

GARANTÍAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO EN CASO DE LEGADO DE LA COSA HIPOTECADA

ANA ALEMÁN MONTERREAL
Universidad de Almería

La sucesión *mortis causa* mantiene las relaciones obligatorias del difunto, y los acreedores conservan sus créditos en los mismos términos y condiciones que existían antes de la muerte, y por ello con las mismas garantías. Así sucede con el crédito garantizado con hipoteca al que viene referido un legado de cosa hipotecada; es más, en este caso, se nos presenta una especial garantía, puesto que el carácter real de la hipoteca permite una oponibilidad frente al legatario.

Pretendemos en esta comunicación determinar las garantías del acreedor hipotecario en caso de legado de la cosa gravada, en concreto, ante un legado de cosa propia del testador hipotecada en garantía de un crédito de éste. Ante este supuesto, intentaremos dar respuesta a las cuestiones más relevantes que este caso plantea: ¿puede el acreedor hipotecario exigir el cumplimiento del crédito al heredero?, ¿y respecto al legatario?, ¿puede proporcionar la satisfacción de su crédito con los bienes hereditarios?, ¿puede pedir la ejecución del bien legado gravado con la hipoteca?¹.

En principio, el legatario tiene derecho a la cosa en la situación jurídica en que se encuentra a la muerte del testador, pero esta norma tiene distinto contenido según los distintos tipos de legado. Así, en el legado traslativo de la propiedad la cosa se adquiere en la situación en que se encuentra *mortis tempore*, esto es, gravada por los derechos reales constituidos sobre ella; y el heredero sólo viene obligado a liberarla cuando lo haya dispuesto el testador. Sin embargo, en el legado *per damnationem*, y en derecho justinianeo para cualquier legado la disposición es susceptible de interpre-

¹ Sobre el tema en Derecho Civil: AMORÓS GUARDIOLA, «Legado de Cosa Gravada», *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 37 y ss., y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Legado de finca hipotecada*, en prensa.

Ana Alemán Monterreal

tación, llegando a soluciones diversas según el derecho real que grava la cosa objeto del legado ².

I. Veamos, como punto de partida, las fuentes en que apoyar nuestros argumentos. En primer lugar, un fragmento de Papiniano recogido en D.31,66,6 referente al legado de un fundo pignorado, afirma que el cumplimiento de la obligación corresponde al heredero; lo que resuelve por analogía al legado de cosa usufructuada.

«Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet: enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus, vel alienam possessio sit [...].»

Mayor complejidad ofrece el tortuoso fragmento de Ulpiano recogido en D.30,57, que contempla un supuesto de fideicomiso de cosa hipotecada ³. Desglosando el texto, en su primera parte el jurista dice que correspondería al heredero la liberación de la hipoteca cuando el testador tuviese conocimiento de dicha carga, salvo que hubiese sido otra su voluntad; por el contrario, correspondería al fideicomisario cuando el testador ignoraba que estaba hipotecada, a excepción de que el testador, de haberlo sabido, hubiese dejado la cosa libre de gravamen u otra distinta, aunque también es posible, dice ULPIANO, que pueda quedar algún sobrante una vez pagada la deuda garantizada.

«Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario (nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset si sciisset obligatam), vel potest aliquid esse superfluum exsoluta aere alieno.»

De ello, se desprende que la voluntad del testador será el criterio imperante a efectos de determinar la persona obligada a liberar la hipoteca que grava el objeto dado en fideicomiso, no obstante la referencia al conocimiento o desconocimiento que el testador tuviese de la hipoteca como regla incidente en el cumplimiento obligacional, que viene, sin duda, supeditada a la voluntad del testador. En efecto, por un lado, corresponde al heredero si el testador tiene conocimiento del gravamen, siempre, claro está, que no sea otra la voluntad testamentaria; por otro lado, corresponde al fideicomisario cuando ignore el gravamen, pero no sería de este modo cuando de haberlo sabido hubiese sido distinta su

² BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. esp. FARRÉN, Barcelona, 1960, pp. 338 y ss. En cuanto a la distinción entre el legado *per vindicationem* y el legado *per damnationem*, observamos cómo GAYO en sus *Instituta* (2,208) nos dice: «[...] nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.»

³ No obstante su referencia al fideicomiso, creemos que puede ser de aplicación al legado de tales bienes.

voluntad. Por ello, la voluntad del testador determinará si corresponde al heredero o al fideicomisario la liberación de la hipoteca del objeto dado en fideicomiso, no obstante, el conocimiento o la ignorancia que el testador tuviese de la hipoteca parece incidir sobre la persona que debe cumplir la obligación; a saber, respectivamente, el heredero o el fideicomisario.

Ahora bien, la oscuridad del fragmento se acrecenta cuando, a continuación, contempla el caso en el que el testador no ha manifestado claramente su voluntad sobre el cumplimiento de la obligación, estableciéndose que, aunque no quisiese que soportasen los herederos dicha carga, el fideicomisario podrá obtener la cesión de las acciones de los acreedores hipotecarios que se han dirigido contra él, esto es, que el fideicomisario queda subrogado en el lugar del acreedor hipotecario satisfecho, pudiendo ejercitar sus acciones contra el heredero; por lo que se evidencia que, en el supuesto de que el testador no hubiese manifestado su voluntad, la liberación de la hipoteca corresponde, en cualquier caso, al heredero.

«[...] quod si testator eo animo fuit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem praesides provinciae id ei praestabitur.»

Si cotejamos esta segunda parte con la primera, nos resulta del todo inexplicable la mención al conocimiento o desconocimiento que el testador tuviese de la hipoteca, puesto que el cumplimiento de la obligación corresponderá a quien determine el testador, y, en su defecto, esto es, si no lo determinase, al heredero⁴.

Sin embargo, observamos cómo las Sentencias de Paulo (3,6,8) nuevamente se refieren al conocimiento de la hipoteca por parte del testador, cuando establecen, para este caso y tratándose de un legado *per damnationem*, que la obligación corresponde al heredero:

«Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignorauit, per damnationem legata sit, Iulio ad heredis sollicitudinem spectat.»

La explicación a este determinante —conocimiento, desconocimiento de la hipoteca— a efectos del cumplimiento de la obligación quizás la encontremos en las Instituciones de Justiniano. En efecto, la *Instituta*, por un lado, nos dice que el cumplimiento de la obligación corresponde al heredero, y por otro, afirma cómo a partir de un rescripto de los emperadores Severo y Antonino se mantiene la misma solución que en el legado

⁴ FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi*, Milano, 1889, pp. 285 y ss., considera justiniano el requisito del conocimiento de la existencia del vínculo.

Ana Alemán Monterreal

de cosa ajena, esto es, el heredero sólo tendría obligación si el difunto tenía conocimiento del gravamen. Señalando, también, la posibilidad de cumplimiento por parte del legatario cuando esta fuese la voluntad del testador, y así constase⁵.

«Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse; et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam luere.»

Por último, una constitución del emperador Alejandro recogida en C.6,42,6 establece la obligación del heredero de liberar el gravamen de la cosa legada, sobre todo, cuando el testador tuviese conocimiento de la carga, o también, cuando ignorándola, si la hubiera conocido, hubiese legado algo de igual valor. Parece, pues, que es obligación del heredero, no obstante, advirtiendo el carácter principal de los supuestos que recoge: voluntad del testador, conocimiento de la hipoteca; afirmación ésta que viene corroborada en el párrafo final de la constitución cuando establece la obligación del heredero de pagar el precio al legatario en caso de que la cosa legada hubiese sido enajenada por el acreedor hipotecario, a excepción de que el heredero pueda probar que fue otra la voluntad del causante.

«Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relictas, heres luere debet, maxime cum testator condicionem eorum non ignoravit aut si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset fuisset. Sin vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogetur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.»

De las fuentes señaladas colegimos, por un lado, que la voluntad del testador determinará si corresponde al heredero o al legatario la liberación de la hipoteca que grava la cosa legada; por otro, y en defecto de manifestación de su voluntad o falta de claridad en su interpretación, el cumplimiento de la obligación correspondería al heredero, y sería a partir del rescripto de los emperadores Severo y Antonino cuando el heredero vendrá obligado sólo si el testador tuviese conocimiento de la hipoteca, perteneciendo, en caso contrario —desconocimiento de la hipoteca—, el cumplimiento al legatario.

II. Analicemos, pues, las garantías del acreedor hipotecario en caso de legado de la cosa hipotecada respecto al heredero, respecto a los bienes hereditarios, respecto al legatario, y respecto al bien hipotecado.

⁵ I.2,20,5. C.1.2,20,4.

II.1. Respecto al heredero

En cuanto a la posición del heredero como consecuencia de la sucesión es necesario distinguir dos grupos de deudas hereditarias; unas, las que afectan al causante durante su vida y subsisten a su fallecimiento; otras, las obligaciones y cargas que el causante impone a sus herederos en el acto de última voluntad.

Respecto a las primeras, el heredero como consecuencia de la sucesión *mortis causa* se coloca en la misma posición jurídica de su causante: como es sabido, el heredero sucede en el conjunto del patrimonio del causante, en todos sus créditos y deudas, con la excepción de aquellas relaciones obligatorias fundadas en consideraciones personales; y en virtud de la confusión de patrimonios, consecuencia de la *successio per universitatem*, el heredero viene obligado al pago de las deudas del causante, incluso cuando su importe sea superior al valor de la sucesión; el heredero viene obligado *ultra vires hereditatis*. En cuanto a las cargas testamentarias, el heredero debe satisfacerlas como si estuviese obligado el mismo *quasi ex contractu*, si bien de éstas sólo responderá con bienes hereditarios; el heredero viene obligado *intra vires hereditatis*⁶.

En consecuencia, en ambos casos, el heredero, una vez adquirida la herencia, viene obligado al cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca que recae sobre el bien legado. La única diferencia es que en el primer caso —deudas del causante— responde tanto con los bienes recibidos como con los suyos propios, mientras que en el segundo —cargas impuestas por el causante— su responsabilidad se limita a los bienes hereditarios.

Lo que observamos reiteradamente en las fuentes cuando afirman que el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca de la cosa legada corresponde al heredero, en unos casos por asumir la posición jurídica del causante, en otros como carga impuesta por el causante; y ello, sin olvidar que el cumplimiento de la obligación, a partir de un determinado momento histórico, correspondería al heredero cuando el testador tuviese conocimiento de la hipoteca y no hubiese manifestado su voluntad⁷.

II.2. Respecto a los bienes hereditarios

Igualmente sabemos que el acreedor hipotecario estaba legitimado, al igual que los demás acreedores del causante, para solicitar del pretor la *separatio bonorum*, produciéndose así la afectación de los bienes hereditarios al pago de su crédito, y teniendo pre-

⁶ Vid. por todos: FADDA, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1900, pp. 324 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione Parte generale*, Milano, 1967, pp. 663 y ss.

⁷ Como deudor de la relación obligatoria, D.30,57; D.31,66,6; I.2,20,5; C.6,42,6. En caso de que el testador tenga conocimiento de la hipoteca D.30,57; P.S.3,6,8; I.2,20,5; C.6,42,6.

Ana Alemán Monterreal

ferencia para el cobro con respecto a los acreedores que no han hecho uso del *beneficium*, y naturalmente sobre los legatarios y fideicomisarios ⁸.

Es más, en el Derecho justiniano, asentada definitivamente la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el acreedor hipotecario presenta una posición privilegiada con respecto a los demás acreedores del difunto y una preferencia para el cobro con cargo a los bienes de la herencia, y en concreto, respecto al bien hipotecado ⁹.

II.3. Respecto al legatario

El legatario recibe la cosa en la situación jurídica en que se encuentra, esto es, con el gravamen que constituye la hipoteca, pero, en principio, no está obligado al cumplimiento de la obligación. En efecto, el legatario por su condición de adquirente directo no responde de las deudas del *de cuius*, aunque, en cierto modo, podríamos hablar de una cierta responsabilidad por las deudas de la herencia; en este caso, en relación a la deuda existente con el acreedor hipotecario, puesto que éste tiene preferencia para el cobro de su crédito con cargo a los bienes hereditarios, y en concreto, con respecto al bien objeto del legado, por lo que el legatario puede verse privado de la cosa cuando se destine al pago de dicha deuda; la efectividad de su legado depende, por tanto, del pago previo de la deuda¹⁰.

No obstante, el legatario puede venir obligado al cumplimiento de la obligación cuando la voluntad del testador sea que la deuda garantizada con hipoteca quede a su cargo; el testador transmite la propiedad de la cosa legada junto a la obligación de pagar la deuda; asistimos a un legado con gravamen o carga, a un legado modal. Lo que hemos visto en D.30,57, cuando la voluntad del testador establece que el fideicomisario libere la hipoteca que grava el bien objeto del legado; al igual que en I.2,20,5 al contemplar la posibilidad de cumplimiento por parte del legatario si así lo hubiese manifestado el testador; y claramente se deduce de C.6,42,6, de un lado, al establecer principalmente la obligación a cargo del heredero cuando ésta fuese la voluntad del testador, y de otro, porque en el supuesto de enajenación de la cosa hipotecada vemos cómo se exime al heredero de pagar al legatario siempre que pueda probar que la voluntad del causante era que el legatario liberase la hipoteca. En estos casos, el cumplimiento del modo es inseparable de la atribución patrimonial en que el legado consiste, y si el legatario no cumple esa carga modal, el heredero, como continuador de la per-

⁸ Ver por todos: LÓPEZ-BARAJAS MIRA, *Separatio Bonorum*, Granada, 1995, p. 128.

⁹ Obsérvese cómo los acreedores del difunto cobran la totalidad de sus créditos por el orden en que lo soliciten; sin embargo, se atiende al rango con respecto al acreedor hipotecario. FADDA, *Diritto ereditario*, op. cit., pp. 412 y ss.; VOGLI, *Diritto ereditario*, op. cit., pp. 686 y ss.; BONFANTE, *Corso di Diritto romano VI. Le successioni (Parte Generale)*, Milano, 1974, pp. 488 y ss.

¹⁰ Cf. SCHERILLO, «Appunti sulla differenza tra eredità e legato», AG, 172, 1967, pp. 3 y ss.

sonalidad del causante, podrá exigir su cumplimiento o la revocación del legado por incumplimiento del modo ¹¹.

Es más, incluso en defecto de manifestación de voluntad o problemas en su interpretación, a partir de Severo y Antonino, puede el legatario venir obligado al cumplimiento cuando el testador no tuviese conocimiento de la existencia de la hipoteca, como hemos manifestado en D.30,57, e I.2,20,5, y se desprende de C.6,42,6 al establecer la obligación del heredero de liberar el gravamen *maxime cum testator condicionem eorum non ignoravit*.

De otro lado, no olvidemos que el legatario, aun sin obligación de pago, siempre puede cumplir la obligación garantizada con la hipoteca, quedando subrogado, mediante la cesión de acciones, en los derechos que el acreedor hipotecario tenía respecto al heredero ¹². Si en los casos anteriores el legatario había asumido la deuda del causante, en este último, estaríamos ante un pago realizado por tercero.

II.4. Respecto al bien hipotecado

Por último, en caso de que no se haya producido el cumplimiento de la obligación que la hipoteca garantiza dispone el acreedor hipotecario de una acción real que, en cuanto *erga omnes*, puede ejercitar contra un tercer poseedor de la cosa hipotecada; mediante esta acción el acreedor hipotecario hará posible su derecho, ya que le faculta para posesionarse de la cosa y proceder a su venta. Nos referimos a la *actio serviana utilis*, posteriormente conocida como *actio hypothecaria*, *pigneraticia in rem* o *quasi Serviana*.

Ahora bien, dos cuestiones merecen ser destacadas en torno al ejercicio de la *actio serviana* por el acreedor hipotecario, en caso de que no sea el legatario el obligado a la liberación del gravamen, sino simplemente un tercer poseedor de la cosa hipotecada. En primer lugar el carácter real de esta acción en época clásica, ya que parte de la doctrina ha puesto en duda dicho carácter, reduciendo su ámbito de aplicación sólo contra el deudor hipotecario y no contra terceros que tuviesen en su poder la cosa ¹³; si así fuese, el acreedor hipotecario no podría ejercitar esta acción sobre la cosa que garantiza el cumplimiento obligacional, por no encontrarse en manos del deudor hipotecario —heredero— sino de un tercer poseedor —legatario—. No obstante, aunque el estado actual de las

¹¹ Véase BIONDI, *Sucesión testamentaria*, op. cit., pp. 580 y ss.; SCHUIZ, *Derecho romano*, op. cit., pp. 317 y ss.

¹² D.30,57.

¹³ Entre otros: ALBERTARIO, «Actiones in rem e actionis in personam», *Studi di diritto romano*, 4, Milano, 1946, pp. 223 y ss.; LA PIRA, «La struttura classica della conventio pignoris», *Studi Ratti*, Milano, 1934, p. 233; WATSON, «Actio Serviana and actio hypothecaria», *SDIH*, 27, 1961, pp. 357 y ss.; SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe, 1973, pp. 76 y 120 ss.

Ana Alemán Monterreal

fuentes no permite delimitar en qué momento se puede afirmar la naturaleza real de la *actio serviana*, todo parece indicar que, en derecho clásico, la *actio serviana utilis* podía ser intentada por el acreedor hipotecario no sólo frente al deudor, sino, también, frente a cualquier tercero que estuviese en posesión del bien gravado ¹⁴. El texto más antiguo de los *digesta* en el que se menciona una hipoteca protegida por una acción de carácter real, lo encontramos en D.46,3,69. También un fragmento de Juliano, en el que no parece haber indicio de manipulación justinianea, recogido en D.13,7,28pr. afirma la posibilidad de ejercitar la acción contra terceros.

Por otra parte, se ha cuestionado la posibilidad de que el acreedor hipotecario pueda exigir la entrega del objeto que garantiza el cumplimiento obligacional en cualquier momento, incluso antes del vencimiento de la obligación, o lo que es lo mismo, la facultad de elegir entre la acción derivada de la obligación garantizada o la *actio serviana* ¹⁵. No obstante, nuestros recelos al ejercicio de la *actio serviana* con anterioridad al incumplimiento, lo que sí parece evidente es que sólo puede intentarse en caso de incumplimiento de la obligación cuando la cosa hipotecada no se encuentre en posesión del deudor sino de un tercero. En efecto, el tercer poseedor —legatario— dispone de una *exceptio* en el supuesto de que el acreedor hipotecario, sin reclamación previa al deudor —heredero—, se haya dirigido contra el bien legado gravado con la hipoteca; en este sentido es del todo clarificadora una constitución del año 290 dada por los emperadores Diocleciano y Maximiano, recogida en C.8,14,10 cuando establece: «Debitores praesentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector provinciae auctoritatis suae auxilium impertire non dubitabit» ¹⁶. Tendencia que culmina en Derecho justiniano con la *exceptio excussionis personalis*: el acreedor hipotecario no puede dirigirse contra el bien dado en garantía antes de haber intentado las acciones personales contra el deudor ¹⁷.

¹⁴ PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Milano, 1949, pp. 806 y ss.; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. española SANTA CRUZ TEIGERO, Barcelona, 1960, p. 390; D'ORS, «Sobre las pretendidas acciones reales in factum», *IURA*, 20, 1969, pp. 55 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986, p. 549; KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1965, pp. 225 y ss.; CHURRUCA, «Pignus», *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 365.

¹⁵ En este sentido, ha sostenido CHURRUCA («Pignus», *op. cit.*, p. 367) que en la fórmula de la *actio serviana* no aparece el requisito del vencimiento de la deuda garantizada, lo que hace suponer que incluso antes del vencimiento se pueda exigir del deudor la entrega del objeto; aunque esta posibilidad sólo parezca razonable en caso de que hubiese peligro de que el valor del objeto disminuyera en manos del deudor o en supuestos similares, lo cierto es que no hay en las fuentes indicios de que el deudor pudiese oponer eficazmente una excepción ante esta reclamación del acreedor.

¹⁶ Según CHURRUCA, *ibídem*, esta excepción parece ya admisible en época clásica, como indica el ambiguo texto de ESCÉVOLA en D.20,4,19.

¹⁷ Nov.4,2.

CONCLUSIÓN

Las garantías del acreedor hipotecario no aparecen, en absoluto, mermadas en el supuesto en que la cosa hipotecada haya sido objeto de un legado, y ello, por los siguientes motivos: primero, porque el heredero puede venir obligado a la liberación de la hipoteca que grava el bien legado como deudor del acreedor hipotecario —deuda del causante o carga testamentaria—; y a partir del rescripto de los emperadores Severo y Antonino, cuando el testador, no habiendo manifestado su voluntad, tuviese conocimiento de la hipoteca. Segundo, porque el acreedor hipotecario tiene preferencia para el cobro de su crédito con cargo a los bienes de la herencia, y en concreto, respecto al bien legado. Tercero, porque al legatario puede exigírsele el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca siempre que esta fuese la voluntad del testador —legado modal—, y a partir del mencionado rescripto, cuando el testador no tuviese conocimiento de la hipoteca que grava el bien legado; y cuarto, porque cuando la obligación garantizada con hipoteca hubiese vencido y no hubiese sido pagada, su crédito será satisfecho mediante la ejecución del bien gravado objeto del legado. El heredero, los bienes hereditarios, el legatario y el bien objeto del legado son, pues, las garantías de que dispone el acreedor hipotecario en caso de legado de la cosa hipotecada.

