleva a los acreedores a establecer cláusulas en aras de la conservación del valor de la finca y con intención de prevenir el deterioro o pérdida.

También en cuanto a la **inspección de la finca**, para comprobar en cualquier momento el estado de la finca que constituye su garantía, suele reservarse o hacerse conceder por el deudor la facultad de inspeccionarla cuando lo considere conveniente. Y en ocasiones, incluso se le atribuye la facultad de determinar, a la vista de esa inspección, si se ha producido un deterioro que, según lo pactado en otras cláusulas, pueda determinar el vencimiento de la hipoteca. Dice el autor que puede ocurrir que este vencimiento se prevea incluso para el caso de

³⁴¹ España. Ministerio de Justicia. Resolución de 14 de octubre de 1986 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1986\6067 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

³⁴² AVILA NAVARRO, P. *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 144.

que el deudor, en realidad el poseedor, se resista a admitir la inspección del acreedor³⁴³.

En este sentido, la DGRN en su resolución de fecha 20 de mayo de 1987 reconoce que «si bien de la cláusula décima cabe inscribir la facultad, conferida al acreedor, para inspeccionar el bien hipotecado, la cual obviamente habrá de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no cabe, en cambio, inscribir la facultad, también conferida al acreedor, de determinar por sí, a efectos del vencimiento, si el bien hipotecado se encuentra abandonado o derruido».

En cuanto a las **cargas preferentes**, explica AVILA NAVARRO que un pacto usual en los contratos de préstamo hipotecario es el de vencimiento del préstamo y de la hipoteca si, con anterioridad a la inscripción, llega a inscribirse, bien cualquier carga o derecho preferente, bien cargas o derechos preferentes no reseñados en el «apartado cargas» de la propia escritura de hipoteca. Expresa el autor que la cláusula debiera ampliarse, y no siempre se hace, a la inscripción posterior a la hipoteca de cargas que, sin embargo, son privilegiadas respecto a ella; dos ejemplos de tales cargas son la hipoteca legal por determinadas contribuciones e impuestos y la hipoteca legal a favor de los aseguradores³⁴⁴.

Manifiesta AVILA NAVARRO que la cláusula sobre la obligación de **pago de impuestos** por el hipotecante (en realidad, por el que sea propietario de la finca en cada momento), tiene diversos aspectos, entre ellos el que se refiere al art. 194 LH, que en su párrafo primero establece que *«el Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad*

³⁴³ AVILA NAVARRO, P., 1990, ob. cit., pág. 148.

³⁴⁴ Vid., págs. 148 y 149.

corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles».

En la actualidad, las entidades bancarias incluyen en sus escrituras de préstamo hipotecario cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de las circunstancias referentes a la conservación de la garantía y entre ellas el arrendamiento gravoso previsto en el artículo 219.2º RH. A título de ejemplo paso a mencionar las siguientes cláusulas, que se usan en la actualidad en algunas entidades bancarias:

- **CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO:** *«El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto y [...] podrá ejercitar las acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que correspondan frente al CLIENTE y demás obligados en razón del presente contrato, o como consecuencia de las garantías prestadas [...] que podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses incluso los de demora y demás conceptos que procedan con arreglo al presente contrato o que resulten legalmente de aplicación, en los casos siguientes: [...] El impago de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca o fincas hipotecadas, aún cuando el recibo de contribución haya sido pagado [...] adelantando las cantidades precisas. [...], en el caso de que haya adelantado el pago del recibo, podrá exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, en su caso, al tipo de demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima del seguro de daños adecuado a la naturaleza del bien o, en su caso, de todo riesgo a la construcción [...] La existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase, con rango preferente al de la hipoteca que se constituye en esta escritura. [...] Incendio de la finca o fincas hipotecadas si*

resultaran destruidas en la cuarta parte de su valor o deterioro de la/s misma/s, también en la cuarta parte de su valor (en ambos casos según el dictamen pericial del Técnico de la Entidad prestadora), por cualquier otra circunstancia, dependiente o no de la voluntad de su dueño, o expropiación forzosa por cualquier causa de la finca o fincas hipotecadas. A estos efectos, el CLIENTE, o en su caso el/los Hipotecante/s, apodera/n irrevocablemente [...] para percibir directamente de los obligados a ello, el importe de las indemnizaciones de todo tipo que sean procedentes por dichas causas, y aplicarlas a la cancelación del préstamo y pago de cantidades debidas a la Entidad prestadora, la cual entregará el sobrante a quien tuviere derecho al percibo de la indemnización. f) Arrendamiento de la/s finca/s que se hipoteca/n sujetos a la prórroga forzosa prevista en el art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por renta que capitalizada al 6%, no cubra la responsabilidad hipotecaria o bien no cubra la cuota de liquidación de intereses o, en su caso, la de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestadora».

- **CONSERVACIÓN DE LA GARANTÍA:** «Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria se compromete a cumplir las siguientes obligaciones que ambas partes establecen con el carácter de esenciales: A) A conservar con la debida diligencia la finca que se hipoteca en la presente escritura, haciendo en ella las obras y reparaciones necesarias para su conservación, a fin de que no disminuya su valor, comprometiéndose, además, a poner en conocimiento del Banco, dentro del término de un mes, todos los menoscabos que sufra por cualquier causa o cuanto la haga desmerecer de valor».
- **CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO:** «Impago de impuestos y contribuciones que sean preferentes a la

hipoteca Constituida.[...]Cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura.[...] Cuando el prestatario no ofrezca al Banco nuevas garantías igualmente seguras, en el plazo de un mes de ser requerido por deterioro del bien hipotecado siempre que su valor descienda por debajo de la tasación inicial en más del 20 por ciento, conforme la tasación efectuada por Sociedad homologada».

- **CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO:** *Si la parte deudora no pagase puntualmente los tributos que afecten a los bienes y ello implique que pasasen a ostentar rango preferente a la hipoteca que ahora se constituye. [...]Si la parte deudora e hipotecante no tuviera asegurados contra el riesgo de incendios todos y cada uno de los edificios e instalaciones existentes en los bienes que se hipotecan, o tener suscrito el correspondiente seguro a todo riesgo en la construcción en caso de financiar la construcción de un inmueble sobre la finca hipotecada, o no se halle al corriente en el pago de las primas correspondientes a cada uno de los seguros de obligada suscripción.[...] El incumplimiento de la obligación de no celebrar contratos de arrendamiento de vivienda con sujeción a prórroga forzosa, del art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, por renta que pueda disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como puede ser el arrendamiento estipulado sin cláusula de estabilización o cuando pactándola la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por ciento más, no cubra la responsabilidad total. Y todo ello sin perjuicio de la posible extinción del arrendamiento ante la ejecución de la hipoteca, cuando legalmente proceda. [...] Si la parte deudora e hipotecante se negara a otorgar, con gastos a su cargo, cuantas escrituras de modificación, subsanación, aclaración u otras de la*

presente fueran necesarias para que ésta pueda quedar inscrita en el Registro Competente. [...] Si la/s finca/s hipotecada/s disminuyera/n de valor en más de un veinte por cien respecto al tipo fijado para subasta, y la parte deudora no ampliase la hipoteca a otros bienes que sean suficientes a satisfacción de. Tal disminución deberá acreditarse por dictamen objetivo de facultativo homologado, de acuerdo con las disposiciones complementarias que desarrollan la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario y siempre que dicho dictamen se realice por perito ajeno a la entidad acreedora».

- **RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA:**
«Cuando no se liquidasen a sus vencimientos las primas del seguro de incendios, así como los gastos de la comunidad de propietarios a la que pertenezca la finca, o en su período voluntario de recaudación, las contribuciones, impuestos y arbitrios correspondientes a la finca objeto de hipoteca, así como las que graven el capital de este préstamo o sus intereses. En el caso de que la finca hipotecada sea una vivienda, si se arrendara el inmueble a terceros por renta anual que, capitalizada al 6 %, no cubra la responsabilidad total asegurada, o si no se hiciera constar en el contrato de arrendamiento cláusula de revisión de renta de acuerdo con las variaciones del IPC (índice de precios al consumo. Cuando se constate la existencia de alguna carga o gravamen de cualquier carácter que tuviera rango registral prioritario a la hipoteca a constituir a favor del Banco, y que no estén recogidas y por tanto admitidas en esta misma escritura».

CONCLUSIONES

- I. El art. 117 LH está ubicado legalmente en la llamada por la doctrina fase de seguridad de la hipoteca. Todo lo referido a esta fase ha sido escasamente tratado en comparación con la fase de ejecución hipotecaria, cuando a mi juicio, también en la fase de seguridad, la hipoteca despliega sus efectos y sirve, de modo cautelar, para prevenir la fase de ejecución. Las distintas reformas legislativas de los últimos tiempos no han modificado las escasas disposiciones legales que se ocupan de este momento en el que la hipoteca modaliza la propiedad del hipotecante o el derecho de cualquier otro titular de un derecho real limitado hipotecable. Considero que sería conveniente una profunda revisión de esta fase de seguridad para evitar la situación actual en que se halla el crédito hipotecario, invirtiendo por parte de los poderes públicos en la seguridad preventiva.
- II. Si atiendo a la evolución histórica de la acción de devastación, he de remontarme al Proyecto de Código Civil de 1836 antes que al Proyecto de 1851 que también en este punto atendía al Código civil francés. En materia hipotecaria la acción de devastación se encuentra regulada por primera vez en el art. 97 del RH de 1861.
- III. También en otros sistemas jurídicos se regula el supuesto de hecho en diversos arts., a saber, el Código civil francés, el Código civil italiano y el BGB. En todos ellos, la materia aparece regulada más extensamente que en nuestra Ley Hipotecaria. La influencia de cualquiera de ellos en nuestra legislación no se manifiesta de una forma directa, ya que el art. 117 LH tiene su propia especificidad y comparte elementos del sistema francés y del sistema alemán. Ello hace que sea

una de las causas por las que los supuestos regulados en el mismo resulten excesivamente amplios y necesitados de una mayor determinación.

- IV. El art. 117 LH utiliza los términos propietario y dueño de la finca hipotecada, lo que necesariamente no puede admitir una interpretación estricta del precepto ya que de todos es sabido la hipotecabilidad de otros derechos reales distintos de la propiedad y cada uno de ellos permitirá una doble defensa. Por una parte, la acción de devastación atribuida por el acreedor hipotecario; y, por otra, uno de los titulares que no sea el del derecho real hipotecado pero que se vea afectado por una conducta ilícita de este. A mi juicio, el acreedor podrá ejercitar la acción de devastación tanto contra el titular del derecho real hipotecado como contra el otro titular, por no ejercitar la correspondiente acción contra el titular de este derecho real limitado que actúa de forma dolosa o culposa.
- V. El art. 117 LH se refiere en su dicción literal a «dolo, culpa o *voluntad del dueño*». No puede considerarse que sea una redacción carente de sentido jurídico ya que hay que darle necesariamente sentido a lo que el legislador ha expresado en dicho art. Esto nos lleva a considerar que así como el dueño/propietario es el sujeto pasivo, tanto en caso de dolo, culpa o voluntad, en el caso del titular del derecho real limitado, solamente lo será en caso de dolo o culpa porque ya se encuentra suficientemente limitado por el contenido propio de su derecho. Sin embargo, el propietario tiene las máximas facultades que le otorga su posición jurídica y únicamente está limitado por el abuso del derecho y la función social de la propiedad.

- VI. Siguiendo la doctrina mayoritaria, no cabe incluir el caso fortuito en el ámbito de actuación del art. 117 LH. De ahí que se acuda para esos casos al art. 1129.3º CC. El único camino de entrada del caso fortuito entre los supuestos del art. 117 LH es a través del vencimiento anticipado del 1129.3º CC, en el que el crédito es el elemento principal y su hipoteca su elemento accesorio. No comparto sin embargo, la opinión de algún sector de la doctrina que considera garantizado el supuesto de caso fortuito a través de un seguro de daños del bien hipotecado.
- VII. Considero que no tiene cabida en el art. 117 LH el deterioro temido por cuanto el literal de la norma expresamente se refiere a «*cuando la finca hipotecada se deteriorare*», con lo que el acreedor hipotecario puede ejercitar la correspondiente acción ante hechos realizados y probados y no simplemente temidos. Estoy de acuerdo con un sector de la doctrina en la diferencia que realiza entre daño y deterioro. Efectivamente es pensable la existencia de un deterioro por el uso del inmueble que no lleve aparejado un daño del mismo. En cualquier caso, el daño o deterioro deben producir una minusvaloración económica del inmueble, que es el fundamento de la acción de devastación. En el daño siempre lo hay y en el deterioro puede no haberlo. En definitiva pueden haber daños o deterioros que no legitimen el ejercicio de la acción de devastación por no ser de tal grado que hagan insuficiente la garantía.
- VIII. El art. 117 LH es tan amplio e impreciso en la regulación de su supuesto de hecho, que tienen cabida tanto los deterioros jurídicos como los materiales. Más cuando, con la reforma operada por el Decreto 393/59 de 17 de marzo de 1959, en el párrafo segundo del art. 259 RH, se introdujo como causa de ejercicio de la acción de devastación, el arrendamiento gravoso

y este supuesto regulado en el reglamento únicamente puede suponer una especificación del art. 117 LH, que ya regula los deterioros jurídicos. Hay que ser consciente de que la ley de arrendamientos actualmente vigente ha favorecido los derechos del arrendador, a diferencia de la Ley anterior que protegía las facultades del arrendatario con la conocida prórroga forzosa. Es imposible hacer una enumeración exhaustiva de los supuestos de deterioro que tienen cabida en la Ley porque, como se ha dicho reiteradamente, la realidad supera en mucho a la imaginación.

- IX. Considero que el derecho a una vivienda digna y adecuada contemplado en el art. 47 de nuestra Constitución Española está vinculado al deber de conservación, pero el nuevo panorama jurídico que incrementa el nivel de exigencias con respecto a este deber, no va acompañado de un incremento de ayudas económicas ni tampoco de la asignación de estas ayudas de acuerdo con un criterio subjetivo. Actualmente, la configuración legal del deber de conservación en materia urbanística tiene una mayor dedicación en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas (LRRRU) y la regulación que contempla esta Ley convive con el «*certificado de eficiencia energética*» regulado por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Pero en la regulación del deber de conservación debe primar la perspectiva social, porque cuando nos encontramos en una aguda crisis económica, los poderes públicos deben decidir la orientación que tiene su intervención en la sociedad y en el mercado.

- X. La crisis económica ha incrementado la diversidad normativa y es necesario una consolidación en este ámbito. En este momento opino que la legislación tuvo que adaptarse a unas directivas europeas apresurándose a dictar la LRRRU, pero sinceramente haría falta legislar sobre otros aspectos e invertir en seguridad preventiva. A esto hay que sumarle la no financiación por parte de las entidades financieras para cumplir con el deber de conservación y el alto índice de endeudamiento por parte de los propietarios, que en ocasiones no tienen suficientes ingresos para subsistir.
- XI. El incumplimiento del deber de conservación también perjudica al acreedor hipotecario y cabe en el art. 117 LH.
- XII. La aplicación del art. 117 LH por causa de los impagos de las cuotas de amortización supondría una interpretación extensiva del precepto que desnaturalizaría su literalidad, sentido y finalidad.

El art. 117 LH no permite ejecutar la hipoteca. El Juez únicamente de oficio podrá decretar la administración judicial del bien y si el acreedor hipotecario lo solicita, el vencimiento anticipado.

Entre otras medidas que podría adoptar el Juez, a modo de ejemplo, cabe mencionar el hecho de que se efectúen las reparaciones a costa del propietario, otorgarle en su caso la administración al propio acreedor del bien hipotecado y únicamente podrá el Juez, declarar el vencimiento anticipado del crédito, si lo solicita el acreedor hipotecario.

- XIII. Considero que el art. 1129.3º CC y el art. 117 LH son normas compatibles. El 1129.3º afecta al crédito, elemento principal, y el 117 a la hipoteca. Cada uno de ellos tiene su propia finalidad. El vencimiento anticipado es la antesala de la fase

ejecutiva, mientras que la acción de devastación está pensada para mantener la garantía hipotecaria. Es una pena que esta idea no haya sido predominante en el legislador, proporcionando los medios adecuados en la fase de seguridad, de la forma que sí se ha hecho sobre la fase de ejecución. Desde el punto de vista social hubiera favorecido a las clases sociales más débiles que hubieran podido continuar, en su caso, con la posesión del bien hipotecado.

- XIV. Reitero el olvido del legislador sobre el art. 117 de la ley hipotecaria, que ha modificado en más de 11 ocasiones la Ley de Enjuiciamiento Civil, nacida en el año 2000 y que no haya hecho ni siquiera una adecuación de este precepto al derogado art. 720 de dicha Ley. Por consiguiente, debemos configurar la acción de devastación en un procedimiento de Juicio Verbal, de carácter real que se resolverá mediante una sentencia del Juez de primera instancia en donde radiquen los bienes hipotecados y en la que se determinarán las obligaciones de hacer o no hacer que pongan remedio a los daños ocasionados en la finca. Al igual que los supuestos de deterioro son tan amplios, que son de imposible numeración, también lo son los efectos que pueda establecer el juez, eso sí, han de ser los adecuados para evitar el daño ocasionado a la finca o el temido sobre ella. Se ha tomado como guía los efectos señalados en el art. 219 RH. De ahí que entre ellos se haya estudiado con especial atención la ampliación de la hipoteca sobre otros bienes del propietario, cuando esta es posible y cuál será la forma de aplicarlo, consistente en una redistribución de la responsabilidad hipotecaria como establece el art. 119 LH. Es importante tener en cuenta que la hipoteca primitiva no puede desaparecer en tanto en cuanto exista una porción de la finca

hipotecada, de igual modo habrá de aplicarse en el presente caso de la acción de devastación.

En realidad la sentencia que dicta el Juez contiene obligaciones de hacer o no hacer pero el tema es qué se debe o no hacer.

XV. Por último como efecto declarado en el propio art. objeto de esta tesis, está el nombramiento de un administrador judicial. Tampoco existe en la LEC ninguna regulación expresa para este caso, sí para otros pero se ha considerado como de mejor aplicación el que corresponde al art. 690 LEC, ya que se encuentra en materia de hipoteca y por tanto procede su aplicación por analogía.

XVI. En la actualidad y siguiendo los dictados del art. 3.1 del CC, se ha de atender «*a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*». Por eso he creído interesante contemplar las distintas cláusulas de vencimiento anticipado que se incluyen en los contratos de préstamo hipotecario por parte de las entidades bancarias. En ellas se contempla cómo muchos supuestos, que son los propios del art. 117 LH, se incluyen como cláusulas de vencimiento anticipado. Esto último significa que el acreedor hipotecario prefiere la seguridad que le presta un pacto en la escritura que una medida cautelar indeterminada en sus efectos que le pueda proporcionar el Juez por la acción de devastación y pueda resultarle imprecisa ante un deudor que ha mostrado su falta de disponibilidad respecto a una sentencia, en un proceso de la acción de devastación.

BIBLIOGRAFÍA

Academia Matritense del Notariado. *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. 8ª ed. Barcelona: José María Bosch, 1994.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. v.2 Derecho de obligaciones*, 11ª ed. Barcelona: José María Bosch, 2002.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. v.3 Derecho de bienes*, 9ª ed. Barcelona: José María Bosch, 2002.

ALBALADEJO, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A. *Curso de Derechos Reales*. Madrid: Civitas, 1987.

AMORÓS GUARDIOLA. El art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, nº. 492, págs. 1008 y ss.

ANGUITA RIOS, R. Mª. Algunas reflexiones sobre la acción de devastación. En: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García / J. M. González Porrás, E. P. Méndez González (Coords.)*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, págs. 299-322.

ARAGONÉS Y CARSI, Pascual. *Compendio de Legislación Hipotecaria*. Madrid: Estab. Tip. Jaime Rates, 1911.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta, 2000.

AUBRY, C. y ESMEIN, Pauland RAU, C. *Droit Civil Français*. 6ème éd / par Paul Esmein, Paris: Librairies Techniques, 1958.

ÁVILA NAVARRO, P. Obligaciones y cláusulas accesorias en la hipoteca: problemas y posible garantía. En: *Hipotecas y seguridad jurídica*. Centro de Estudios Registrales, 1991, págs. 71 y ss.

AVILA NAVARRO, P.: *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

AZPITARTE CAMY, R. *La hipoteca unilateral y la hipoteca por débito ajeno: conferencia que se dio en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el 22 de noviembre de 1990*. Ilustre Colegio de Abogados ed., Valencia: Ilustre Colegio de Abogados, 1991.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael y TORRALBA, Vicente. *La hipoteca: (génesis de su estructura y función)*. Madrid: Montecorvo, 1980.

Banco Caixa Geral. *Código interno de conducta y ética profesional*.

BARÓ PAZOS, Juan. *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*. Santander: Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, 1993.

BARRACHINA PASTOR, Federico. *Comentarios a la Ley Hipotecaria publicada por R. D. de 16 de diciembre de 1909, con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ...*Castellón: Est. Tip. de J. Armengot e Hijos, 1911.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario. *Lunes Cuatro Treinta: Revista de Asuntos Registrales* [en línea], vol. XXI, n.º. 454, 2008. [Consulta: octubre, 2015]. Disponible en:
<<https://registradorescomunidadvalenciana.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-n%C2%BA-455.pdf>>.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. y MONTÉS, Vicente L. *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria: determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado: doctrina y jurisprudencia*. Sedaví, Valencia: Editorial General de Derecho, 1994.

BLOCH, J. M. Arrendamiento de inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, n.º. 243-244, págs. 528 y ss.

BRANCA, Giuseppe, NICOLÒ, Rosario y SCIALOJA, Antonio. *Commentario del Codice Civile*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1945.

CÁMARA, M. Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real. *Revista de Derecho Privado*, 1949, vol. XXXIII, n.º. 386.

CAMPUZANO Y HORMA, Fernando. *Legislación hipotecaria*. 2ª ed. Madrid: Reus, 1926.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Pamplona: Aranzadi, 1993.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Comentarios a la legislación hipotecaria*. 2ª, act. y aum. ed. Pamplona: Aranzadi, 1976.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Comentarios a la legislación hipotecaria*. vol.6. 3ª, act. y aum. ed. Pamplona: Aranzadi, 1983.

CANALES É IBAÑEZ, Nicolás. *Legislación Hipotecaria Española: historia, concordancia, y explicación filosófica y exegética de la leyes de 1861 y 1869, y de los reglamentos dados para su ejecución*. Granada: Lib. del edit. D. José López Guevara Imp. de Juchol y Gonzalez, 1875.

CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.

CARPI MARTÍN, Rebeca. *La tutela del acreedor ante el perjuicio de la hipoteca inmobiliaria*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

CARPI MARTÍN, Rebeca. *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Colegio de Registradores, 2002.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. *La propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*, 1994.

CASERO FERNÁNDEZ, Rafael. *Leyes hipotecarias y legislación complementaria*. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1969.

CASSO Y ROMERO, Ignacio de. *Derecho hipotecario o del registro de la propiedad*, Madrid: Instituto de Derecho Civil, 1951.

CASTÁN TOBEÑAS, José y GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 12ª ed. rev. y puesta al día por Gabriel García Cantero. Madrid: Reus, 1967.

CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral, T. III, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, 16ª ed., Madrid, 1992.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil. En: *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, págs. 489 y ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina de C. y LLOPIS GINER, Juan M. *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

Centro de Estudios Hipotecarios y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución*. Madrid: Castalia, 1992.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Extensión de la hipoteca, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.5, sept. 2012, pág. 137-149.

CHICO Y ORTIZ, José M. y PRADA ALVAREZ-BUYLLA, Plácido. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 4ª ed. act. Madrid: Marcial Pons, 2000.

CHICO Y ORTIZ, José M. y PRADA ALVAREZ-BUYLLA, Plácido. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 3ª ed. act. y puesta al día. Madrid: Marcial Pons, 1994.

Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria / coordinadora, Ana Cañizares Laso; edición preparada por Silvia Algaba Ros... [et al.]. Madrid: Tecnos, 2006.

CLEMENTE MEORO, Mario E. El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente. *Revista General de Derecho*, 1992, nº. 579, págs. 11255-11327.

CLEMENTE MEORO, Mario E. *Los supuestos legales de vencimiento de las obligaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

CLEMENTE MEORO, Mario E. Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos. *Anuario de Derecho Civil*, 1991, vol. 44, nº. 4, págs. 1529-1632.

Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985.

Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros [Sic] Obra que contiene el texto de los códigos..., Obra original de Saint Joseph. Centro de Suscripciones de la Ilustración, Semanario, Biblioteca y Novedades ed., 1852.

CORRAL DUEÑAS, Francisco. La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, vol. 79, n°. 675, págs. 679-712.

CRISTOBAL-MONTES, Ángel. Los presupuestos de la disminución de la garantía hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, n°. 478, págs. 566-567.

CRISTOBAL-MONTES, Ángel. Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria. *Anuario de Derecho Civil*, 1973, vol. 26, págs. 284 y ss.

CRISTOBAL-MONTES, Ángel. Los presupuestos de la disminución de la garantía hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, n°. 481, págs. 566 y ss.

CRISTOBAL-MONTES, Ángel y MOZOS, José L. de los. *La disminución de la garantía hipotecaria*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1972.

DE CASSO Y ROMERO, Ignacio. *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*. 4ª ed. rev. ampl. y act. Madrid: Instituto de Derecho Civil, 1951.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España. Parte general*. 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. La nuda propiedad. *Anuario de Derecho Civil*, 1956, vol. 9, n°. 3.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, COSSÍO Y MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN ALONSO, José. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1988.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real. *Revista de Derecho Privado*, 1951, págs. 412 y ss.

DE LA RICA Y ARENAL, R. *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1959.

Derechos reales / Harry Westermann [et al.], 7ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notario, 1998.

DÍAZ FRAILE, Juan María. *Ejecución judicial sobre bienes hipotecarios: (actualizado a la Ley 1-2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000.

DÍAZ GONZÁLEZ, Carmelo. *Iniciación a los estudios de derecho hipotecario*. Madrid: Edersa, 1967.

DÍAZ MORENO, Eustaquio. *Contestaciones á la parte de legislación hipotecaria: del Programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes á Registros de la Propiedad*. Madrid: Imprenta de Antonio Marzo, 1911.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas. En: *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución*. Centro de Estudios Hipotecarios; Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ed. Madrid: Castalia, 1992, pág. 23 y ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis. El pago anticipado. *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, n.º. 73, págs. 67 y ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Aranzadi, 1993.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis. El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. IX.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios de derecho privado*. Madrid: Civitas, 1980.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J. *La fase de seguridad en la hipoteca*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1966.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J. La conservación de la cosa hipotecada. *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 500 y ss.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio y KOETZ, Hein. *Código Civil Alemán Comentado: BGB : Comentario a la reforma del derecho de la infancia de 1 de julio de 1998 de la Profesora Dra. Dagmar Coester-Waltjen (Universidad de München)*. Madrid etc.: Marcial Pons, 1998.

ESCALER BASCOMPTE, Ramón. *La Administración judicial*. Barcelona: Atelier, 2004.

ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

FERRANDIS VILELLA, José. Introducción al estudio de los Derechos Reales de garantía. *Anuario de Derecho Civil*, 1960, vol. 13, nº. 1.

FERRER MARTÍN, D. Posible aplicación al proceso de la doctrina del abuso del derecho. *Revista General de Derecho*, 1957, págs. 2 y ss.

GALINDO Y DE VERA, León y ESCOSURA y ESCOSURA, Rafael de la. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. 4ª ed. corregida por Rafael de la Escosura y Escosura. Madrid: Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo, 1900.

GARCIA ALVAREZ, Gregorio. *Deber de conservación, ruina y rehabilitación*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, págs. 73 y ss.

GARCÍA CALVO, Roberto. Consideraciones sobre el abuso del derecho. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1975, nº. 1015.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, nº. 582, págs. 1463-1548.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*. Madrid: Civitas, 1994.

GARCIA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, a cargo de F. Abienzo, 1852.

GARCÍA VALDECASAS, A. La idea de sustancia en el Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, 1951, vol. XXXV, nº. 416, págs. 60 y ss.

GETE-ALONSO CALERA, M. C. Comentario al art. 7. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales / dirigidos por Manuel Albaladejo García*. Madrid: Edersa, 1992, págs. 924 y ss.

GIL MARQUÉS, A. Proyección histórica y actual del sistema hipotecario. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero / Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985, págs. 787 y ss.

GINOT LLOBATERAS, Francisco. La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución. *Anuario de Derecho Civil*, 1955, vol. IV, págs. 1168 y ss.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *La administración de herencia en el derecho español*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Estado de la codificación al terminar el Reinado de Doña Isabel II. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, vol. 39, págs. 284-300.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan M. *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña*. 7ª ed. Madrid: Librería de Sánchez, 1865.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Buena fe y abuso del derecho: su reflejo en el proceso administrativo. En: *El abuso del proceso: mala fe y fraude de*

ley procesal / Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, dir. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, págs. 371 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, José M. La permanencia de los principios de la Ley Hipotecaria de 1861 expuestos y razonados en su excepcional exposición de motivos. En: *Anales [de la] Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral*. Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Córdoba, 2010, págs. 311 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, José M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente. Pactos en la hipoteca inmobiliaria. En: *Tratado de garantías en la contratación mercantil* / coord. por Miguel Muñoz Cervera, Ubaldo Nieto Carol, vol. 2, t. 2, 1996, págs. 113-184.

GULLÓN, Antonio. *La superficie urbana: el Derecho de Superficie en la Ley del Suelo y Legislación Hipotecaria*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1960.

GULLÓN, Antonio. *El Derecho Real de subhipoteca: (las hipotecas sobre hipotecas)*. Barcelona: Bosch, 1957.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, et al. *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006.

Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario / María Ángeles Alcalá Díaz, directora; Antonio Roncero Sánchez... [et al.], Madrid: Dykinson, 2014, págs. 110 y 111.

HEDEMANN, J. W., DÍEZ PASTOR, José L. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

HERMIDA, Marian. ¿Es constitutiva la inscripción en el Derecho Real de hipoteca?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, nº. 253, págs. 378-394.

JORDANO BAREA, Juan B. *Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1960.

LACRUZ BERDEJO, José L. Régimen de la responsabilidad por hecho propio. En: *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José L. y LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson, 2009.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, 1977.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958-1959.

LASSO GAITE, Juan F. *Crónica de la codificación española*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1970.

Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal. Mallorca: Consejo Insular, 1976.

LATOURE BROTONS, J. Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria: su génesis, circunstancias y efectos de la misma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, n.º. 410-411, págs. 445 y ss.

LLOPIS GINER, J. M. La ampliación del préstamo hipotecario. En: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García / J. M. González Porras, E. P. Méndez González* (Coords.). Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

LLOPIS GINER, J. M. Comentario al Art. 110 de la Ley Hipotecaria. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales / dirigidos por Manuel Albaladejo García*. Madrid: Edersa, 2000, págs. 254 y ss.

LLOPIS GINER, J. M. La extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas antes de su constitución. Comentario a la STS de 15 Diciembre 1997. *Revista de Derecho Privado*, 1999, págs. 399 y ss.

LLOPIS GINER, J. M. El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 LH). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, n.º. 617, págs. 831 y ss.

LLOPIS GINER, J. M. La moral y el derecho, una relación doctrinal llevada al Código Civil. En: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988., págs. 628 y ss.

LLOPIS GINER, J. M. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Febrero de 1986. *Revista General de Derecho*, 1986, pág. 3820.

LÓPEZ DE HARO, C. Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas. En: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García / J. M. González Porras, E. P. Méndez González (Coords.)*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, págs. 172 y ss.

LÓPEZ DE HARO, C. El tercer poseedor de la finca hipotecada. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, págs. 355 y ss.

LÓPEZ DE HARO, C. El Reglamento hipotecario. *Revista de Derecho Privado*, 1915, vol. III, nº. 26.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier. El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario. *Anuario de derecho civil*, vol. 9, nº 4, 1956, págs. 1235-1266.

LÓPEZ LIZ, José. Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1999, nº. 5, págs. 1823-1830.

LÓPEZ LIZ, José. *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la ley hipotecaria: desarrollo práctico del procedimiento*, 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1998.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carles Joan. La Codificación Civil en España (Síntesis de un proceso). *Revista de derecho Privado*, 1981, vol. 65, págs. 1083-1101.

MANZANO FERNÁNDEZ, María de M. *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1999.

MARIN PEREZ, Pascual. *Los derechos sobre derechos: (notas para su construcción teórica en el derecho español)*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947.

MARTÍN BERNAL, José M. y HERNÁNDEZ GIL, Antonio. El abuso del derecho: (exposición, descripción y valoración del mismo). Madrid: Montecorvo, 1982.

MARTÍN DIZ, Fernando. Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria. *Diario La Ley*, 2009, nº. 7126.

MARTIN RETORCILLO, C. Régimen jurídico de arrendamientos urbanos. *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 298 y ss.

MARTINEZ CALCERRADA, L. La buena fe y el abuso del derecho: su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos. *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 434 y ss.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. Cláusulas abusivas en contratos bancarios. *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, [en línea], 2012. [Consulta: octubre 2015]. Disponible en:
<<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/135/117>>.

MENCHÉN BENÍTEZ, B. Antecedentes de la registraci3n de bienes en Derecho Hist3rico Espa3ol. En: *Leyes hipotecarias y registrales de Espa3a: fuentes y evoluci3n* / Centro de Estudios Hipotecarios, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Espa3a ed. Madrid: Castalia, 1989, p3gs. 33 y ss.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva Mar3a. El deber de conservaci3n desde el prisma del estado social. *Revista Vasca de Administraci3n P3blica*, N3 99-100, 2014, p3gs. 2032 y 2033.

MONTÉS PENADES, V. L. La extensi3n de la hipoteca a las accesiones y mejoras. En: *Historia de la propiedad: cr3dito y garant3a. V encuentro interdisciplinar, Salamanca, 31 de mayo-2 de junio de 2006* / Salustiano de Dios [et. al] (coords.). Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores , 2007, p3gs. 501-522.

MONTÉS PENADES, V. L. Cr3dito y garant3a en la hipoteca: una reflexi3n sobre las ideas de J. M. Rey Portol3s. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 1998, vol. 1, p3gs. 25-44.

MONTÉS PENADES, V. L. De las obligaciones a plazo. En: *Comentarios al C3digo Civil y compilaciones forales* / dirigidos por Manuel Albaladejo Garc3a. Madrid: Edersa, 1983, p3gs. 140 y ss.

MONTÉS PENADES, V. L. *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contempor3neo: (un estudio evolutivo desde el C3digo Civil hasta la Constituci3n de 1978)*. Madrid: Civitas, 1980.

MORELL Y TERRY, J. *Comentarios a la Legislaci3n Hipotecaria*. Madrid: Hijos de Reus, 1918.

MORENO QUESADA, B. Comentario al Art. 117. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales / dirigidos por Manuel Albaladejo García*. Madrid: Edersa, 2000.

MORENO QUESADA, B. Sobre la protección del crédito hipotecario. *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Granada-RICAG*, III, 1970.

MORENO QUESADA, B. El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías. *Anuario de Derecho Civil*, 1971, vol. XXIV, págs. 457 y ss.

MORENO QUESADA, B. La acción de devastación. En: *Estudios de Derecho Civil en honor del prof. Castán Tobeñas*. Ediciones Universidad de Navarra, 1969, págs. 543 y ss.

MORENO QUESADA, B. *El usufructo de la nuda propiedad*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1959.

MORO LEDESMA, S. La relación entre el arrendamiento y la hipoteca. *Anuario de Derecho Civil*, 1956, págs. 1329 y ss.

MOZOS, José Luis de los. *El derecho de propiedad, crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993.

NUÑEZ BARROSO, Plácido. Sobre las demandas de los deudores hipotecarios contra bancos y notarios. *Revista de Derecho Privado*, 1998, n°. 26.

NUSSBAUM, Arthur y ROCES, Wenceslao. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán: con una introducción sobre los principios generales del registro inmobiliario*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929.

OLIVA RODRIGUEZ, A. M. La hipoteca, el registro de la propiedad y la Ley de 30 de Diciembre de 1944: breves acotaciones históricas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, n.º. 625, págs. 2560 y ss.

OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *Derecho Inmobiliario español: exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la Península, islas adyacentes, Canarias, territorio de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*. 2ª ed. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2009.

ORTA RAMÍREZ, Teresa, *La administración judicial*. Barcelona: Bosch, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. *Obras completas, t.VI*, Madrid: Revista de Occidente, 1946-1970.

PARDO, Celestino y NOGUEROLES, Nicolás. Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. *Diario La Ley*, 2009, vol. XXX, n.º. 7293.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*. 3ª ed. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1999.

PENÍN ALEGRE, Clara. Urbanismo y sociedad. La función social de la propiedad. *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, vol. 12.

PEREZ VICENTE, S. Dominio y arrendamiento urbano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, n.º. 301, págs. 410 y ss.

PETIJEAN, H. *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Etude de droit comparé*

et de droit international privé, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959.

PINO, A. La Diminuzione della Garanzia Ipotecaria at. 2743 c.c. *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*, 1947, págs. 88-98.

PRIETO COBOS, Victorino. *Ejercicio de las acciones civiles*. Madrid: Lex, 1977.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 4ª ed. Rev. Barcelona: Bosch, 1994.

PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1991.

REY PORTOLÉS, Juan M. La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado. En: *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, 1993, págs. 141-174.

ROAN MARTINEZ, J. Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1946. *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 102 y ss.

ROCA SASTRE, Ramón María. Ensayo sobre el Derecho de Superficie. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, n.º. 392-393.

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. 9ª ed. Barcelona: Bosch, 2009.

ROCA SASTRE, Ramón M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. y Bernà i Xirgo, Joan. *Derecho Hipotecario*. 9ª ed. Barcelona: Bosch, 2009

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. 9ª ed. Barcelona: Bosch, 2008.

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. 8ª ed. rev.amp. y puesta al día. Barcelona: Bosch, 1995.

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. 7ª ed. Barcelona: Bosch, 1979.

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, v.4. Hipotecas, 1954.

ROCA SASTRE, Ramón M. *Libro-Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, págs. 571 y ss.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. El abuso del derecho en la historia y en la legislación comparada. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, n°. 322-323, págs. 129 y ss.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. El abuso del derecho. (Teoría de los actos antinormativos). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [en línea]. 1954, vol. 16. [Consultada: octubre 2015] Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/16/dtr/dtr1.pdf>>.

RUBINO, Domenico. *L'Ipoteca Immobiliare e Mobiliare*. Milano: Giuffrè, 1956.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel. Cuestiones generales de los préstamos hipotecarios. Análisis de los diferentes tipos de hipotecas. La hipoteca inversa. *Cuadernos Digitales de Formación*, 2012, nº. 8.

SALOM Y PUIG, Salvador. *Apuntes de Derecho Civil español: segundo curso*. Valencia: Imp. Federico Domenech, 1897.

SALVADOR CAJA, Miguel. Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1944, nº. 195, págs. 250-532.

SÁNCER PELEGRINA, José Antonio. La ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2003, vol. 57, nº. 1932-1933, págs. 7-40.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada. *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1996.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1999.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Reus, 1953.

TORRES AGUILAR, J. de. Algunas generalidades sobre el contenido social de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, nº. 328-329, págs. 585 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. y ALVAREZ ROBLES, Antonio. *Hipoteca del Derecho Arrendaticio: especialmente de empresas y locales de negocio*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1951.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988.

VARGAS VASSEROT, Carlos y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo. *El seguro de la finca hipotecada*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. La duración y la renta de los arrendamientos rústicos. *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 671-706.

VILLARES PICO, M. La reforma de la Ley Hipotecaria. *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 99 y ss.

YSÀS SOLANES, María. *El Contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: La Ley, 1994.

YZQUIERDO TOLSADA, M. La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la Aquiliana. Razones para una moderada unificación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, n.º. 603, págs. 489 y ss.

ZUNZUNEGUI, Fernando. Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, n.º. 129, págs. 35-76.

ZURITA MARTÍN, Isabel. *Usufructo de finca hipotecada*. Madrid: Dykinson, 2005.

LEGISLACIÓN

España. Ley mandando se publique el proyecto de ley hipotecaria como ley en la Península é islas adyacentes de 8 de febrero de 1861, publicada en Gaceta de Madrid, núm. 41, de 10 de febrero de 1861.

España. Ley autorizando al Gobierno para llevar á efecto la ley presentada por el Ministerio de Gracia y Justicia reformando la hipotecaria de 8 de Febrero de 1864 de 21 de diciembre de 1869, publicada en Gaceta de Madrid, núm. 357, de 23 de diciembre de 1869.

España. Reglamento provisional para la ejecución de la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909, aprobado por Real decreto de 6 de diciembre, publicada en Gaceta de Madrid, núms. 227-230, 232 y 234 de agosto de 1915.

España. Ley de 30 de diciembre de 1944 de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946. Boletín Oficial del Estado, núm. 58, de 27 de febrero de 1946, pp. 1518 a 1532.

España. Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, publicada en Boletín Oficial del Estado, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, páginas 50593 a 50614.

España. Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, publicada en Boletín Oficial del Estado núm. 90 de 31 de marzo de 1947 y núm. 93 de 3 de abril de 1947.

España. Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos, publicada en Boletín Oficial del Estado, núm. 141, de 12 de junio de 1964, páginas 7654 a 7661.

España. Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, publicada en Boletín Oficial del Estado, núm. 153, de 27 de junio de 2013, páginas 47964 a 48023.

España. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, publicada en Boletín Oficial del Estado, núm. 250, de 17 de octubre de 1980, páginas 23126 a 23133.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, publicada en Boletín Oficial del Estado, núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728.

España. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Boletín Oficial del Estado, BOE-A-1946-2453, núm. 58, de 27/02/1946, pp. 1518 a 1532.

España. Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 106, de 16 de abril de 1947, páginas 2238 a 2239.

España. Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados arts. del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 72, de 25 de marzo de 1959, páginas 4636 a 4647.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en Gaceta, núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259.

España. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicado en Gaceta núm. 36 de 05 de Febrero de 1881.

España. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, publicado en Gaceta de Madrid, núm. 951 de 10 de agosto de 1855.

España. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 276, de 16 de noviembre de 2012, páginas 79877 a 79880.

España. Reglamento General para la ejecución de la Ley hipotecaria de 6 de agosto de 1915, publicado en Gaceta de Madrid de 14 de agosto de 1915, núm. 226, pp. 249 y ss.

España. Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1861, publicado en Gaceta de Madrid núm. 181, de 30/06/1861, página 1.

España. Reglamento para la ejecución de la ley de 21 de diciembre de 1869 reformando la hipotecaria de 8 de febrero de 1861 aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1870, publicado en Gaceta de Madrid núm. 326, de 22/11/1870, páginas 1 a 2.

España. Proyecto de código civil de 1821, publicado en Gaceta de Madrid núm. 369, de 26/12/1821, página 2032.

España. Proyecto de código civil de 1836.

España. Proyecto de código civil de 1851.

Francia. Código civil francés, aprobado por Ley del 21 de marzo de 1804, promulgado como Code civil des Français el 21 de marzo de 1804.

Italia. Código Civil, aprobado por el Decreto Real núm. 262 de 16 de marzo de 1942.

Alemania. Bürgerliches Gesetzbuch (o BGB), con entrada en vigor el 1 de enero de 1900.

RESOLUCIONES DE LA DGRN Y SENTENCIAS DEL TS

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 16 de junio de 1936 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1936\6067 [consultada 23 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 18 de noviembre de 1960 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1960\3384 [consultada 23 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 4 de julio de 1984 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1984\3851 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 27 de enero de 1986 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1986\1002 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 14 de octubre de 1986 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1986\6067 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 20 de mayo de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1987\3926 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 5 de junio de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1987\4835 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 17 de junio de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1987\4837 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 23 de octubre de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1987\7660 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 19 de noviembre de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1987\8738 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 16 de marzo de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1990\2301 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 26 de diciembre de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1990\10497 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 24 de abril de 1992 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1992\3374 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 17 de agosto de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1993\7116 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 8 de noviembre de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1993\9114 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 17 de marzo de 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1994\2024 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 11 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1995\186 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 12 de julio de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1996\5613 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 16 de julio de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1996\5614 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 22 de julio de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1996\5617 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 24 de enero de 1997 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1997\283 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 28 de enero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1998\279 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 29 de enero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\1998\280 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 20 de mayo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\2000\5848 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 12 de junio de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\2000\7334 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 22 de marzo de 2001 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\2002\2188 [consultada 20 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Ministerio de Justicia. Resolución de 21 de diciembre de 2007 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ\2008\2086 [consultada 19 octubre 2015]. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

España. Tribunal Supremo, STS 4917/1981 de 31 de marzo.

España. Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819).

AGRADECIMIENTOS

Llegar al final de este esfuerzo ha dependido en gran parte de la pericia, la ardua labor y el compromiso de un grupo de personas que me han brindado sus conocimientos expertos y su apoyo incondicional y que no quiero dejar de nombrar.

Todo esto no hubiera sido posible sin los conocimientos del Dr. D. Francisco de Paula Blasco Gascó que ha dirigido esta tesis, que me ha iluminado con sus comentarios constructivos, y que ha sido para mí un profesional que respira y vive el derecho y que ha estado a mi total disponibilidad en cada paso, ofreciéndome la ocasión de debatir todos y cada uno de los puntos de esta tesis. De cada una de sus obras he aprendido y de su trabajo he tomado ejemplo. Compaginar este trabajo de investigación con mi vida profesional no me ha permitido cumplir como hubiera deseado con los plazos académicos marcados, era mi compromiso y lamento profundamente no haber estado a la altura del mismo. Agradecerle también la premura que he impuesto en las revisiones del contenido de este trabajo a causa de la falta de cumplimiento en los plazos, y que él con su profesionalidad, eficacia y aprecio personal, ha sabido no tenerme en cuenta. Cada línea de este escrito lleva el sello de sus enseñanzas y no podría sentirme más afortunada. Ojalá algún día pueda mi trabajo siquiera asemejarse al suyo.

Por caminar a mi lado y no dejar una coma fuera de sitio a Doña Cristina García Testal, Licenciada en Filología Hispánica, correctora de estilo, Coordinadora de Circulación y Préstamo de la Biblioteca de Ciencias Sociales Gregori Maians de la Universidad de Valencia, que me ayudó a pulir mi estilo y mi gramática, a dar forma a mis referencias bibliográficas y a que todo mi trabajo, incluidas las notas a pie de

página se ajustaran a una norma ISO³⁴⁵, una función que no conocía y que ahora me parece un apoyo esencial para los autores. Tú has añadido tu entusiasmo al mío y me has ayudado a seguir y a sacar fuerzas que no sabía que tenía, lo que empezó siendo una colaboración profesional, ha acabado siendo una profunda amistad.

A Doña Amparo Gomar Sigalat, Arquitecta Técnica e Ingeniera de Edificación, Colegiada 3960 del Colegio Oficial de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Valencia. Con ella me adentré en el mundo de la rehabilitación, regeneración y renovación urbana y en temas referentes a la certificación energética. Ella trajo con sus conocimientos a este trabajo, la orientación que necesitaba para ajustarse a la realidad actual.

A Doña Lucía Moratal Rodrigo, Letrada de la Administración de Justicia, que ha tenido la deferencia de compartir conmigo sus fundadas opiniones sobre muchos de los puntos aquí tratados y especialmente esenciales en el desarrollo del apartado de efectos procesales que devienen del art. 117 LH y 219.2º RH.

A Don Germán Coronas Clavero, Consultor judicial, Licenciado en Derecho y especialista en Economía, que me ayudó a reflexionar sobre la protección del deudor hipotecario y su situación en el sistema financiero actual, combinando el punto de vista del derecho y el punto de vista de la economía, esencial en algunos enfoques de este trabajo.

³⁴⁵ Para el formato de las referencias bibliográficas de este trabajo, así como para citas y notas a pie de página, nos hemos ajustado a las pautas marcadas por la norma ISO 690 y 690-2 (International Organization for Standardization) y por su versión española, la norma UNE 50-104-94, que especifica qué datos se deben mencionar en las referencias bibliográficas, determina el orden obligatorio de los datos que componen la referencia y establece las reglas para la transcripción y la presentación de la derivada de la publicación fuente.

Nos hemos decidido por el formato de normas a pie de página, lista de referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente al final de la obra y en cuanto a la ortotipografía de las citas literales, al formato ajustado a la norma APA (citas de menos de 40 palabras integradas en el texto entre comillas, citas de más de 40 palabras, sin comillas, en párrafo aparte, sangría, acompañada de los apellidos del autor y el año de la obra).

Y por último, pero no por ello con menos agradecimiento, a mis compañeros y amigos de Administraciones Públicas, concretamente del Centro de Excelencia de Justicia (CEdEX) que tiene Indra en Valencia, para el que desempeño tareas de consultora judicial y cuyo Gerente Responsable es Don José Manuel Arnandis Llácer. A todos ellos les agradezco que me hayan permitido compaginar mi tarea académica con mi labor profesional en la empresa y que me hayan mostrado su cariño en cada fase de este trabajo. Quisiera mencionar a Don Sergio Guillén Company, Ingeniero de Sistemas informáticos del proyecto en el que desempeño mis tareas en la actualidad, por estar siempre ahí, que me ayudó con sus conocimientos para que este trabajo tuviera un formato coherente y un diseño estudiado.

Gracias, porque hay una parte de todos y cada uno de vosotros en las páginas de esta tesis doctoral, gracias por haberme brindado vuestra compañía profesional y haberme permitido disfrutar y aprender.

