

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y GARANTÍAS
HIPOTECARIAS

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE MORTGAGE GUARANTEE

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 306-319



Stefania
GIOVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de octubre de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2017

RESUMEN: El presente estudio analiza el papel del principio de proporcionalidad en el marco de la garantía hipotecaria, sugiriendo ideas útiles para aclarar el problema general de la relación entre la deuda y las garantías. El A. Arroja luz sobre el sustrato axiológico del principio que se manifiesta en el necesario equilibrio del interés del deudor a no sufrir un sacrificio "mayor de lo necesario" y aquél, opuesto, del acreedor a estar adecuadamente garantizado. El principio, antes de ser elevado a rango constitucional, orientó al legislador de 1942 en la definición de las reglas del C.C. sobre inscripción y sobre reducción de la hipoteca, donde se contempla un equilibrio tanto en la fase de constitución de la garantía, con los requisitos relativos a la reducción, como en la fase ejecutiva, con las disposiciones relativas a la "reducción impropia". Su valor como principio general lo hace aplicable no sólo como un instrumento hermenéutico, sino también en su capacidad prescriptiva, como maximización de los valores subyacentes, lo que permite reducir los remedios de equidad en los casos de otorgamiento voluntario de la garantía.

PALABRAS CLAVE: Principio de proporcionalidad, garantías hipotecarias.

ABSTRACT: The research analyses the role of the principle of proportionality in the regulation of mortgage security, in addition also suggesting practical solutions for the clarification of the more general problem of the relationship between debt and securities. The Author explains the axiological basis of the principle that manifest in the necessity of balancing the interest of the debtor to not incur a sacrifice "beyond that which is strictly necessary" and, on the other hand, that of the creditor to possess adequate guarantees. The principle, before assuming a constitutional status, orientated legislators in 1942 to define the civil code rules as regards the registration and reduction of mortgages wherever a balance is contemplated both in the phase of the setting up of securities, with limitations regarding their reduction, as well as in the executive phase with arrangements relative to «improper reductions». Its value as a general principle makes it applicable not only as a hermeneutical instrument but also as regards its perceptive capacity, such as the maximization of its underlying values, making possible remedies for the reduction of equity in cases of the voluntary concession of securities.

KEY WORDS: Principle of proportionality, mortgage guarantee.

SUMARIO.- I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN MULTIDISCIPLINAR. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.- II. LA DENOMINADA PROPORCIONALIDAD “HORIZONTAL”.- III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA HIPOTECA.

I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN MULTIDISCIPLINAR. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS¹.

La noción de proporcionalidad, en el sentido en el que aquí nos referimos, nace con ocasión de un caso conocido por la jurisprudencia alemana, que declaró inválido un acto administrativo, por considerarlo excesivo en relación con la finalidad que con él se pretendía conseguir², sentando el principio de que las limitaciones de la libertad y de los derechos no deben sobrepasar nunca lo que es absolutamente necesario para el logro del objetivo de interés público perseguido por la autoridad que las adopta³.

Posteriormente, los Tribunales alemanes fueron precisando el contenido del principio de proporcionalidad, consagrándolo como un límite general de la actividad administrativa, y -en general- de la legislativa, encontrando su fundamento en la Constitución y, en particular, en el Estado de Derecho, del cual son manifestación los artículos 20 GG, y 19, párrafo 2 GG.

- 1 Este trabajo reproduce, agregando las notas esenciales, la intervención realizada durante el Seminario Internacional de Derecho Civil sobre “Las garantías reales y el principio de proporcionalidad” organizado por el IDIBE el 30 de octubre del 2017 en la Universidad de Valencia. Para profundizar el argumento, consulte GIOVA, S.: “Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria”, *Rassegna diritto civile*, 2012, pp. 391 y ss.; *ib.*: *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, ESI, Napoli, 2012, pp. 7 y ss.; *ib.*: “La responsabilità del creditore per l’iscrizione d’ipoteca giudiziale sproporzionata”, *Rassegna diritto civile*, 2017, pp. 294 y ss.
- 2 Nos referimos al caso *Kreuzberg* de 1882, en el marco del cual un tribunal administrativo prusiano consideró inválida la orden de cierre de una tienda de alimentos donde se vendía alcohol, actividad que se llevaba a cabo sin la correspondiente licencia, al no haber evaluado la autoridad la posibilidad de aplicar una sanción menos severa.
- 3 Es relevante la advertencia de FLEINER, F.: *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrecht*, J.C.B. Mohr., Tübingen, 1928, p. 404: «*darf die Polizei mit Kanonen auf spatzenschiessen*» «la policía no tiene que disparar a los gorriones con los cañones!», expresión que, en su versión francesa, se puede traducir como «para aplastar las tuercas no es correcto ni necesario usar el martillo neumático».

• **Stefania Giova**

Stefania Giova es Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Molise (Italia), donde es también Delegada del Rector para el personal y los recursos humanos. Miembro del Consejo de Administración y Presidente del Grado en Economía Empresarial. Es miembro del Consejo directivo de la S.I.S.Di.C. (Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile) y del Consejo científico de la ADP (Associazione dottorati di diritto privato). Ha escrito tres monografías (La conclusione del contratto via Internet, ESI, 2000, Ordinamento civile e diritto privato regionale, ESI, 2008, La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno ESI, 2012) y es autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el ámbito del derecho de los consumidores, de las garantías reales y de los menores extranjeros no acompañados.

El principio viene definido por tres elementos estrechamente relacionados entre sí: *Geeignetheitsprüfung* -test de idoneidad- el medio utilizado debe ser adecuado para lograr el resultado perseguido; *Notwendigkeitsprüfung* -control de necesidad- el medio escogido tiene que ser aquél que origine el menor sacrificio de los intereses afectados, de tal manera que no sea posible escoger otro, que sea igual de eficaz y menos intrusivo (requisito del "mínimo sacrificio"); *Abwägung* o sea *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* -valoración de la adecuación o proporcionalidad en su adecuado sentido- o sea la ponderación de los intereses en juego, el justo equilibrio entre las ventajas derivadas del alcanzar el objetivo perseguido y los prejuicios que con ello se ocasionen a los ciudadanos. La constatación de la falta de adecuación comporta la obligación del poder público de no aplicar la medida que ha sido calificada como inadecuada.

En el Derecho comunitario ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un principio general que actúa como límite de la actividad legislativa y, posteriormente, ha sido normativizado en el art. 5 del Tratado CE, según el cual la acción de la Unión debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos previstos en los Tratados.

En cuanto principio general del Derecho comunitario constituye el criterio de valoración de las relaciones entre los poderes públicos (Instituciones comunitarias y Estados miembros) y los ciudadanos, teniendo como finalidad garantizar el justo equilibrio entre los intereses en juego y la imposición del menor sacrificio posible a los ciudadanos comunitarios.

Por influjo de la normativa comunitaria, el principio -ya presente en Constitución italiana, en la que encontramos diversas referencias (arts. 36, 38, 42, 53, 97 cost.), así como en la legislación de específicos sectores del ordenamiento (penal, trabajo, tributario etc.)- se ha afirmado, cada vez con mayor fuerza, en distintos ámbitos del Derecho nacional, incluso a través de su explícita mención en numerosas disposiciones legislativas.

Es particularmente relevante la importancia que ha adquirido en el Derecho administrativo, donde ha sido recibido a nivel legislativo en cuanto principio de Derecho comunitario, como criterio de valoración de la actuación de la Administración pública, el cual le impone que en el desarrollo de la propia acción escoja la correcta intensidad de las medidas, modulándolas según los parámetros de idoneidad, necesidad y adecuación, de tal manera que pueda alcanzar sus objetivos con el menor sacrificio posible para los intereses involucrados.

En el Derecho penal italiano se manifiesta, ante todo, como proporcionalidad de la pena, como límite lógico del poder punitivo en el Estado de Derecho, ínsito en el concepto retributivo de la pena (desde la consideración de que el mal sufrido

constituye la compensación del mal infligido, siempre que éste sea proporcionado), constitucionalizado en los artículos 3 y 27, párrafo 1, cost., que imponen el tratamiento diferenciado de las situaciones distintas y la inevitable justicia de la pena, intrínseca en el carácter personal de la responsabilidad. Constituye, no sólo el criterio del **an**, sino también el de la predeterminación legislativa del tipo y la medida de la pena. Los elementos de base para determinar la gravedad del hecho son, desde un punto de vista objetivo, el rango de los bienes, según la jerarquía resultante de la Constitución y de la actual realidad socio-cultural, y el grado y gravedad de la ofensa; desde un punto de vista subjetivo, el tipo de culpabilidad.

Pero la proporcionalidad es también el límite para la aplicación de la legítima defensa: la eximente no opera si comporta el sacrificio de un bien desproporcionadamente más relevante que el que halla en estado de peligro, teniendo cuenta todas las circunstancias objetivas concurrentes y, por consiguiente, las características concretas de la ofensa, además de los medios de los que se dispone para contrarrestarla. En tema de medidas cautelares de carácter personal, el art. 275 c.p.p., en el párrafo 1, prevé que «en el momento de disponer las medidas, el juez toma en cuenta la específica idoneidad de cada una en relación a la naturaleza y al grado de las exigencias cautelares que han de satisfacerse en cada caso»; en el párrafo 2 que «cada medida tiene que ser proporcionada a la entidad del hecho y a la sanción que se piense que pueda ser impuesta»; en el párrafo 3 que «la custodia cautelar en la cárcel puede ser dispuesta solamente cuando cualquier otra medida resulte inadecuada», limitando la discrecionalidad del juez, de tal modo que en la elección de la medida cautelar que se debe aplicar al acusado, tiene que tener en cuenta, además de los elementos objetivos, subjetivos y la personalidad del mismo, también la idoneidad de la medida elegida para satisfacer las concretas exigencias cautelares ex art. 214 c.p.p.

II. LA DENOMINADA PROPORCIONALIDAD “HORIZONTAL”.

Los ejemplos puestos proceden de relaciones de tipo vertical, que se instauran entre sujetos públicos, que ejercitan poderes del Estado, y los ciudadanos. Sin embargo, el principio rige también en las relaciones de tipo horizontal, esto es, las que se dan entre particulares que actúan como sujetos de Derecho privado, tal y como en diferentes ocasiones han tenido ocasión de constatar los jueces europeos⁴. En el ordenamiento italiano, podemos encontrar una aplicación

4 Trib. I grado, 30 aprile 1998, n. 16/96, Racc., 1998, II, p. 757 y ss., donde está resaltada la vigencia del principio en el contrato. El enfoque según el cual resulta oportuna la aplicación del principio de proporcionalidad a las relaciones entre privados se atribuye a PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rassegna diritto civile*, 2001, pp. 341 y ss., ahora en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2003, pp. 441 y ss.; *Id.*, “Nuovi profili del contratto”, *Rassegna diritto civile*, 2000, pp. 560 y ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006, pp. 379 y ss.; *Id.*: “Il principio di legalità nel diritto civile”, *Rassegna diritto civile*, 2010, pp. 184 y ss.; *Id.* y IMBRENDA, M.: “Autonomia contrattuale, proporzionalità e ragionevolezza”, en AA. VV.: *Manuale di diritto civile* (coord. P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2014, pp. 453 y ss.

“horizontal” del principio en el Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, núm. 196, del denominado Código de la *privacy*, según el cual el tratamiento de los datos personales «no debe exceder de las finalidades por las cuales son recogidos o tratados sucesivamente» (art. 11, párrafo 1, letra d) y, «guardados [...] por un período de tiempo no superior al necesario a los objetivos por los cuales estos han sido seleccionados o sucesivamente tratados (letra. e)». Se trata de un principio de alcance general que se proyecta sobre toda la legislación en la materia (en numerosas ocasiones el precepto es nombrado por la Ley), que procede del Derecho Comunitario.

Además, como ya se ha tenido ocasión de subrayar, tampoco faltan referencias al principio en el código civil y en la leyes especiales, sobre todo, por lo que aquí nos interesa, en materia de obligación y contratos, donde hay diversas las normas que se refieren a la proporcionalidad, algunas de ellas, exigiendo la concurrencia de otras circunstancias, otras codificando directamente situaciones de desequilibrio objetivo (la llamada «proporzionalità legale»)⁵.

Hay, así, que tener en cuenta la rescisión por lesión ex art. 1447 ss. c.c., en la que a la desproporción causada por el estado de necesidad de una parte se añade el aprovechamiento de la otra y el ordenamiento reacciona consintiendo a la parte tutelada optar por el ejercicio de la acción rescisoria; la reducción de la cláusula penal manifiestamente excesiva ex art. 1383 c.c.; la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida ex 1467 cc., y el art. 1525 c.c., que impide la resolución de la venta con reserva de dominio en caso de falta de pago de una sola cuota del precio aplazado.

Los casos antes mencionados son los más significativos, como expresión de un principio de proporcionalidad, que también opera en las relaciones entre particulares. Se trata de un planteamiento que ha sido confirmado, incluso, por algunos pronunciamientos de la Corte de Casación, por ejemplo, en el caso de la reducción de oficio de la cláusula penal y de la cláusula de traslación del riesgo en el

5 Para su aplicación en las relaciones privadas, en el marco europeo, CASUCCI, F.: *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, ESI, Napoli, 2001, *passim*; BORTOLUZZI, A.: “Proporzionalità”, *Digesto discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 2007, pp. 1090 y ss., opta por reconocer al principio de proporcionalidad un carácter transversal «en cuanto coincidiría con una lógica aplicable a todos ordenamientos jurídicos y a todas disciplinas de derecho», y que el mismo, entonces, existe en el derecho privado; con este fin menciona los trabajos de BEHAR-TOUCHAIS, M.: “Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?”, *Petites affiches*, 1998, num. 117, pp. 3 y ss. (se trata de la introducción al encuentro organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Paris V sobre el principio de proporcionalidad en el derecho de los contratos y empresas del 20 de marzo 1998) y de POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris, 2006, *passim*. Para específicas aplicaciones en el derecho civil, CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Napoli, 2000, pp. 8 y ss.; POLIDORI, S.: “Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto”, *Rassegna diritto civile*, 2004, pp. 686 y ss.; *Id.*: “L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi”, en *ibidem*, 2016, pp. 569 y ss.; PERLINGIERI, G.: “Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *Domenico Rubino. I Maestri italiani del diritto civile a cura della Società italiana degli Studiosi del diritto civile (S.I.S.D.I.C.)* (coord. por P. Perlingieri y S. Polidori), ESI, Napoli, 2009, pp. 1003 y ss.

contrato de *leasing*. En particular, el principio, que encuentra reconocimiento en la Constitución, debe entenderse, en una primera aproximación, como proporción o cuantificación entre elementos homogéneos y concurre, junto con los principios de razonabilidad y de adecuación, para dar lugar al parámetro de control sobre el merecimiento de tutela del acto de autonomía contractual. Este último, de hecho, para ser merecedor de tutela, según el ordenamiento jurídico italiano, que se haya impregnado por la solidaridad, la igualdad, la tutela de la persona, no puede ser una simple expresión de la libre voluntad de vincularse jurídicamente, sino que debe poder ser encuadrado en el sistema de los principios constitucionales, que establecen la medida de la razonable ponderación entre los intereses y valores que concurren en el caso concreto. Tal planteamiento se contrapone a la visión de la autonomía contractual como libertad abstracta de autorregulación de las relaciones jurídicas, desde una perspectiva individualista, que sitúa la voluntad del sujeto en el centro del ordenamiento.

III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA HIPOTECA.

Para verificar si en materia de hipoteca el Código civil italiano contiene disposiciones que puedan confirmar la tesis de la proporcionalidad entre deuda y garantías, hay que examinar, ante todo, las normas sobre la inscripción, para después ponerlas en relación con las de la reducción. Debemos partir del principio de especialidad previsto en el art. 2809, párrafo I, c.c., conforme al cual la garantía ha de «ser inscrita sobre bienes especialmente determinados y por una suma determinada de dinero»⁶. La especialidad se refiere al objeto, dado que, cualquiera que sea el título, ha de recaer sobre bienes especialmente determinados, sin que en el ordenamiento jurídico italiano sean admisibles hipotecas generales, que graven indistintamente bienes (todos o parte de ellos) del patrimonio del deudor –o del tercero que las constituye– susceptibles de ser hipotecados (llamadas *omnibus*).

La especialización se refiere también a la deuda garantizada, de modo que en la nota de inscripción hipotecaria presentada al Registrador debe estar indicado el importe máximo por el que responde el bien, dicho en otras palabras, la medida cuantitativa de la satisfacción del derecho del acreedor. Este último podrá ejercer el derecho preferente de cobro sobre lo obtenido en la venta forzosa del bien con el límite máximo de la cantidad que figure en la inscripción; y ello, aunque la misma fuera inferior al importe del crédito garantizado; si, por contrario, fuera superior

6 Según la doctrina este requisito es necesario para salvaguardar los derechos de los acreedores terceros del constituyente de la garantía del riesgo que el patrimonio del deudor disminuya con facilidad en violación de la regla *par condicio creditorum*, GORLA, G. y ZANELLI, P.: “Del pegno, delle ipoteche”, en AA.VV.: *Commentario al codice civile Scialoja Branca* (coord. por F. Galgano), 4ª ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, p. 383; y, junto a la publicidad de las hipotecas, cuyo fin es que los otros acreedores conozcan el preciso nivel de su deuda, CHIANALE, A.: en *Digesto discipline privatistiche Sezione civile, X, Ipoteca*, UTET, Torino, 1993, pp. 158 y ss.; *Id.*, en *Trattato di diritto civile*, (coord. por R. Sacco), *L'ipoteca*, UTET, Torino, 2010, p. 93, que considera inaplicable a la hipoteca el art. 1938 c.c. relativo al fiador.

a su importe, el acreedor hipotecario podrá satisfacer enteramente su crédito. Como es sabido, el principio de especialidad de la hipoteca fue introducida en las codificaciones de la Europa continental con el objetivo de asegurar la circulación de los bienes y fomentar la concesión del crédito, como reacción a la costumbre del *Ancien Régime* de utilizar hipotecas generales y ocultas. Las primeras, gravando todos los bienes del deudor; comprimían excesivamente su patrimonio; las segundas perjudicaban a los terceros acreedores, lo que resultaba contrario «a los principios modernos que se iban afirmando en materia de responsabilidad patrimonial, esto es, el de publicidad de los gravámenes sobre los bienes, el de la proporcionalidad entre deuda y garantía, y el de *par condicio creditorum*»⁷. Los bienes gravados tienen que estar indicados en la nota de inscripción de cada tipo de hipoteca, incluso en las judiciales, en las cuales el título puede ser general y, por lo tanto, determinar genéricamente todos los bienes del deudor susceptibles de ser hipotecados. En particular, para las voluntarias, el código prescribe que tienen que estar «específicamente designados» (art. 2826 c.c.) en el acto de constitución, por lo que son deducibles del título de inscripción. La misma previsión se contiene en el art. 2817, n.1 y 2, c.c. para las legales. Por el contrario, en las hipotecas judiciales, considerada la generalidad del título, la determinación de los bienes (a no ser que se contenga en el mandamiento judicial) corresponde al acreedor, el cual, en el ejercicio de tal facultad, no puede inscribir bienes de valor superior a un tercio del crédito garantizado, sumando los accesorios ex art. 2855 c.c.

El poder del acreedor de determinar unilateralmente los bienes afectados responde a la exigencia de hacer prevalecer en el momento de la inscripción su interés a una rápida aseguración de su garantía, respecto al del deudor; con el fin de evitar que en los registros inmobiliarios consten datos que se correspondan con su real situación patrimonial, como sucedería con la imposición de gravámenes excesivos. No obstante, el deudor, en un momento sucesivo, podrá hacer valer sus propias razones para la reducción: el código, de hecho, prevé que, en caso de exceso en la inscripción, el deudor tiene el derecho de pedir la reducción «a solamente una parte de los bienes» originalmente hipotecados o a alguna parte perfectamente determinada – o fácilmente distinguible— de las que esté compuesto el único bien gravado (art. 2872, párrafos 1 y 2, c.c.). La restricción no es posible cuando los bienes sujetos a la garantía hayan sido determinados mediante acuerdo (o acto unilateral) o por sentencia (art. 2783, párrafo 1, c.c.). El principio de especialidad hipotecaria también se proyecta sobre la suma garantizada: la indicada en la nota de inscripción no se identifica con el crédito garantizado, pudiendo éste resultar de una obligación pecuniaria que todavía no es líquida o de una obligación distinta a la de dar dinero, de hacer o no hacer. No obstante, en el caso en el que el título

7 BUSSANI, A.: "L'attuale rilevanza delle garanzie immobiliari", intervención a la jornada de estudios en tema de «Responsabilità patrimoniali e garanzie», Roma, 30 septiembre – 2 octubre 2002, en <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7980.pdf>, p. 20.

indique ya el importe pecuniario garantizado (crédito efectivo), es a éste al que hay que remitirse para la determinación de la suma asegurada.

El interesado, por lo tanto, no podrá inscribir la hipoteca por un monto mayor; lo que sí podrá suceder es que en el acto de constitución se indique una suma inferior, con lo que se limitará el *quantum* garantizado para la satisfacción del derecho de crédito. Cuando, en cambio, la suma garantizada no sea «determinada de otro modo en los actos en base a los cuales está hecha la inscripción o en acto sucesivo», como por ejemplo, en el caso de hipoteca judicial, en la que la sentencia contenga la condena al resarcimiento de daños que deban liquidarse en un juicio separado, o en el de la hipoteca voluntaria constituida en garantía de un crédito no líquido, etc., para hacer posible la rápida aseguración de la garantía, el código prevé que sea establecida por el acreedor en el momento de la inscripción (art. 2838, párrafo 1, c.c.), el cual, sin embargo, no goza de completa libertad para cuantificar la suma, debiendo tener en cuenta en cada caso, aunque sea por aproximación, el previsible valor económico que tendrá el crédito en el momento de la liquidación o el de la conversión en dinero del no pecuniario.

El deudor (o el hipotecando no deudor) que considere la suma inscrita excesiva respecto al presumible monto del crédito, podrá pedir la reducción -respetando el excedente del quinto ex art. 2876 c.c.-, siempre que la determinación no haya tenido lugar mediante sentencia o acuerdo (arts. 2872 y 2873, párrafo 1, c.c.), o sea, cuando el juez o el mismo acreedor unilateralmente o de acuerdo con el deudor, no hayan efectuado la previsión aproximada de la liquidación. Además, está prevista una hipótesis diferente de reducción de la suma garantizada, que no hace referencia, como en los casos que preceden, a un exceso de inscripción, sino a la ejecución de pagos parciales que hayan extinguido, al menos, un quinto de la deuda original (art. 2873, párrafo 2, c.c.), o sea, como es reconocido por la doctrina, a una extinción parcial del crédito (compensación, etc.). Un mecanismo de reducción similar se encuentra en el Decreto legislativo n. 385 del 1983 (Texto único bancario) que, en materia de crédito inmobiliario, permite al deudor que haya extinguido un quinto de la deuda, de pedir la reducción de la hipoteca (art. 39, párrafo 5, cit.).

La norma especial va más allá de la previsión del código, que permite la reducción de la suma, admitiendo también la de los bienes («parcial liberación de uno o más inmuebles hipotecados»), cuando se documente que «los restantes bienes vinculados constituyen una garantía suficiente para el pago de las sumas todavía debidas», según las directrices emitida por la Banca de Italia en virtud del art. 38 del Texto único bancario, que fijan la suma máxima de la financiación inmobiliaria en relación al valor de los bienes hipotecados.

En los casos que acaban de ser descritos, definidos por la doctrina como de «reducción impropia»⁸, se asiste a una «reducción proporcional de la garantía» en la fase ejecutiva, en otras palabras, a un reequilibrio de las posiciones del acreedor y del deudor, que en el desarrollo de la relación han sufrido una alteración. El panorama descrito demuestra que el legislador, al establecer las normas sobre la inscripción y la reducción ha tenido como punto de referencia constante la exigencia de ponderación (mejor dicho, de proporcionalidad) del crédito y de la garantía a él vinculado, sea en la fase genética de la constitución, con las previsiones relativas a la verdadera y propia reducción, sea en la sucesiva de la ejecución, con las prescripciones relativas a la denominada “reducción impropia”.

El principio no pierde su carácter general, a pesar de los casos en los que la regla de la reducción no es aplicable, es decir, la hipoteca voluntaria y judicial, cuando «la cantidad de los bienes o la suma haya sido determinada mediante acuerdo o por sentencia» (art. 2873, párrafo 1, c.c.).

De hecho, tales exclusiones son congruentes con las normas sobre la reducción, ya que hacen referencia a hipótesis en las cuales la suma o los bienes que deben inscribirse, hayan sido determinados de un modo adecuado para garantizar *a priori* el respeto a la necesaria ponderación entre el crédito y la garantía, es decir, con la intervención del juez, con un acto unilateral del deudor o con el acuerdo entre las partes, siendo ilógico prever en beneficio del deudor la posibilidad de pedir sucesivamente la reducción en un marco regulatorio decidido por un órgano público en posición de objetividad o querido directamente por él mismo. Por lo tanto, se puede concluir que ya en las reglas del código relativas a la hipoteca era posible entrever la actuación de un principio de proporcionalidad, de equilibrio entre crédito y garantía, desde el momento en que la satisfacción del interés del acreedor no puede llevar a imponer un gravamen excesivo en relación al crédito garantizado, sacrificándose, así, injustamente la posición del deudor. Este principio, gracias al reconocimiento en la Carta Constitucional del más general de igualdad sustancial (proclamado en el art. 3, párrafo 2, cost., con tendencia a la eliminación de desigualdades de hecho, y al que también se refieren los arts. 36, 38, 42, 53 y 97 cost.), ha sido sensiblemente reforzado, adquiriendo un valor axiológico que lo convierte en el parámetro justificativo primario de las disposiciones normativas que regulan las relaciones privadas. La proporcionalidad, por lo tanto, además de constituir el principio inspirador de la legislación en materia de hipoteca, extiende su esfera de actuación, pasando a ser el valor fundamental que debe orientar a los intérpretes al dar significado a las disposiciones a ella dedicadas (colmando, de igual manera, eventuales lagunas). Es, además, un precepto directamente aplicable en la estimación de las conductas en orden a la realización de los valores que

8 RUBINO, D.: *Trattato diritto civile e commerciale*, (coord. por Cicu y Messineo), *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 483.

afirma y a los que sirve de parámetro para llevar a cabo el control del acto de autonomía privada en orden de la determinación de si el mismo es merecedor de la tutela del ordenamiento jurídico⁹.

A la luz de estos argumentos, se plantea la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas que pueden derivar de un acto unilateral o de un acuerdo, por el que el deudor -para un crédito determinado o no líquido- ofrezca o convenga una garantía que vaya más allá de los parámetros del “no exceso” fijados por el legislador para determinar el límite de la cautela a los fines de la reducción de las hipotecas legales y judiciales.

Se trata, en particular, de los casos en los cuales, aun estando determinado en su cuantía el crédito que se quiere garantizar, con un acto de autonomía privada la hipoteca sea libremente concedida por una suma desproporcionada respecto al crédito del cual es accesoria; o también, cuando, la inscripción se haga en relación a bienes con un valor exorbitante. Evidentemente, son situaciones diferentes de las ya analizadas, en las cuales existía una divergencia entre la suma o los bienes indicados en la nota de inscripción y lo que resultaba del título, mientras que en este caso la desproporción se da en la relación entre la entidad del crédito y lo que contiene el título.

Otra hipótesis es el caso de la constitución o del acuerdo para constituir una garantía que exceda del presumible monto de un crédito que todavía no ha sido exactamente determinado. La atención debe, por lo tanto, necesariamente trasladarse al campo de la autonomía negocial, examinando la concreta reglamentación de intereses actuada, para verificar si ésta es conforme a las prescripciones del Derecho, con particular referencia al elemento causal, sobre el cual se concentran los intereses específicos perseguidos por las partes.

La reflexión, por lo tanto, se centra en la valoración del merecimiento de tutela del concreto acto negocial (*rectius* de la causa) que haya dado lugar a un composición de intereses desproporcionada: un exceso de garantías a favor del acreedor, al que corresponda un gravamen excesivo sobre el patrimonio del deudor que, independientemente de un estado de necesidad, de aprovechamiento o de otras situaciones subjetivas, hiciese muy difícil la circulación del bien, así como su utilización ulterior para garantizar futuros accesos al crédito. En otros términos, hay que preguntarse si el ordenamiento puede conceder protección a un acto de constitución unilateral o a un acuerdo que en el título hipotecario incluya una suma exagerada o grave una cantidad de inmuebles que exceda toda prudencia. Aquí el examen de la autonomía privada no concierne al control de la ilicitud de la causa (esto es, a su contrariedad a los valores fundamentales del ordenamiento), ya que

9 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 384.

el denominado “control de merecimiento”, hace referencia a su conformidad a una función jurídicamente y socialmente útil (es decir, a la realización de los valores fundamentales que caracterizan el ordenamiento mismo)¹⁰. Sobre este terreno el control está destinado a un resultado negativo, dando lugar a una composición de intereses divergente respecto de los valores preminentes de igualdad, de proporcionalidad y de justicia. Cuando el resultado del juicio, de no merecimiento de tutela, fuera la nulidad del acto (ex art. 1418, párrafo 1, c.c.) y, por ello, la nulidad de la misma hipoteca inscrita en base a un título inválido, con la consecuente caducidad de la garantía del crédito, se verificaría una consecuencia excesivamente perjudicial para el acreedor, el cual se encontraría sin garantías específicas. Es evidente, por lo tanto, que la aplicación de este remedio privaría injustamente al acreedor de la garantía específica, provocando un efecto desproporcionado en relación con el uso de otros remedios más adecuados a las exigencias antes mencionadas. La solución, entonces, podría ser buscada, justamente, dando relieve a los intereses concurrentes, en una secuencia lógica consistente en «controlar qué intereses están efectivamente involucrados, ponderarlos en la lógica del sistema y, por último, determinar la medida más adecuada para su tutela»¹¹. Con la búsqueda de la solución más apropiada a las exigencias del caso concreto es posible superar las rígidas delimitaciones fijadas por el legislador a través del uso de otros remedios. Esto es, no solo recurriendo a la *analogia legis*, sino también insistiendo en los contenidos normativos de los principios de igualdad sustancial, de proporcionalidad y de razonabilidad. El remedio más idóneo para éste caso, en particular, puede ser recabarse justamente de la disciplina de la hipoteca, en las disposiciones sobre la reducción que el código reserva a las legales y judiciales, con el objetivo de asegurar la proporcionalidad entre la garantía y la deuda. La consecuencia de la falta de merecimiento de tutela, desde la óptica de la conservación de la operación comercial sería, por tanto, hacer más equitativa la composición de los intereses mediante la intervención del juez, el cual podría determinar la medida cuantitativa de la proporción, precisamente, en los límites fijados por el código para la reducción. Por otro lado, en la jurisdicción y en la doctrina se ha observado que la violación de una específica norma imperativa no comporta necesariamente la nulidad (virtual) del contrato, en el caso de que tal remedio resulte desproporcionado e irracional en relación «a la ratio de la prohibición» y a los intereses involucrados en el caso concreto (art. 1418, párrafo 1, c.c.), en otras palabras, lleve a un «resultado excesivo respecto a la actuación de los intereses [involucrados y] protegidos por la norma violada». Desde esta perspectiva la locución según la cual «el contrato es nulo cuando sea contrario a las normas imperativas, a menos que la ley disponga de manera diferente», ex art. 1418, párrafo 1, c.c., exige al intérprete, no solo verificar

10 PERLINGIERI, P. y FEDERICO, A.: “Illiceità ed immeritevolezza della causa”, en AA.VV.: *Manuale*, cit. p. 446.

11 PERLINGIERI, P.: “Il giusto rimedio nel diritto civile”, *Giusto processo civile*, 2011, p. 3; PERLINGIERI, G.: “Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae”, *Rassegna diritto civile*, 2011, pp. 665 y ss.

si la ley dispone lo contrario, sino también si la ponderación de los intereses y de los valores anteriormente mencionados impone, teniendo en cuenta la eficiencia de los instrumentos técnicos utilizados, una solución diferente y más adecuada a los intereses y a las consecuencias judiciales a las que el remedio elegido conduce.

