

EL PACTO DE CONCRECIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA HIPOTECA

THE AGREEMENT OF LIMITATION OF RESPONSIBILITY IN MORTGAGE LOANS

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: Entre las distintas medidas propuestas por el legislador español para proteger a los deudores hipotecarios afectados por una situación de sobreendeudamiento ha destacado la dación en pago que actuaría como una suerte de hipoteca de responsabilidad limitada. Este trabajo pretende analizar el pacto de concreción responsabilidad del art. 140 LH, sus requisitos de validez y sus consecuencias para el acreedor y el deudor hipotecario tanto respecto de la obligación asegurada como respecto de las vicisitudes que pueden afectar a la finca (transmisión, destrucción...), distinguiendo esta figura de la dación en pago.

PALABRAS CLAVE: hipoteca; crédito hipotecario; acreedor hipotecario; responsabilidad del deudor hipotecario; ejecución hipotecaria; dación en pago.

ABSTRACT: One of the measures introduced by Spanish legal reforms to protect mortgagors in recent years is dation in payment like a kind of mortgage with limited responsibility for debtors. This paper analyzes the agreement included in mortgage loans to limite the mortgator's responsibility, in case of the amounts received from the foreclosure are insufficient to cover the debt, in accordance with the Spanish Mortgage Act, and try to distinguish it from dation in payment.

KEY WORDS: mortgage loan; secured creditor; debtor's responsibility; foreclosure; dation in payment.

FECHA DE ENTREGA: 28/12/2016. *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: 1. La responsabilidad personal y real en la hipoteca: la excepcionalidad de la hipoteca de responsabilidad limitada. ¿Posible revitalización de la figura? 2. Naturaleza jurídica de la hipoteca de responsabilidad limitada y su distinción con la dación en pago.- 2.1. La tesis de la hipoteca autónoma o independiente.- 2.2. Tesis del patrimonio separado.- 2.3. Tesis de la obligación natural.- 2.4. Tesis de la concreción de responsabilidad.- 2.5. Diferencias con la dación en pago.- 3. El pacto de concreción de responsabilidad: requisitos de validez.- 4. La transmisión de la finca hipotecada con pacto de concreción de responsabilidad.- 5. La hipoteca de responsabilidad limitada sobre pluralidad de fincas.- 6. La pérdida o destrucción de la finca hipotecada con pacto de concreción.

1. El art. 1911 CC consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que no se ve alterado por la existencia del derecho real de hipoteca, como precisa el art. 105 LH, según el cual “La hipoteca ...no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código civil”. Por ello, constituida la hipoteca, la responsabilidad personal del deudor permanece inalterable, pero a ésta se añade la responsabilidad real, en tanto que del incumplimiento de la obligación asegurada responden directamente los bienes gravados con la hipoteca (cfr. arts. 1876 CC, 104 LH y 681 LEC).

Consecuencia de lo anterior es que el acreedor dispone de dos acciones para hacer efectivo su crédito: la acción personal contra el deudor *ex* art. 1911 CC y la acción real contra la finca hipotecada, si bien la demanda deberá dirigirse contra su propietario (cfr. arts. 126 y 129 LH, 685 LEC). La acción personal se fundamenta en la obligación, por lo que se hace valer frente al obligado personalmente (el deudor), solicitando al juez que le condene a pagar la deuda pendiente (si se opta por el proceso declarativo) y/o que ejecute el crédito insatisfecho, en caso de tener título ejecutivo (proceso de ejecución). La acción real hipotecaria se sustenta en el derecho real de hipoteca, que se superpone al crédito para asegurar su efectividad, y pretende la realización forzosa del valor en cambio del bien hipotecado para, con lo obtenido, satisfacer el crédito del acreedor (*ius distrabendi*). El acreedor puede optar por el ejercicio de la acción hipotecaria o la acción personal y, aun optando por la primera, conserva la segunda en caso de insatisfacción del crédito.

Procesalmente, cuando el deudor y el hipotecante sean la misma persona y se ejercite la acción real hipotecaria no se plantea problema alguno de legitimación pasiva y el procedimiento deberá seguir contra ella únicamente. Si al realizarse el valor de la finca hipotecada el importe obtenido no fuera suficiente para satisfacer el crédito del acreedor, éste seguirá conservando la acción personal contra el deudor, pudiendo perseguir el resto de bienes que integran su patrimonio, como consecuencia del art. 1911 CC. Por ello, el art. 579.1.II LEC prevé que “Si, subastados los bienes hipotecados o pignoralados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

Sin embargo, puede suceder que el deudor y el propietario del bien gravado sean personas distintas, porque haya un hipotecante no deudor o un tercer poseedor de finca hipotecada. En tal caso, la acción real deberá dirigirse contra el propietario del bien hipotecado, que sólo responde con la finca gravada, conservando el acreedor la acción personal contra el deudor, si bien las normas procesales exigen que se demande también al deudor (cfr. art. 685.1 LEC).

Asentado el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y su inalterabilidad por la constitución de hipoteca, el art. 140 LH recoge una excepción, al admitir la validez del pacto de concreción de responsabilidad sobre los bienes hipotecados, que da lugar a lo que conoce comúnmente como “hipoteca de responsabilidad limitada” [critican esta denominación, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, Vol. 3º, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 543; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomo VII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 589].

Así, según el art. 140.I LH “No obstante lo dispuesto en el artículo 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”.

Este precepto, que, según algún sector de la doctrina, encuentra su precedente en el art. 1876 del Código civil de Cuba [v. ROCA SASTRE, R. Mª, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., pp. 582-587; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000, pp. 20-22; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 543; LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación en pago”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), p. 92], fue introducido por la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 en el art. 138 LH, que luego pasó al art. 140 LH en el texto definitivo. La Exposición de Motivos del Proyecto de reforma parcial de la Ley Hipotecaria lo justificaba de la siguiente forma, tras rechazar la incorporación de determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras, como la alemana: “...Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución de patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada en la deuda territorial, digna, además de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto alguno para los posibles acreedores” [para una clarificadora exposición de los antecedentes y concordancias de este art. 140 LH v. CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 21-37, y CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 46-50].

Sin embargo, como ha sido puesto de relieve, su utilización práctica ha sido escasa, como demuestra el hecho de que escaseen las Sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hayan aplicado dicho precepto, si bien algunos pronunciamientos recogen alguna referencia a esta figura. Entre las razones de que no se pacte en la hipoteca esta concreción de responsabilidad está la que implica menor garantía para el cobro para el acreedor, lo que determina mayor riesgo y, en suma, mayor precio del dinero (interés remuneratorio) [en esta línea, LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación”, cit., p. 98].

En la actualidad, no obstante, ante la crisis económica sufrida en los últimos años y la situación en que se encuentran los deudores hipotecarios en que, tras la ejecución y cuando el valor obtenido en la subasta o por el que se adjudica el bien el acreedor hipotecario no es suficiente para cubrir el crédito, continúan como deudores (ahora personales) por el importe insatisfecho, se han ido formulando distintas propuestas dirigidas a paliar los efectos de esta situación y, entre éstas, destaca la de generalizar la práctica de la dación en pago “que sólo cabe si se ha pactado conforme al art. 140 LH”. Esta última expresión es empleada en las “Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)”, formuladas en 2012 como Anexo al informe “Propuesta para la reforma y agilización de procesos civiles” presentado al Consejo General del Poder Judicial [Viguer, P., p. 7]. Estas Propuestas recogen, en parte, las medidas planteadas por el Defensor del Pueblo en “[Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo](#)”. Trataremos en el epígrafe siguiente de diferenciar ambas figuras.

El segundo párrafo de este art. 140 LH explicita los efectos de este pacto al establecer: “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”.

Llegados a este punto, nos detendremos a exponer cuál es la naturaleza jurídica de esta figura, los requisitos de validez de este pacto de concreción o limitación de responsabilidad, los efectos que se derivan respecto de la responsabilidad del deudor y las acciones que competen al acreedor, así como las consecuencias en caso de transmisión de la finca hipotecada. Por último, estudiaremos cómo afecta dicho pacto cuando se ha constituido hipoteca sobre varias fincas.

2. Varias son las teorías que se han formulado en relación con la naturaleza jurídica de la denominada “hipoteca de responsabilidad limitada”. Aun sucintamente, y con la finalidad de entender las consecuencias prácticas de este pacto, sobre todo, en caso de venta de la finca hipotecada, las expondremos a continuación.

2.1. La tesis de la hipoteca autónoma o independiente fue formulada por DE LA RICA Y ARENAL. Para este autor con la figura introducida por la Ley de 30 de diciembre de 1944 se ha llegado a una figura similar a la hipoteca independiente, en tanto que en cuanto se constituye e inscribe en el Registro, “sólo responde la finca, el acreedor no puede cobrar sino en cuanto el importe de ésta cubra su crédito, y la hipoteca, y esto es lo más esencial, se ha desligado de la obligación personal, deja de ser accesoria y se convierte en un ente jurídico dotado de autonomía” [“La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, Tomo IV, 1946, pp. 307-308].

Sostiene el autor que, si bien es cierto que en el momento de su constitución se exige una obligación garantizada, una vez constituida, la obligación personal se esfuma, al carecer el acreedor de acción contra el deudor, quien solo podrá hacer efectivo el crédito hipotecario mediante la correspondiente acción real sobre finca hipotecada. No obstante, se observa cierta incoherencia en esta tesis, en tanto que en caso de que la finca hipotecada continúe en poder del deudor considera este autor que frente al acreedor podrá oponer el deudor “cuantas defensas de índole obligacional le asistan y la naturaleza del procedimiento de ejecución le consienta” [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., p. 312].

2.2. Para LÓPEZ TORRES, atendiendo al carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado, la hipoteca de responsabilidad limitada sería una figura intermedia entre la hipoteca accesoria y la deuda territorial, ya que sería “menos accesoria que la ordinaria, aunque no totalmente divorciada del crédito” [LÓPEZ TORRES, J. M^a: “Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, núm. 221, 1946, p. 598]. El crédito, aun después de nacida la hipoteca, seguiría teniendo repercusión sobre el derecho real. Ahora bien, constituida la hipoteca de responsabilidad limitada se produce una separación patrimonial, ya que el bien hipotecado se conceptúa jurídicamente como una unidad distinta del resto del patrimonio, que “no se resiente de los efectos de cualquier otra obligación del sujeto del patrimonio”. En contra argumenta CECCHINI que el pacto del art. 140 no da lugar a un patrimonio separado, “ya que, aunque pudiera parecer que el valor de la finca está destinado únicamente a la satisfacción del acreedor en caso de incumplimiento, la finca en sí misma, continúa dentro del patrimonio personal del deudor, pudiendo ser atacada, con el respeto a las preferencias y privilegios propios del crédito hipotecario, por el resto de los acreedores” [cit., p. 42].

2.3. La situación del deudor que vende una finca sobre la que se ha constituido una hipoteca de responsabilidad limitada es, para DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, similar al del sujeto pasivo de una obligación natural, mientras que el adquirente será un tercer poseedor de bienes hipotecados, con responsabilidad, pero sin débito, sin estar obligado personalmente. El primitivo deudor seguiría siéndolo, continuando personalmente obligado, porque no se ha desvinculado de la obligación, pero carente de

responsabilidad [“La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria”, *RDN*ot., núm. 19, 1958, pp. 113-115].

Desde el punto de vista del acreedor, sostiene este autor, la situación permanece inalterable tras la enajenación de la finca. Conserva el débito contra el deudor y la responsabilidad contra la finca hipotecada. Únicamente para el deudor enajenante la situación producida es similar a la de una obligación natural. Por ello, el deudor que enajenó puede pagar *proprio nomine*, porque sigue obligado y si paga se produce el efecto de las obligaciones naturales: la *solutio retentio*, no pudiéndose repetir lo pagado.

2.4. Con la mejor doctrina, cabe sostener que el art. 140 LH no autoriza un pacto de limitación de responsabilidad sino de *concreción* de la misma al bien hipotecado. Con este pacto no es que la responsabilidad personal del deudor, que se mantiene como universal o general, sea sólo exigible hasta el límite del valor del bien hipotecado (*pro viribus*), sino que se concreta o circunscribe a la cosa hipotecada (*cum viribus*), al modo del beneficio de inventario, si bien es cierto que cuando el remate no sea suficiente para satisfacer el crédito y en tanto que el acreedor no pueda dirigirse contra otros bienes del deudor la responsabilidad quedará limitada al valor del bien hipotecado [ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 588; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008, p. 852]. Parece inclinarse por esta tesis la STS 25 de septiembre de 2008 (*Tol 1378526*), según la cual la hipoteca de responsabilidad limitada pactada al amparo del art. 140 LH “es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor”.

En la hipoteca de responsabilidad limitada no se trunca el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito, sino que sigue estando vinculada al crédito para cuya seguridad se constituye. Por ello, siguen vigentes todos los demás efectos del incumplimiento de la obligación garantizada, como la facultad de resolver, la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la compensación de la mora en las obligaciones recíprocas [PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 278; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 852]. Es más, se mantiene que el acreedor hipotecario sigue conservando la acción personal, ejercitable a través de la ejecución ordinaria o común, sobre los bienes del deudor y, entre ellos, la finca hipotecada, aunque normalmente preferirá acudir a la acción hipotecaria [así, v. STS 5 de marzo de 2007 (*Tol 1044158*); ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 590].

2.5. Como se ha adelantado, son varias las voces que recientemente han defendido el recurso a la figura de la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH para obtener el resultado de la dación en pago tras la ejecución hipotecaria, liberando con ello al deudor de la obligación de pago de la deuda restante cuando lo obtenido en la ejecución sobre el hipotecado no ha sido suficiente para saldar el total del crédito. Sin embargo, se tratan de figuras distintas [también, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al art. 1861”, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, dir. R. Bercovitz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1277]. En la hipoteca de responsabilidad limitada hay un pacto incluido en la escritura de constitución de la hipoteca -o posteriormente, si se admite, como veremos a continuación- de manera que la responsabilidad personal en que pueda incurrir el deudor queda concretada en el bien hipotecado. En cambio, la dación en pago supone un acuerdo posterior al nacimiento de la obligación entre el acreedor y el deudor -y, por tanto, prescindiendo de la constitución o no de una hipoteca para asegurar el crédito- por el que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación inicialmente prevista, extinguiendo la relación obligatoria. Aunque no la regula expresamente el Código civil, en cuanto que haya un acuerdo entre las partes en el *aliud por alio* se admite sin problemas la dación voluntaria con base en el art. 1255 CC. Se trataría de un negocio jurídico bilateral, atípico, oneroso y con “causa solvendi”, que constituye un subrogado del cumplimiento, extinguiendo la relación obligatoria entre las partes [v. Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 555-558; Lacruz Matecón, M. L.: “La moderna dación”, cit., pp. 91-94].

No obstante, cabe tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado posteriormente por la Ley 1/2013, de 14 de marzo, prevé el derecho del deudor de solicitar la dación en pago en el supuesto de que el acreedor se haya adherido voluntariamente al Código de Buenas Prácticas y siempre que concurren determinados requisitos, en cuyo caso la entidad acreedora estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por el deudor, quedando definitivamente cancelada la deuda (v. Anexo, apartado 3). Con esta dación en pago, obligatoria o forzosa para el acreedor que se haya adherido al mencionado Código, se obtendría un resultado idéntico al perseguido con el pacto de concreción de responsabilidad del art. 140 LH, ya que se limitaría la responsabilidad y la deuda a los bienes hipotecados ejecutados, con efecto extintivo del crédito, pero tanto la validez del pacto como sus consecuencias en determinados supuestos (p. ej. la enajenación de la finca hipotecada) varían respecto de la dación en pago, como veremos a continuación.

Esta dación en pago necesaria es conocida también en el Fuero Nuevo de Navarra, al prever su ley 493.2.II: “Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”.

3. De la lectura del art. 140 LH se desprenden los requisitos de validez del pacto de concreción de responsabilidad, sobre los que, sin embargo, discrepan doctrina y jurisprudencia.

a) En primer lugar, el art. 140 LH contempla únicamente que el pacto de concreción de responsabilidad se recoja en el momento de constitución de la hipoteca (“...podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria”). Sin embargo, aun siendo esto así no se ve inconveniente en admitir que se pacte dicha posibilidad en un momento posterior al constitutivo, transformando una hipoteca ordinaria en una del art. 140 LH, con fundamento en el art. 1255 CC [en tal sentido, también, CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 51-52 y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 231; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000, p. 27; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal*, cit., p. 50].

En caso de existir titulares de derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca, cuyo régimen de responsabilidad se pretende modificar, sería necesario su consentimiento en tanto en cuanto que este pacto posterior de concreción de responsabilidad pudiera perjudicarles, aunque, como advierte la doctrina, normalmente a los acreedores posteriores les beneficia dicho pacto, ya que el resto de bienes del deudor queda ajeno al poder de agresión del acreedor hipotecario [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 51, siguiendo los razonamientos de SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 392].

La cuestión aparece relacionada, para algunos autores, con la de la admisión de este pacto en las hipotecas unilaterales. Al negar que éste pueda acordarse con posterioridad a la constitución de la hipoteca habría que rechazar que se pudiera incluir en una hipoteca unilateral, ya que en el momento de su constitución sólo concurre el hipotecante y no el acreedor; resultando anómalo, de otra parte, que el obligado pudiera autolimitar su responsabilidad [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., p. 309; LÓPEZ TORRES, J. Mª.: “Complemento”, cit., p. 594]. En contra se argumenta que una vez aceptada por el acreedor la hipoteca constituida unilateralmente, los efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma (art. 141 LH), “por lo que el pacto en sí, y en el momento de la constitución, se produce, si bien la primera oferta unilateral debe ser aceptada para que ello ocurra, o sea, que el hecho de que la aceptación se produzca posteriormente a la oferta no significa que no se haya producido un pacto” [así, con CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 108; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 600].

b) Del mismo modo, la letra del precepto limita la posibilidad de pactar esta concreción de la responsabilidad a las hipotecas voluntarias, por lo que no cabría incluirlo en las hipotecas legales, que responden a finalidades distintas [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal...”, cit., p. 309; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 27; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho*

hipotecario, cit., p. 599; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 851; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 544].

Sin embargo, frente a una interpretación restrictiva hay autores que sostienen que también cabe este pacto en las hipotecas legales expresas. Así, se mantiene que la referencia que hace el art. 140 LH a la hipoteca voluntaria viene justificada por su ubicación -Sección 2ª del Título V, que lleva por rúbrica “De las hipotecas voluntarias”- y, además, en los arts. 158 y 168 LH, que recogen diversos supuestos de hipotecas legales no se impide este pacto.

En efecto, el art. 158 LH, con carácter general, establece que “las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho”, de manera que en cuanto la finca hipotecada con el pacto del art. 140 LH se estimara suficiente garantía para asegurar el derecho de tales personas (menores, incapacitados, reservatarios...) no cabría negar dicha posibilidad, a los que no se causaría ningún perjuicio, quedando a salvo su derecho de exigir una ampliación de la hipoteca, conforme el art. 163 LH, que sería un precepto de derecho dispositivo y, por ello, renunciable [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 106-107].

c) En tercer lugar, atendiendo al tenor literal del art. 140.II LH, el pacto se podrá incluir en una hipoteca constituida en garantía de un “préstamo hipotecario”. Sin embargo, hay que mantener que también cuando se trate de garantizar otras obligaciones, como la apertura de cuentas corrientes de crédito e incluso del aplazamiento del pago del precio en una compraventa o de una deuda dineraria de importe determinado [ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 599; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., p. 278, nota 2; CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 112; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 27; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 545].

d) Por último, también ha sido controvertido si el art. 140 LH es aplicable a las hipotecas constituidas por no deudores, esto es, para garantizar deudas ajenas. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7022) lo rechaza, al sostener que el “artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105”. Esta afirmación le sirve al Tribunal Supremo para justificar la no equiparación entre el hipotecante no deudor y el fiador, rechazar su condición de deudor y, en consecuencia, desestimar la pretensión de relevación de la hipoteca con base en el art. 1843 CC.

Se mantiene que, de admitirse este pacto en la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena, la responsabilidad del deudor no se limitaría, sino se eliminaría totalmente, lo que no se considera posible. La propia naturaleza de esta figura “repele toda posibilidad de fianza real hipotecaria o por débito ajeno”, en tanto que con el pacto del art. 140 LH el débito personal se adhiere al gravamen hipotecario [así, ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 595; también SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios*, cit., p. 393; DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación

personal”, cit., p. 310]. En contra de esta posición no ve obstáculo en admitir la figura del hipotecante no deudor con pacto de concreción de responsabilidad CECCHINI ROSELL, “ya que el deudor será un obligado a realizar la prestación pactada con cargo a su patrimonio, y sólo ante el supuesto de incumplimiento se procederá contra la finca hipotecada que garantizaba aquella obligación, que por la razón que sea está en el patrimonio de un tercero, sujeto pasivo del derecho de hipoteca” [*El pacto*, cit., p. 55].

4. Las dispares teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de esta figura se proyecta fundamentalmente en las diversas respuestas que ofrecen a la cuestión más relevante que suscita el pacto, cual es, la relativa a los efectos que la transmisión de la finca hipotecada produce en el adquirente y en el deudor transmitente.

En efecto, para los autores que conciben esta figura como una hipoteca autónoma o independiente, en la que el carácter accesorio de la hipoteca desaparece o se debilita, la transmisión de la finca hipotecada provoca la desaparición de la responsabilidad personal del deudor. Una vez constituida esta hipoteca, se desliga de la obligación personal, surgiendo en su lugar una afección real [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., pp. 306-308; NIN Y ABARCA, M.: “La hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1947, p. 311]. El adquirente no asumirá ninguna obligación, porque ésta se ha extinguido, quedando únicamente la responsabilidad real sobre la finca hipotecada. No explican suficientemente estos autores si a este adquirente le sería de aplicación los beneficios de los arts. 112 y 113 LH, previstos para el tercer poseedor.

Otro sector doctrinal mantiene que con la enajenación de la finca hipotecada se produce una asunción automática de la deuda por el adquirente, quedando liberado de la obligación el transmitente. El débito sigue a la cosa hipotecada, de manera que “cualquiera que sea la persona que la adquiera merced a sucesivas transmisiones de la misma, esta persona devendrá deudor personal del crédito garantido, si bien con responsabilidad personal concreta a dicha cosa y en cuanto alcance el importe que de ésta se obtenga en la ejecución” [ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 591; CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo II, 3^a ed., Madrid, 1994, p. 1354]. La subrogación o asunción de la deuda por el adquirente no requeriría el consentimiento del acreedor, que ya lo prestó cuando aceptó el pacto de concreción de responsabilidad personal (cfr. art. 1205 CC).

Para otros autores en el supuesto de transmisión de la finca hipotecada la obligación cambia de naturaleza, de modo que “el deudor-vendedor de la finca quedará en una situación análoga a la del sujeto pasivo de una obligación natural, al paso que el adquirente se encontrará como lo que realmente es, como fiador real por deuda ajena, tercer poseedor de bienes hipotecados, con responsabilidad, pero sin débito, sin estar personalmente obligado al cumplimiento de la prestación” [DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.: “La responsabilidad patrimonial”, cit., p. 113]. Por ello, si al vencimiento de la obligación el acreedor solicita su cumplimiento al deudor y éste paga,

será un pago válido, sin que pueda repetirlo del adquirente, salvo en caso de descuento o retención por parte de éste.

Por último, siguiendo al sector doctrinal dominante, la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada no se ve truncada por el hecho de la transmisión de la finca hipotecada existiendo el pacto del art. 140 LH. El deudor seguirá siendo el mismo y el tercero responde con la finca hipotecada, pero no está obligado personalmente al cumplimiento de la obligación. Los efectos son los mismos que para una hipoteca ordinaria. No hay asunción legal ni subrogación en la deuda, sin consentimiento del acreedor, como se desprende del art. 1205 CC y el art. 118 LH, y no puede entenderse que lo ha concedido al pactar la concreción de la responsabilidad en el bien hipotecado [GARCÍA GARCÍA, J.: “Comentario al art. 1879”, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 1918; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., pp. 279 y 280; CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 72-74, y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*; cit., p. 229; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal*, cit., pp. 58-59; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 28; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., pp. 853-854; ARIJA SOUTILLO, C.: *El tercer poseedor de bienes hipotecados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 54-55; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., pp. 548-549; ANGUITA RÍOS, R. M.: *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 241-243].

Además, se añade, esta conclusión se halla implícita en la remisión que el art. 140.III LH hace al art. 121 LH, que, para el caso de hipoteca constituida sobre pluralidad de fincas cuando el valor de una no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, sólo permite al acreedor repetir contra las demás fincas hipotecadas que conserve el “deudor en su poder”, y no cuando han pasado a un tercer poseedor [Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., pp. 279 y 280; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 854. Lo considera un argumento algo forzado CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 70].

La STS 8 de noviembre de 1960 (RJ 1960, 3480) parece inclinarse por esta tesis, si bien lo hace en *obiter dicta*, al rechazar que opere subrogación legal en el adquirente de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor, aun habiéndose obtenido la “limitación que autoriza el artículo 140 LH”, de manera que si se hallaba la compradora “subrogada en la obligación personal era porque esta subrogación había sido consentida por el Banco, conforme al artículo 1205 del Código Civil”.

5. El último párrafo del art. 140 LH dispone: “Cuando la hipoteca así constituida afectarse a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121”.

En efecto, en el supuesto de constitución de hipoteca en garantía de un crédito sobre una pluralidad de fincas, el art. 119 LH establece que deberá distribuirse el crédito entre cada

una de las fincas, determinando la parte del gravamen de que cada una responde, lo que deberá hacerse de común acuerdo entre el hipotecante y el acreedor, prohibiendo con ello la constitución de hipotecas solidarias. Sin embargo, aun en el caso de que se hubiera pactado la concreción de responsabilidad prevista en el art. 140 LH, y siempre que las fincas sigan en poder del deudor, se permite al acreedor instar la ejecución de cualquiera de las fincas también hipotecadas, si con la ejecutada no se ha satisfecho el crédito, sin atenderse a la parte del crédito asignada.

El pacto de concreción de responsabilidad incluido en la hipoteca constituida sobre varias fincas no altera la regla prevista en el art. 119 y 121 LH, permitiendo al acreedor que ejecuta una de las fincas y no obtiene el importe de la responsabilidad que garantizaba a dirigirse contra las otras, pero, sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, con posterioridad de la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas. En cambio, si una de las fincas ha sido adquirida por un tercero, el acreedor no podrá instar la ejecución por la diferencia que reste sin cubrir, siendo indemne a dicha acción el tercero, ya que en este caso la finca responde solamente de la parte de crédito fijada.

Se ha mantenido que la remisión del art. 140.III al art. 121 LH carece de lógica al desdibujar la naturaleza de la hipoteca con pacto de concreción de responsabilidad, en tanto que permite, si las fincas continúan en poder del deudor, dirigirse contra el resto de las fincas por el exceso no cubierto por la ejecución de una de las fincas en virtud de la parte de crédito asignada [ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 598].

Se plantea la doctrina si dentro del supuesto de hecho del art. 140.III LH cabe el de la pérdida de una de las fincas hipotecadas, inclinándose por la respuesta afirmativa, ya que “en definitiva lo que establece el supuesto de hecho es que el valor de una de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda” [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 102; ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 598].

6. Conectada con la naturaleza jurídica que se atribuya a la hipoteca con pacto de concreción de responsabilidad aparece la cuestión de si la pérdida o destrucción de la finca hipotecada extingue la obligación.

Frente a los autores que consideran que si el bien hipotecado se destruye totalmente, la hipoteca se extingue y con ella también lo ha de hacer la obligación, que se ha convertido en accesoria respecto de aquélla, entiende un relevante sector doctrinal que aunque desaparezca la finca, ello no implica que la obligación garantizada se extinga, sino que el deudor aún es responsable y está obligado a cumplir el tenor de la obligación [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 88-94, y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 230-231; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 549].

La hipoteca se extingue porque ha desaparecido totalmente el objeto hipotecado -en los casos en que no se extienda legalmente a la indemnización debida o concedida al propietario por razón del inmueble hipotecado en virtud del art. 110.1º LH-, pero ha de tenerse en cuenta que garantiza la falta de cumplimiento del deudor y “la desaparición de la garantía no puede implicar que el deudor ya no esté obligado a realizar su prestación de dar, hacer o no hacer (cfr. art. 1088 CC). En caso contrario, se afirmaría que el cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor sería un pago de lo indebido, ya que la obligación se habría extinguido; o también se podría afirmar que el acreedor tendría una *solutio retentio*, o que la prestación tiene su razón de ser en otra justa causa (cfr. art. 1091 CC). Sin embargo, ello no es así, ya que la causa que justificaría el pago no sería otra que la propia causa *solvendi* del contrato que liga a deudor y acreedor” [CECCHINI ROSELL, X. en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 230-231]. Si la finca hipotecada se destruye totalmente y era ésta la única garantía por la responsabilidad por incumplimiento, existe deuda y responsabilidad, pero en la práctica dicha responsabilidad se traducirá en nada [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 90].

En cambio, para otros autores el débito personal va tan unido a la cosa hipotecada que la pérdida de ésta extingue la obligación asegurada, en tanto que el acreedor ya no puede perseguir otros bienes, sin perjuicio del derecho del acreedor sobre las indemnizaciones por razón del seguro o expropiación ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., pp. 596-597. En sentido similar, CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Estudios*, cit., p. 1480].

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M^a.: Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria, Dykinson, Madrid, 2006.

ARIJA SOUTILLO, C.: *El tercer poseedor de bienes hipotecados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L.:

- “La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1940.
- “El pacto de exclusión de la acción personal en la hipoteca”, *RCDI*.

CASTILLA CUBILLAS, M.: “La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, nº 12, quincena del 16 al 30 de junio 2011, pp. 1355-ss., LA LEY 11506/2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

CHICO ORTIZ, J. M^a.: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo II, 3^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1994.

CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008.

- “El objeto de la hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008.
- “Comentario al art. 1861”, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, dir. R. Bercovitz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.: “La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria”, *RDN*ot., núm. 19, 1958.

DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, Tomo IV, 1946.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 2^o, *Las relaciones obligatorias*, 5^a ed., Civitas, 1996.

GARCÍA GARCÍA, J.: “Comentario al art. 1879”, en *Comentario del Código civil*, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO, C. PAZ-ARES, P. SALVADOR, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, Vol. 3^o, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación en pago”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014).

LÓPEZ TORRES, J. M^a.: “Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, núm. 221, 1946.

NIN Y ABARCA, M.: “La hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1947.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000.

ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomo VII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009.

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.

