LA HIPOTECA INMOBILIARIA

La hipoteca inmobiliaria: concepto, caracteres y clases. Requisitos subjetivos. Cosas y derechos susceptibles de ser hipotecados. Efectos y extensión.

I. LA HIPOTECA INMOBILIARIA: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES

1. Concepto y naturaleza de la hipoteca inmobiliaria

Los arts. 1.876 C.C., y 104 L.H. definen la hipoteca diciendo que “sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”. Con mejor criterio, ROCA SASTRE la define como un “derecho real accesorio, indivisible, de constitución registral y recayente sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y que sujeta inmediatamente lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo ello en garantía de la efectividad de una obligación dineraria”.

2. Caracteres

La hipoteca inmobiliaria, en definitiva,

1) Es un derecho real de realización del valor. El carácter real deriva claramente de los arts. 2 y 104 L.H., además de ser reiteradísima doctrina jurisprudencial y de la D.G.R.N., aunque ha sido contestado por algunos autores, como CARNELUTTI, GIORGIANNI o, en nuestro país, DE LA CÁMARA.

2) De constitución registral. Se constituye por su inscripción en el Registro de la Propiedad y en los términos de la inscripción (arts. 1.875 C.C. y 130, 145 y 149 L.H.).

3) Indivisible. Así, los arts. 1.860 C.C. y 122 L.H., el cual afirma que la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 123 y 124 L.H. La indivisibilidad admite pacto en contrario (cfr. arts. 123 y 124 L.H.). La hipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte*.

4) Accesorio o inseparable del crédito al que garantiza y asegura (cfr. arts. 1212 y 1.528 C.C.). La hipoteca no se puede transmitir sino con el crédito que asegura (cfr. art. 1.528 C.C.).

5) Grava bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables (vid. arts. 1.857, 1.858, 1.874 C.C. y 106 L.H.). En nuestro sistema no se admite la llamada hipoteca de propietario (R.R. 22 marzo 1988 y 5 noviembre 1990).

6) No implica la desposesión de los bienes.

7) Su finalidad es garantizar o asegurar la satisfacción de un crédito dinerario o económicamente valuable mediante la realización del valor del bien dado en hipoteca.

3. Clases de hipotecas inmobiliarias

A) Hipotecas voluntarias e hipotecas legales expresas y tácitas

En virtud del art. 137 L.H., las hipotecas pueden ser, por su origen, voluntarias y legales. Las hipotecas voluntarias, que son siempre expresas, las define el artículo 138 L.H. al señalar que son las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan. Las primeras se llaman convencionales, contractuales o bilaterales; las segundas son las unilaterales.

Las hipotecas legales tienen su origen en una concreta disposición legal y pueden ser expresas o tácitas. En las expresas, la ley concede un derecho a exigir la constitución de una determinada hipoteca (art. 158 L.H.), la cual requiere la inscripción del título en cuya virtud se constituyan (art. 159 L.H.). No la requieren, en cambio, las tácitas, las cuales se constituyen *ope legis*, sin necesidad de título ni de inscripción.

B) Hipotecas ordinarias o de tráfico e hipotecas de seguridad

Se llama hipoteca ordinaria o de tráfico aquella en la que el crédito garantizado accede al Registro de la Propiedad con todas sus determinaciones y elementos: su existencia es cierta y su cuantía conocida.

La hipoteca es de seguridad si en el Registro de la Propiedad consta solamente el crédito garantizado en sus líneas básicas o de una manera no determinada: es incierta la existencia del crédito o es indeterminada su cuantía. Son hipotecas de seguridad: i) La hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales; ii) La hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador; iii) La hipoteca en garantía de una gestión, como la del tutor; iv) La hipoteca llamada de máximo, como la de cuenta corriente de crédito.

C) Otras clasificaciones: hipotecas de capital e hipotecas de renta; solidarias y especiales; comunes y preferentes

Según la hipoteca garantice una obligación de cumplimiento unitario o de pago periódico (rentas o pensiones periódicas), la hipoteca es de capital o de renta (para ésta, art. 157 L.H.).

Si la hipoteca grava varias fincas, pero sin determinar la responsabilidad dineraria de cada una de ellas, se denomina hipoteca solidaria; si determina tal responsabilidad dineraria, se llama especial. En general, puede decirse que la Ley hipotecaria prohíbe las hipotecas solidarias (y subsidiarias) para “no aminorar el crédito territorial del deudor ni proteger las inmoderadas exigencias de los prestamistas” aunque se regula alguna excepción *ex art. 123 L.H. (cfr. R. 16 marzo 1929)*

Si ostenta un rango ordinario, la hipoteca es común; si el rango es privilegiado, preferente.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS

1. Sujetos de la hipoteca

A) *El acreedor hipotecario y el deudor*

Normalmente, los sujetos de la hipoteca son el deudor y el acreedor de la relación jurídica obligacional garantizada. Se denominan acreedor hipotecario y deudor. Mas así como el acreedor del crédito y el acreedor hipotecario coinciden necesariamente, no es preciso que coincidan el deudor o sujeto pasivo de la obligación garantizada y el hipotecante (el cual puede ser un tercero, llamado hipotecante no deudor).

El sujeto pasivo de la hipoteca, dice ROCA SASTRE, es el propietario de la finca o titular del derecho real hipotecado, con independencia de que sea o no también deudor personal del crédito garantizado.

B) *El hipotecante no deudor*

Es la persona que, sin estar obligada personalmente, hipoteca voluntariamente un bien propio en garantía de una deuda ajena. No se trata de un fiador, pues nunca se convierte en deudor y su responsabilidad se ciñe al bien dado en hipoteca. No es tampoco un tercero respecto de la hipoteca toda vez que voluntariamente conviene e hipoteca.

Respecto del deudor personal, cuyo consentimiento no es necesario, la constitución de la hipoteca puede ser un acto oneroso o gratuito, pero la posición jurídica del obligado no podrá resultar agravada, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos entre el acreedor y el hipotecante no deudor.

El hipotecante no deudor ostenta el derecho que confiere el art. 1.852 C.C. Sin embargo, no gozan de las ventajas de los arts. 112 y 113 L.H. ni la de los arts. 114 y 115 L.H. respecto del tipo de intereses.

C) *El tercer poseedor o adquirente de finca hipotecada*

Ni el Código civil, ni la Ley hipotecaria ofrecen un concepto del mismo. La Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento lo define, a los efectos de la propia Ley, en el art. 81-2, en los siguiente términos: "a los efectos de esta Ley, tercer poseedor es el que adquiera, de conformidad con el artículo cuarto, los bienes hipotecados o pignorados, o sea, con el consentimiento del acreedor" (*vid.* art. 4 L.H.M.P.S.D.).

ROCA SASTRE lo define como el adquirente, ya a título oneroso ya a título gratuito, de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, que reúne la condición de tercero porque no está personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada, ni directa ni indirectamente, ni participó en la constitución de la hipoteca. Su afección respecto del gravamen de hipoteca es una afección real, consecuencia del carácter real de la hipoteca.

Según la doctrina mayoritaria, el tercer poseedor es un deudor que responde pero no debe. En contra, ha entendido CÁMARA que el tercer poseedor responde y debe

porque con la finca ha adquirido una auténtica deuda y no una responsabilidad eventual y futura (así, art. 1.879 C.C y arts. 126 y 127 L.H. y 221 R.H.).

2. Capacidad para constituir la hipoteca

La constitución de hipoteca es un acto de gravamen y, por tanto, de disposición. Por ello, el art. 138 L.H. establece, respecto de las hipotecas voluntarias, que sólo podrán constituir hipoteca voluntaria quienes tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados por ello con arreglo a las leyes. Además, el art. 1.857-2 C.C. exige que el hipotecante sea propietario de la cosa inmueble objeto de hipoteca.

Por tanto, para constituir hipoteca inmobiliaria se requiere i) poder de disposición; y ii) capacidad para enajenar. Pero se debe tomar en consideración otras normas de capacidad y legitimación. Así:

a) En los supuestos de comunidad, se requiere el acuerdo unánime de los comuneros (arts. 397 C.C. y 217 R.H.).

b) Respecto de los bienes del declarado ausente, es necesaria la declaración judicial de la necesidad o utilidad evidente (art. 186 i.f.).

c) El menor emancipado precisa los mismos requisitos que para enajenar, *ex* arts. 323 y 324 C.C.

d) Respecto de la enajenación o gravamen impuesto por los padres sobre bienes inmuebles del hijo, se precisa autorización judicial *ex* art. 166 C.C.

e) Si los inmuebles pertenecen a un pupilo, el tutor necesita autorización judicial (arts. 271-2 y 272-2, 4 y 5 C.C.).

f) Respecto de la vivienda habitual familiar, se precisa el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, aunque el inmueble pertenezca a uno solo de los cónyuges. Vid. art. 1.320 C.C.

g) Si son bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales, rige la norma del artículo 1.377 C.C.: consentimiento de ambos cónyuges y, en defecto del de uno de ellos, autorización judicial.

En cualquier caso, los requisitos de capacidad subjetiva deben concurrir en el momento de la constitución del derecho real de hipoteca, no en el momento de su inscripción registral.

La hipoteca puede ser constituida por medio de representante voluntario. Así, dice el art. 139 L.H. que “los que con arreglo al artículo anterior tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado, con poder especial bastante”. El mandato debe ser expreso como impone su objeto o contenido (art. 1.713, párrafo segundo C.C.) y debe constar en escritura pública (art. 1.280-5 C.C.).

El acreedor hipotecario necesita capacidad general para contratar.

3. Constitución de la hipoteca

A) La constitución de las hipotecas voluntarias

Las hipotecas voluntarias se constituyen mediante el contrato de hipoteca o bien unilateralmente por disposición del dueño del bien inmueble sobre el que se establezca. Se pueden constituir mediante *trasmisión* o mediante *deductio* o reserva. La *trasmisión* significa que el titular del bien inmuebles impone o constituye sobre el mismo un derecho real de hipoteca en favor del titular del crédito que garantiza, es decir, del acreedor (hipotecario). Mediante la *deductio* o reserva el titular del bien inmueble transmite su titularidad pero reteniendo el derecho real de hipoteca en garantía del crédito que a su favor surge por la transmisión del bien (R.R. 13 mayo 1968, 4 noviembre 1968). De la utilización de una u otra vía depende el sujeto al que se exigirá la capacidad para hipotecar, pues no es lo mismo hipotecar un bien inmueble propio que adquirir un bien ya hipotecado.

Las hipotecas voluntarias sólo quedan válidamente constituidas si:

1. Se constituyen en escritura pública, aunque este requisito conoce algunas excepciones.
2. Dicha escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad, de manera que la inscripción tiene carácter constitutivo (arts. 145 y 159 L.H. y 1.875 C.C.).

B) La constitución unilateral de la hipoteca

El régimen de la constitución unilateral de la hipoteca se regula en los arts. 141 L.H. y 237 R.H. La constitución unilateral de la hipoteca se produce mediante un acto jurídico unilateral del dueño de los bienes sobre los que se establezca (art. 138 L.H.). La doctrina se ha entretenido en determinar la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral: consentimiento formal (JERÓNIMO GONZÁLEZ), expectativa de derecho (ALBALADEJO), hipoteca sujeta a condición suspensiva, derecho real de adquisición (preferente) de hipoteca (ROMERO VIEITEZ), reserva de rango (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) etc., pero, como fuere, el problema se centra en la determinación de los efectos. Desde esta perspectiva, es fundamental tomar en consideración que los efectos de la aceptación del acreedor se retrotraen al momento de la constitución de la hipoteca, es decir, produce efectos *ex tunc* y no *ex nunc*. Así, parece que nos hallamos ante una reserva de rango en favor del acreedor, que debe mantenerse durante dos meses, a contar desde el requerimiento realizado a efectos de la aceptación del acreedor. Transcurrido dicho plazo, la hipoteca se podrá cancelar a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (art. 141, párrafo segundo). Por tanto, los dos efectos fundamentales de la hipoteca unilateral son: la reserva de rango y la posibilidad de cancelación unilateral.

Son hipotecas unilaterales, entre otras, las constituidas en garantía de rentas y prestaciones periódicas (arts. 157 L.H. y 248 R.H.) y las constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (arts. 154 y sigs. L.H.).

C) *La promesa de hipoteca y el llamado pacto de contrahendo*

La promesa de hipoteca, dice el art. 1.862 C.C., sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal. El incumplimiento de la promesa facultará al otro contratante para solicitar la resolución del contrato o exigir su cumplimiento, es decir, como dice expresamente el art. 1.862, ejercitar la acción personal, la cual se dirigirá a la obtención del cumplimiento de la promesa, a la constitución de la hipoteca, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios irrogados.

Supuesto teóricamente distinto es aquél en que el contrato de hipoteca no consta en escritura pública, pues aquí ya se ha manifestado el consentimiento para hipotecar aunque sin observar la forma sustantiva. Sin embargo, a efectos prácticos se debe equiparar a la promesa de constituir hipoteca.

Finalmente, si la escritura no se ha inscrito en el Registro, no hay hipoteca, pero el acreedor dispondrá de un título ejecutivo, sin perjuicio de los efectos del contrato *inter partes*.

D) *La constitución de las hipotecas legales*

Las hipotecas legales, dice el art. 158 L.H., son solamente las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter. La hipoteca legal no significa que dicha garantía quede constituida *ope legis* sino que las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal tienen derecho a exigir del obligado o del Juez o Tribunal su constitución sobre bienes suficientes para garantizar su derecho (art. 158 L.H.). Si el obligado no presta su consentimiento, la constitución de la hipoteca se realizará por los Tribunales (vid. art. 165 L.H.), que en determinados supuestos deben proceder de oficio (cfr. art. 166 y concord. L.H.).

Las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca pueden requerirla, como dice el art. 160 L.H., sobre “cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla, en cualquier tiempo”, es decir, sobre bienes concretos y suficientes (vid. art. 162, párrafo segundo L.H.) para garantizar su derecho.

La constitución de la hipoteca legal expresa requiere, para quedar válidamente establecida, la inscripción del título en cuya virtud se constituya (art. 159 L.H.) y, desde entonces, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más especialidades que las establecidas en la Ley hipotecaria (art. 161). La Ley hipotecaria regula los supuestos de hipoteca total (arts. 169 a 183), hipoteca por bienes reservables (arts. 184 a 189), hipoteca por los bienes de los que están bajo la patria potestad (arts. 190 y 191), hipoteca por razón de la tutela (art. 192) y, finalmente, otras hipotecas legales, en las que se incluyen supuestos de hipotecas legales tácitas, en los arts. 193 a 197.

Las hipotecas legales tácitas, como deriva de su propia naturaleza, no precisan acto alguno de constitución ni de inscripción en el Registro de la Propiedad. Se constituyen automáticamente, *ex lege*, si bien es dudoso que se trate de verdaderas hipotecas y no de créditos privilegiados (vid. arts. 194 y 196 L.H.).

III. COSAS Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADOS

Los citados arts. 1.876 C.C. y 104 L.H. se refiere vagamente a los “bienes sobre los que se impone”, sin determinar, pues, cuáles son tales bienes. La determinación de dicho objeto la establece los arts. 106 y 107 L.H. así como, a contrario, el art. 108 L.H.

1. Bienes que pueden ser hipotecados

De los arts. 1.874 C.C. y 106 L.H., deriva que sólo pueden ser objeto de hipoteca:

1º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción

2º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.

El art. 107 L.H. contiene una extensión del propio art. 106 L.H. al señalar un elenco de bienes que también son susceptibles de hipoteca. Son los que siguen:

1. El derecho de usufructo. La hipoteca se extingue cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, la hipoteca subsiste hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido de no mediar el hecho que le puso fin, lo cual, dice ROCA SASTRE, no es sino un supuesto anómalo justificado con base en razones de equidad y de buena fe.

2. La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, salvo pacto en contrario.

3. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con pacto de no volverlos a hipotecar porque, como dijo la E. de M. de la Ley hipotecaria de 1861, tal pacto “es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque en nada perjudica al crédito que ha inscrito, puesto que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse a él para la reconciliación de lo que se le debe...”.

4. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la se constituya sobre él de la resolución del mismo derecho. Es el supuesto de la llamada subhipoteca.

5. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros de semejante naturaleza real. En general, la hipoteca del derecho de superficie conocerá las mismas limitaciones que el derecho del superficiario-hipotecante. Así, se extinguirá cuando el derecho se extinga por el transcurso del tiempo, pero no cuando por cualquier otra causa se consoliden en una misma persona la propiedad del suelo y la superficiaria.

En la expresión “y otros de semejante naturaleza real” cabe incluir las servidumbres personales y la Rabassa Morta.

6. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular,

si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

Una especialidad que presenta este tipo de hipoteca es su extinción automática con la resolución del derecho del concesionario hipotecante, pero si ha recibido alguna indemnización por dicha resolución se debe acreditar su consignación para la cancelación de la hipoteca (cfr. arts. 175-3 y 180 R.H.).

7. Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.

En virtud del art. 1.520 C.C., si el vendedor hace uso del derecho de retracto se extingue la hipoteca; sin embargo, el acreedor del comprador (hipotecante) tiene derecho a la subrogación real de una cantidad de dinero (no superior a la que su deudor-hipotecante reciba del vendedor retrayente por el ejercicio del retracto vid. arts. 1.518 y 1.525 C.C.) en lugar del bien.

8. El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuera necesaria.

Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

La hipoteca se extingue con el vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de retracto.

9. Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

10. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas. La existencia de la hipoteca queda a resultas de la condición resolutoria: se extingue al resolverse el derecho del hipotecante. La condición resolutoria debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad.

11. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.

El piso o local debe estar construido e inscrito en el Registro de la Propiedad, ya en el folio registral del edificio ya como finca independiente. No es posible hipotecar el piso o local sólo proyectado, aunque tenga constancia registral en la inscripción del solar o del conjunto del edificio.

Un supuesto distinto es la posibilidad de constituir una sola hipoteca sobre la totalidad de los pisos y apartamentos pertenecientes a diversos propietarios y sin la previa distribución entre los pisos. Dicha posibilidad la prevé expresamente el art. 218 R.H. exigiendo el acuerdo de todos los propietarios.

12. El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del

rematante, la hipoteca subsistirá recayendo directamente sobre los bienes adjudicados. En este supuesto, introducido por la Disposición final 9ª L.E.C.

2. Bienes que no se pueden hipotecar

En virtud del art. 108 L.H., no pueden ser objeto de hipoteca:

1. Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.

2. Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código civil. En los derechos civiles territoriales, se establece la inalienabilidad del usufructo viudal en el art. 83 C.D.A. (salvo el supuesto en él contemplado) y en la Ley 253-3 F.N.N. (usufructo de fidelidad), salvo que intervengan conjuntamente usufructuario y nudos propietarios. En Cataluña es hipotecable el usufructo viudal abintestato (art. 331 C.S.C.), pero no el usufructo universal otorgado en heredamiento ya que es inalienable, salvo el supuesto a que se refiere el propio artículo 69 i.f. C.S.C.

3. El uso y la habitación, que son derechos personalísimos e indisponibles (art. 525 C.C.).

Aunque no lo mencione el art. 108 L.H., tampoco son hipotecables el derecho sucesorio en su vertiente estrictamente personal, ni las hipotecas legales.

IV. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA

La Ley Hipotecaria distingue la extensión legal objetiva de la hipoteca (arts. 109 y 110 L.H.), la extensión convencional o por disposición legal concreta (art. 111 L.H.), y el supuesto en que la finca hipotecada sea adquirida por un tercero (tercer poseedor de finca hipotecada, arts. 112 y 113 L.H.).

1. La extensión legal de la hipoteca

En virtud del art. 109 L.H., la hipoteca se extiende, aunque no se mencione en el contrato, a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados. El art. 110 L.H. desarrolla el contenido del artículo anterior. De ambos preceptos, y de los concordantes del Código civil, del Reglamento hipotecario y de la Ley de Propiedad Horizontal, deriva la siguiente estructura: aunque no se mencione en el contrato, siempre que correspondan al propietario, se entienden hipotecados junto con la finca:

1. Las agregaciones de terrenos por accesión natural (art. 109 y 110-1º, *a contrario*).

2. Las mejoras (art. 109 L.H.). En concreto, las que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios. En general, cualesquiera otras análogas (art. 110-1º L.H.).

3. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de los mismos (art. 109 L.H.). Sin ánimo exhaustivo, las indemnizaciones por siniestro del seguro (vid. arts. 40 a 42 L.C.S.) y por expropiación forzosa (art. 110-2º L.H.).

Actualmente, debe entenderse que la hipoteca se extiende también, con carácter legal, a las subedificaciones por cuanto éstas se pueden configurar como una obra de transformación o, en última instancia, como una mejora incluida en la cláusula genérica “o cualesquiera otras (mejoras) semejantes” del propio art. 110-1º *i.f.* L.H.

Se exceptúan de la extensión objetiva de carácter legal, aunque son susceptibles de la extensión de carácter convencional, las agregaciones de terrenos (salvo las naturales) y las nuevas construcciones de edificios donde antes (de la constitución de la hipoteca) no los hubiere.

2. La extensión convencional de la hipoteca

A diferencia de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, tras la reforma de 1909 la Ley hipotecaria excluye determinados bienes de la extensión legal de la hipoteca y los sujeta a extensión convencional o por disposición legal concreta:

a) Los bienes inmuebles por destino o pertenencias. En virtud del art. 111-1 L.H., la hipoteca se extiende mediante pacto expreso o disposición legal a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

b) Los frutos. La norma del art. 111-2 L.H. permite la extensión de la hipoteca a los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.

c) Las rentas, debidas por razón del inmueble hipotecado, vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Respecto del anticipo de rentas, la norma del art. 215 R.H. establece que el anticipo de rentas no vencidas no perjudicará, en ningún caso, al acreedor hipotecario.

3. El efecto extensivo de la hipoteca respecto del tercer poseedor

En virtud de los arts. 112 y 113 L.H. la hipoteca no se extiende a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que los muebles y las mejoras señaladas se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de pertenencia del mismo.

Si la hipoteca se ejecuta, el dueño puede exigir:

a) El importe de los muebles y de las mejoras, frutos pendientes y rentas vencidas. En este caso, habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

b) Retener los objetos en que consistan, si esto último puede hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca. En caso contrario, cobrará su importe, aunque

la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario. Sin embargo, si pudieran ser separadas sin menoscabo de la finca y optare por no llevárselas, los objetos se enajenarán con separación del predio y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño (art. 113 L.H.).

4. Alcance de la hipoteca respecto de la relación obligatoria: intereses y costas

En virtud del art. 114, salvo pacto en contrario la hipoteca constituida en favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años (vid. art. 220 R.H.).

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) LEC, es decir, salvo que en caso de ejecución, el ejecutado no quede liberado de su responsabilidad, bien sea por quedar ésta cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago, o bien cuando, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años.

El acreedor hipotecario, dice el art. 146 L.H., podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba de verificarse el reintegro del capital. Pero si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al artículo 114 L.H.

Por tanto, podemos distinguir:

1. Extensión legal de los intereses:

a) La hipoteca se extiende, si hay perjuicio de tercero, a los intereses de los dos últimos años y a la parte vencida de la anualidad corriente (arts. 114 y 146 i.f. L.H.).

b) Si no hay perjuicio de tercero, la hipoteca asegura todos los intereses vencidos y no satisfechos, ni prescritos (arts. 114 a contrario, y 146 L.H.).

2. Extensión convencional de los intereses: La hipoteca garantiza todos los intereses pactados por las partes, incluso en perjuicio de tercero, mas con un límite temporal: no se puede pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Ante el impago de los intereses vencidos no prescritos, la Ley Hipotecaria permite, en el art. 115, al acreedor hipotecario, además del ejercicio de la acción real hipotecaria y de la acción personal, la llamada *ampliación de la hipoteca*.

Respecto de las costas y demás gastos, se trata de una hipoteca de máximo ya que en la inscripción registral de la hipoteca consta el importe máximo a que puede ascender la cantidad garantizada con la hipoteca.

V. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

1. La llamada hipoteca de responsabilidad limitada

El art. 140 L.H. permite una suerte de modalización en la responsabilidad al establecer que “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.

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.

Cuando la hipoteca así constituida afectase 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”.

2. La hipoteca de varias fincas en garantía de un sólo crédito

El art. 119 L.H. contiene la regla general en cuya virtud “cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”. En concordancia con este precepto, el art. 216 R.H. establece que “no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que... se determine previamente la cantidad de que cada bien inmueble, porción o derecho deba responder”. En su caso, el Registrador rechazará la inscripción suspendiéndola (se trata de un defecto subsanable).

La única excepción real que conoce es el de la hipoteca a favor del Estado por el impuesto de sucesiones en el supuesto de que se aplace o fraccione su pago.

Si el objeto de la hipoteca era una sola finca que, constituida la hipoteca, se dividió sin hacer distribución del crédito hipotecario, entonces la hipoteca se transforma en una hipoteca solidaria, de manera que el acreedor, en virtud del art. 123 L.H., podrá repetir “por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”.

En virtud del art. 124 L.H., “dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la finca misma”.

En el supuesto agrupación, la hipoteca sigue gravando la finca originariamente hipotecada ya que no se extiende a las fincas o porciones agregadas, agrupadas o incorporadas (arts. 109 y 110-1 L.H.), salvo pacto expreso.

VI. HIPOTECA EN GARANTÍA DE DETERMINADAS RELACIONES JURÍDICO-OBLIGATORIAS

La Ley hipotecaria distingue, en las hipotecas voluntarias, una hipoteca tipo u ordinaria y una serie de tipos heterogéneos de hipoteca individualizados por las propias características de las obligaciones aseguradas y a los que la doctrina suele englobar bajo el genérico nombre de hipotecas de seguridad. Como ha señalado ROCA GUILLAMÓN, en nuestro Derecho el calificativo “de seguridad”, más que a un tipo genérico de hipoteca se refiere a una concreta función de determinadas modalidades de garantía hipotecaria, que se rodean de características propias que las distinguen de la hipoteca ordinaria definida en los arts. 1.876 C.C. y 104 L.H.

Así, bajo el epígrafe “De las hipotecas voluntarias”, la Ley hipotecaria regula una serie de hipotecas en garantía de algunas relaciones jurídico-obligatorias que presentan determinadas peculiaridades, fundamentalmente respecto de:

- a) La existencia de la propia obligación garantizada. Así, por ejemplo, las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (arts. 142 y 143 L.H.).
- b) La determinación de la cuantía del crédito asegurado en relación con el principio de especialidad. En este apartado se hallan las llamadas hipotecas de máximo: la constituida en garantía de cuentas corrientes de crédito, del pago de intereses variables o moratorios o de costas. También manifiesta su peculiaridad en relación con el crédito las hipotecas constituidas en garantía de rentas o prestaciones periódicas.
- c) La determinación del titular definitivo del derecho de crédito garantizado. En este caso se hallan las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador o en garantía de letra de cambio.

En definitiva, la Ley hipotecaria regula las siguientes hipotecas en garantía de determinadas relaciones jurídico-obligatorias:

1. La hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición y de obligaciones futuras, regulada en los arts. 142 y 143 L.H.
2. La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, a la que se refiere el art. 153 L.H. y cuyo objeto garantizado es el saldo resultante de una cuenta corriente de crédito.
3. La hipoteca en garantía de título transmisibles por endoso o al portador, regulada en los arts. 150 y 154 a 156 L.H.
4. La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, regulada en el art. 157 L.H.

5. La hipoteca en garantía de letras de cambio cuya regulación es, en la práctica, *mutatis mutandis*, la propia de la hipoteca en garantía de título transmisible por endoso, a la que se remite el art. 7 de la Ley de hipoteca mobiliaria, aunque a diferencia de tal hipoteca, no se produce una emisión en masa.

VII. CONTENIDO DE LA HIPOTECA

Para que el bien hipotecado no sufra un decremento de valor económico respecto del tomado en consideración en el momento constitutivo de la garantía, el acreedor hipotecario dispone de diversos instrumentos jurídicos. Además de las facultades derivadas de la inscripción registral de su derecho, las cuales son comunes a todos los titulares registrales (vid. arts. 1, párrafo tercero, 38, 40, etc.), el acreedor hipotecario dispone de otras facultades o medios tendentes a la conservación (y defensa) de la garantía inmobiliaria. Así, junto al vencimiento anticipado del crédito en el supuesto del art. 1.129-3º C.C. o la posibilidad de solicitar que se le conceda la administración o posesión interina de la finca, si se pactó en la escritura de constitución, el acreedor hipotecario dispone de una acción propia y específica: la acción de devastación, regulada en el art. 117 L.H., en cuya virtud cuando la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si el propietario insistiere en el abuso, el juez dictará nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

Del art. 219-2º R.H. deriva que los actos del propietario que deterioren la finca, disminuyendo su valor, no son sólo las conductas materiales sino también los actos jurídicos. Así, el citado art. 219-2º R.H. presume *iuris tantum* el propósito de disminuir el valor de la finca si la renta anual arrendaticia, capitalizada al seis por ciento, no cubre la responsabilidad total asegurada.

1. Facultades del acreedor hipotecario en los procedimientos concursales

En los procedimientos concursales de ejecución universal, el acreedor hipotecario goza de los derechos de abstención y ejecución separada (arts. 56 y 155 Ley Concursal; para el sistema anterior, vigente hasta 1 de septiembre de 2004, arts. 1.917 C.C., 900 C. de C. y 9, 15 y 22 Ley de Suspensiones de Pagos).

2. Disposición y cesión del crédito hipotecario

Establece el art. 149 L.H. que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse, en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.526 C.C.

La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Respecto de la capacidad exigida para enajenar o ceder el crédito hipotecario, la R. 5 de abril de 1892 y, con base en ella, Guilarte y J. M. García, exige la capacidad para disponer bienes inmuebles. En contra, se manifiesta Peña toda vez que “la transmisión de la hipoteca es un mero efecto mediato de la transmisión del crédito”.

VIII. EXTINCIÓN

Como derecho accesorio que es, la hipoteca se extingue por cualquiera de las causas que extinguen la obligación principal garantizada. Además se extingue por causas que afectan exclusivamente a este derecho real de garantía. Por ello, siguiendo a PUIG BRUTAU, hay que distinguir dos grandes grupos de causas: Extinción de la obligación garantizada y extinción de la hipoteca.

A) *Causas de extinción por razón de la accesoriedad*

Todas las causas por las que se extingue una obligación producen la extinción de la hipoteca que la garantiza. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 1156 CC, la hipoteca se extinguirá por: el pago de la deuda; su condonación; la compensación entre deudor y acreedor de la respectiva deuda en la cantidad concurrente; y por novación extintiva.

B) *Causas de extinción de la hipoteca con independencia de la obligación principal*

a) Por renuncia del acreedor, en tanto resulta admisible la renuncia de los derechos que no sea contraria al interés o al orden público, o que no perjudique a terceros.

b) Por acuerdo entre el acreedor y el propietario de la finca gravada en el que se conviene que la obligación quedará subsistente sin la garantía.

c) Por pérdida material o jurídica del inmueble hipotecado.

d) Como efecto de la ejecución hipotecaria. Así se desprende del art. 692.3 en relación con el art. 674 LEC.

e) Como consecuencia de la ejecución de una hipoteca preferente, tal como también resulta de los arts. 692.3 y 674.2 LEC.

f) Por confusión de derechos, al reunirse la titularidad del inmueble gravado y la de la hipoteca en una misma persona.

g) Por caducidad, con transcurso del plazo por el que fue constituida la hipoteca, o cuando se haya cumplido la condición resolutoria a que se hallara supeditada.

h) Por prescripción. La acción hipotecaria prescribe a los 20 años (art. 1964 CC y 128 LH) y es independiente de la prescripción del crédito garantizado. Su cómputo empieza desde que dicha acción puede ser ejercitada; es decir, desde que exista falta de pago de la obligación garantizada.