
La hipoteca: elements personals, reals i formals

PID_00265018

Pedro Ávila Navarro
Teresa Sánchez Hernández

Temps mínim de dedicació recomanat: 2 hores





Pedro Ávila Navarro

Registrador de la propietat. Notari. Llicenciat en Humanitats per la UOC.

Teresa Sánchez Hernández

Registradora de la propietat de Sant Feliu de Llobregat 2.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada per la professora: Marian Gili Saldaña (2019)

Segona edició: setembre 2019
© Pedro Ávila Navarro, Teresa Sánchez Hernández
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. La hipoteca: elements personals, reals i formals	7
1.1. Concepte	7
2. Elements personals	8
2.1. El creditor hipotecari: pluralitat de creditors	8
2.2. Deutor hipotecari, hipotecant no deutor i tercer posseïdor	8
3. Elements reals	11
3.1. Coses i drets que es poden i que no es poden hipotecar	11
3.2. Hipoteca de diverses finques. Distribució. La hipoteca solidària	11
3.3. Extensió sobre capital, interessos i costes	13
4. Elements formals	17
4.1. Escriptura pública	17
4.2. La inscripció constitutiva	17
4.3. Hipoteca unilateral	17
Resum	19
Activitats	21
Exercicis d'autoavaluació	21
Solucionari	22

Introducció

La hipoteca és un dels drets més importants reals, per la seva extraordinària freqüència i també pel seu gran tecnicisme, amb el qual s'ha superat en el dret actual la clandestinitat que va caracteritzar el dret antic i medieval, i fins i tot part del modern.

És molt útil la definició descriptiva de Roca Sastre, que en comprèn totes les característiques: dret real de realització de valor, en funció de garantia d'una obligació dinerària, de caràcter accessori i indivisible, i de constitució registral, que grava béns aliens, alienables i que romanen en possessió del seu titular.

Reteniu per ara la característica que es tracta d'un dret de realització de valor, és a dir, que concedeix al seu titular la facultat de promoure la venda de la finca per a satisfer-se d'un crèdit amb càrrec al preu obtingut. Afegiu que pot garantir tota classe d'obligacions, però com el que s'obté en la subhasta són només diners, en realitat només permet executar obligacions dineràries, bé perquè ho siguin originàriament, bé perquè es converteixin en tals com a indemnització o materialització dinerària per incompliment d'una obligació de fer o no dinerària.

A més del que s'ha indicat convé repassar el que ja s'ha estudiat sobre això en l'assignatura corresponent *Dret civil III, drets reals*.

Objectius

En aquest mòdul didàctic trobareu els continguts i les eines indispensables per a assolir els objectius següents:

- 1.** Conèixer la institució de la hipoteca com a dret real de garantia més estès en el tràfic jurídic immobiliari.
- 2.** Reconèixer cada un dels possibles participants: deutor hipotecari, creditor, tercer posseïdor, pluralitat d'hipotecants, etc.
- 3.** Retenir quines són les coses i els drets susceptibles de ser hipotecats.
- 4.** Comprendre les regles de distribució de la hipoteca sobre diverses finques.
- 5.** Conèixer els elements formals de tota hipoteca i el caràcter constitutiu de la seva inscripció.

1. La hipoteca: elements personals, reals i formals

1.1. Concepte

La hipoteca és un **dret real de garantia** pel qual el creditor pot promoure l'alienació forçosa de la finca en cas d'incompliment de l'obligació garantida, per tal de cobrar-se un crèdit amb el preu obtingut.

Sempre s'ha considerat com una qualitat gairebé dogmàtica de la hipoteca la seva **accessorietat**, en el sentit que no pot existir si no existeix l'obligació vàlida que es garanteix. Avui es posa en qüestió aquesta característica i es pretén l'existència d'hipoteques abstractes, com la hipoteca flotant o la hipoteca recarregable. Però la veritat és que l'anomenada hipoteca flotant, basada en l'article 153 bis de la LH, no és més que una hipoteca en garantia de diverses obligacions, però accessòria d'elles al cap i a la fi; i la hipoteca recarregable no té cap suport legal i s'ha de considerar un privilegi indefensable.

2. Elements personals

En la hipoteca intervenen com a elements personals indispensables l'hipotecant, que l'ha de consentir, i el creditor, que l'ha d'acceptar; al seu torn, el primer pot ser el mateix deutor o una altra persona que garanteix una obligació aliena en una espècie de fiança que s'ha anomenat gràficament *fiança real*.

2.1. El creditor hipotecari: pluralitat de creditors

Com que la hipoteca és un dret real accessori d'una obligació principal, el titular del dret real ha de ser sempre el creditor de l'obligació principal.

Aquest subjecte pot ser plural, quan siguin diversos els creditors; en aquest cas, les variants que pot revestir l'obligació amb pluralitat de creditors es comunica també al dret real i el separa d'algunes regles aplicables als altres drets reals:

- Si l'obligació garantida és una obligació solidària, la hipoteca serà única, com l'obligació, i no serà necessària la distribució entre els creditors; això és una excepció a la regla general que la finca o els drets sobre aquesta pertanyin a un sol propietari o a diversos *pro indiviso*. La hipoteca, la pot executar qualsevol dels creditors.
- Si l'obligació és mancomunada, segons l'article 1138 Cc, "el crèdit o el deute es presumeixen dividits en tantes parts iguals com creditors o deutors hi hagi, i es consideren crèdits o deutes diferents els uns dels altres". El fet que es considerin crèdits diferents converteix pràcticament l'obligació pretesa única en una pluralitat d'obligacions independents i, en cas de garantia hipotecària, implica que se'n constitueix una per cada obligació. Si els crèdits es consideren diferents, també s'han de considerar diferents les hipoteques, i això no impedeix que aquestes garanties tinguin el mateix rang i es constitueixin en el mateix document.

2.2. Deutor hipotecari, hipotecant no deutor i tercer posseïdor

Una persona pot hipotecar una finca pròpia per garantir una obligació pròpia que ha de complir.

Exemple

El cas ordinari i més freqüent de qui compra una finca finançant-la amb un préstec que rep simultàniament i que garanteix amb una hipoteca sobre la mateixa finca comprada.

O pot hipotecar la seva finca per garantir una obligació aliena.

Exemple

Com els pares que hipotequen una finca per garantir el préstec que un banc concedeix al seu fill per a establir un negoci o societats del mateix grup que es garanteixen les unes a les altres.

I, finalment, pot adquirir una finca hipotecada sense tenir cap relació prèvia amb l'obligació que es garanteix.

Sorgeixen així les figures que la doctrina anomena, respectivament, *deutor hipotecari*, *hipotecant no deutor* i *tercer posseïdor dels béns hipotecats*:

1) El deutor hipotecari

Qui constitueix una hipoteca en garantia d'un **deute propi** té una responsabilitat personal com la de qualsevol deutor i, a més, el que s'anomena una *responsabilitat real*, per l'especial afecció de la finca. L'article 105 LH diu que la hipoteca "no altera la responsabilitat personal il·limitada del deutor que estableix l'article 1911 del Codi civil".

El creditor pot reclamar, doncs, el deute per una acció personal contra el creditor, o es pot dirigir per acció real contra la finca.

En la realitat, el creditor exerceix l'acció hipotecària, com a més segura, ja que, en acceptar la hipoteca, ja va estudiar la suficiència dels béns i el rang amb què va adquirir el seu dret, i, si en l'execució no s'obté un preu suficient per a pagar el deute, pot exercir l'acció personal per la diferència. Aquest exercici de l'acció personal, si es vol fer sobre béns concrets, requereix l'embarquement.

2) L'hipotecant no deutor

Es refereix a aquesta figura l'article 1857 Cc quan diu que "les terceres persones estranyes a l'obligació principal la poden assegurar pignorant o hipotecant els seus propis béns". Aquest anomenat *hipotecant per deute aliè* o *fiador real* no respon de l'obligació garantida, sinó en el sentit que aquesta es pot executar contra la finca; però el creditor no li pot exigir el pagament del deute, ni perseguir-lo sobre altres béns de l'hipotecant diferents de la finca hipotecada. No és, doncs, estrictament, un fiador, perquè aquest sí que respon de l'obligació amb tot el seu patrimoni. Si l'hipotecant no deutor ven la finca hipotecada, la seva relació amb el creditor i amb el deute desapareix.

3) Pluralitat d'hipotecants

Si són diversos els hipotecants d'una finca (comuners, usufructuari i nu propietari, etc.), quedarien subjectes, en principi, a la norma general de distribució de la hipoteca entre els diferents drets¹, amb la qual cosa el creditor només podria executar la part de l'incomplidor, que generalment quedaria devaluada (hi ha poc interès a adquirir en subhasta una part indivisa, un usdefruit, una nua propietat). El sistema seria molt poc pràctic, i per això l'article 217 RH estableix una excepció que la pràctica converteix en regla general: "Si es tracta d'hipotecar diversos drets integrants del domini o participacions *pro indiviso* d'una finca o dret, els propietaris o titulars respectius poden acordar, per als efectes de l'article anterior, la constitució d'una sola hipoteca sobre la totalitat

⁽¹⁾Vegeu després l'article 216 RH.

dels drets, sense que sigui necessària la distribució prèvia." En aquest cas, el creditor al seu dia només podrà executar la hipoteca sobre tota la finca, i no sobre drets o quotes singulars.

4) El tercer posseïdor

S'anomena *tercer posseïdor* (amb no gaire propietat) **qui adquireix una finca hipotecada**: la càrrega l'afecta, en el sentit que haurà de suportar l'execució per falta de pagament, o pagar si vol evitar l'execució; però no té cap relació amb l'obligació garantida, ni el creditor li pot reclamar el pagament, ni molt menys pretendre el cobrament sobre altres béns seus. Sense perjudici que aquest tercer posseïdor es pugui convertir en deutor subrogant-se en el deute mitjançant un pacte amb el deutor anterior i amb el creditor.

3. Elements reals

3.1. Coses i drets que es poden i que no es poden hipotecar

Com a regla general, i com que la hipoteca és un dret de realització de valor, que enclou la possibilitat d'una futura alienació de la finca, es poden hipotecar tots els béns immobles i tots els drets reals sobre immobles (que, al seu torn, són també immobles, segons la definició de l'art. 334.10 Cc) que **puguin ser alienats**. I al seu torn, no es poden hipotecar els béns que no es poden alienar (per exemple, els de domini i ús públic o l'ús i l'habitació).²

⁽²⁾Vegeu l'art. 525 Cc.

Establerta la regla general que es poden hipotecar els immobles que es poden alienar i no es poden hipotecar els que no es poden alienar, no faria falta insistir-hi més. Però els articles 106, 107 i 108 LH tracten dels béns i drets que "poden ser hipotecats, que també es poden hipotecar i que no es poden hipotecar". Convé repassar especialment l'article 107 LH, perquè enumera béns que també es poden hipotecar, però amb certes restriccions o particularitats. Per exemple:

Exemple

1r. El dret d'usdefruit, però quedant extingida la hipoteca, quan conclogui el mateix usdefruit per un fet aliè a la voluntat de l'usufructuari. Si conclou per la seva voluntat, la hipoteca subsisteix fins que es compleixi l'obligació assegurada, o fins que venci el temps en què l'usdefruit hauria conclòs naturalment en no intervenir el fet que hi va posar fi.

2n. La mera propietat, en aquest cas, si l'usdefruit es consolida amb aquesta en la persona del propietari, no solament subsisteix la hipoteca, sinó que també s'estén al mateix usdefruit, llevat que s'hagi pactat el contrari.

3r. Els béns anteriorment hipotecats, encara que ho estiguin amb el pacte de no tornar a hipotecar-los.

L'article 569-27 del CCcat parla dels *béns i drets hipotecables*, i diu que "es podin hipotecar, a més dels béns i drets hipotecables d'acord amb la legislació hipotecària, els que estableix la subsecció segona, d'acord amb el que disposa aquesta subsecció" (que tracta de casos especials d'hipoteca, però no afegeix gaire informació a l'enumeració de béns hipotecables: béns matrimonials, habitatge familiar o comú, usdefruit legal dels cònjuges vidus, drets resultants de la venda a carta de gràcia, dret de superfície, drets d'adquisició preferent, etc.).

3.2. Hipoteca de diverses finques. Distribució. La hipoteca solidària

Pot passar, i passa amb freqüència, que una sola finca no sigui suficient per a garantir un crèdit i sigui necessari hipotecar-ne dues o més. L'operació té llavors especialitats importants:

1) Regla general de distribució

L'article 119 LH estableix que "si s'hipotequen diverses finques alhora per un sol crèdit, s'ha de determinar la quantitat o la part de gravamen de què ha de respondre cada una", i l'article 216 RH afegeix (potser innecessàriament) que "no es pot inscriure cap hipoteca sobre diverses finques, drets reals o porcions ideals de les unes i les altres, afectes a una mateixa obligació, sense que per conveni entre les parts, o per mandat judicial, si escau, es determini prèviament la quantitat de què cada finca, porció o dret hagi de respondre".

L'obligació de distribuir obeeix a la preocupació de la Llei **d'evitar les hipoteques solidàries**, amb la finalitat d'afavorir el tràfic immobiliari: és necessari que el posterior adquirent d'una finca pugui saber de quines quantitats respon exactament, sense que aquesta informació es mediatitzi per les vicissituds del gravamen que pesa sobre les altres finques. Com explica la R 15.06.1993, "en principi queda prohibida en el nostre dret la constitució d'hipoteques solidàries perquè es presten a maquinacions del creditor (que al seu arbitri podria elegir la finca que ha de respondre hipotecàriament de tot) i perquè aquestes hipoteques disminueixen, sense una raó que ho justifiqui prou, les possibilitats del tràfic i del crèdit territorial". En canvi, un cop feta la distribució, cada finca només respon de la quantitat que se li hagi assignat. L'article 120 LH diu que "fixada en la inscripció la part de crèdit de què ha de respondre cada un dels béns hipotecats, només es pot repetir contra aquest amb perjudici de tercer per la quantitat a què, respectivament, estiguin afectes i la que a aquesta correspongui per raó d'interessos, d'acord amb el que estableixen els articles anteriors".

Exemple

El banc B presta a A la quantitat de 10. En garantia, A constitueix una hipoteca sobre dues finques, X i Z; complint l'obligació de distribuir, s'assigna a X una responsabilitat de 6, i a Z una de 4. Posteriorment, si C vol comprar la finca X per un preu total de 8, sap que ho pot fer sense perill si en paga 2 i en reté 6 per al pagament de la hipoteca al seu dia. Si no s'ha de fer la distribució i la hipoteca és solidària entre les dues finques, C no podria comprar, perquè fins i tot retenint els 8, s'arrisca que B actuï només sobre la finca X pels 10 del deute total, i n'absorbeixi tot el valor.

2) Cancel·lació de la hipoteca distribuïda

La hipoteca distribuïda funciona a efectes cancel·ladors com una pluralitat d'hipoteques independents (en realitat és el que és):

- Un cop pagada la part de crèdit de què respon una finca, es pot exigir la cancel·lació respecte d'aquesta finca.
- Un cop pagada una part del crèdit que es pugui aplicar a una o a una altra finca, el deutor té dret a imputar-la a la que vulgui. Segons diverses resolucions de la Direcció General, per exemple, la R 27.01.1986, no és admissible la renúncia d'aquest dret que assigna al deutor l'article 124 LH, de po-

der elegir, en cas de pagament parcial del crèdit garantit sobre diverses finques, l'immoble que ha de quedar lliure, perquè va contra l'interès públic.

3) La hipoteca solidària. Els problemes per a cancel·lar-la

Malgrat les precaucions legals i reglamentàries, hi ha supòsits, excepcionals en el dret espanyol, en què sorgeix una hipoteca solidària entre diverses finques. És el cas d'una hipoteca sobre una finca que després és objecte de divisió, segregació o propietat horitzontal, sense que s'arribi a un acord sobre distribució de la hipoteca entre les diverses finques resultants. L'article 123 LH estableix que "si una finca hipotecada es divideix en dues parts o més, el crèdit hipotecari només s'ha de distribuir entre aquestes si el creditor i el deutor ho acorden voluntàriament". Si aquestes diverses finques arriben a pertànyer a diferents persones, cada propietari es veurà exposat al fet que el creditor repeteixi només contra la seva finca. L'article 123 LH afegeix que "si no es porta a terme aquesta distribució, el creditor pot repetir per la totalitat de la suma assegurada contra qualsevol de les noves finques en què s'hagi dividit la primera o contra totes alhora".

Si el creditor repeteix només contra una de les finques, el propietari d'aquesta que pagui, o que la perdi en l'execució, pot reclamar contra les altres finques la part de què proporcionalment correspongui a cada una, i a aquest efecte s'ha de subrogar en els drets del creditor hipotecari. Per això l'article 125 LH diu que "quan la finca hipotecada sigui una, o en cas que siguin diverses finques i no s'hagi assenyalat la responsabilitat de cada una, perquè s'esdevé el que preveu l'article 123, no es pot exigir l'alliberament de cap part dels béns hipotecats, sigui quin sigui la del crèdit que el deutor hagi satisfet". És una transposició a la hipoteca solidària del principi general de les obligacions solidàries, en què hi ha una relació interna entre els diversos deutors en virtut de la qual cada un d'ells és només deutor d'una part. Però aquesta relació interna es trencaria amb la cancel·lació parcial de la hipoteca respecte a qualsevol de les finques en què es va dividir la hipotecada primitivament. Per això, per a la cancel·lació no solament és necessari el consentiment del creditor, sinó també el dels propietaris de totes les finques.

Exemple

Els constructors solen rebre préstecs que es constitueixen sobre la totalitat de la finca, fins i tot quan és un solar o un edifici en construcció. Després, abans de començar la venda dels departaments, distribueixen la hipoteca, de manera que el comprador d'un pis pot saber exactament la responsabilitat hipotecària que l'afecta. Si no es fes aquesta distribució, el comprador d'un pis estaria exposat al fet que el creditor actués sobre el seu pis quan incomplís la seva obligació el propietari de qualsevol altre departament.

3.3. Extensió sobre capital, interessos i costes

La hipoteca garanteix ordinàriament l'import d'un deute o, més rarament, d'una part d'aquest import; però, a més, pot garantir altres conceptes, com interessos i costes:

1) Sistema legal per a l'interès ordinari

El sistema legal de garantia dels interessos figura, més o menys expressament o tàcitament, en els articles 114 i 115 LH. Cal distingir diversos supòsits:

a) La regla, si no hi ha pacte, és la que estableix l'article 114.1 LH: "Llevat que hi hagi un pacte en contra, la hipoteca constituïda a favor d'un crèdit que meriti interès només assegura, amb perjudici de tercers, a més del capital, sinó els interessos dels dos últims anys transcorreguts i la part vençuda de l'anualitat corrent."

b) El pacte. Segons l'article 114.2 LH, "en cap cas no es pot pactar que la hipoteca assegni interessos per un termini superior a cinc anys".

Per virtut d'aquesta llicència legal de pacte sobre interessos, els interessats poden adoptar tres actituds diferents:

- Guardar silenci, i d'aquesta manera sotmetre's a l'estat legal de les coses: garantia dels dos últims anys transcorreguts i la part vençuda de l'anualitat corrent.
- Excloure o reduir la responsabilitat per interessos, cosa que no és gaire probable.
- Ampliar la responsabilitat per interessos, dins el límit màxim de cinc anys.

c) L'ampliació. En qualsevol cas, el creditor pot demanar una ampliació de la hipoteca per interessos que, segons el que s'ha dit, no resultin assegurats: sobre els mateixos béns, si pertanyen al deutor; o sobre altres d'aquest, en un altre cas. No se sol fer mai.

d) Independència de la responsabilitat per interessos. La naturalesa diferent de l'obligació principal i de l'accessòria de pagament d'interessos imposa, per raó del principi d'especialitat, la seva garantia diferenciada (una quantitat pel principal i una altra, pels interessos) i no comunicant (els interessos que excedeixin la quantitat garantida no es poden reclamar hipotecàriament amb càrrec a la quantitat assegurada pel principal, ni a l'inrevés); així es dedueix, entre molts altres, dels articles 12 LH i 220 RH.

La independència de la responsabilitat per interessos ha d'influir necessàriament en el sistema de liquidació de càrregues en el moment de l'execució hipotecària. Preneu el supòsit següent: A constitueix una hipoteca en favor de B per un principal de 10 i un màxim per interessos de 2; després s'anota un embargament en favor de C per 5. A ha anat pagant el crèdit hipotecari, que presenta un saldo de 6; però en un moment donat va deixar de pagar, per la qual cosa s'han acumulat interessos per un import de 4. S'executa la hipoteca i se n'obtenen 10 en la subhasta. B se sentirà temptat de pensar que aquests 10 li corresponen, però no és així: d'aquests 10, en podrà cobrar els 6 que se li deuen per principal –no en pot reclamar més–, més els 2 que té garantits per interessos –la resta no és garantida per la hipoteca–; això suma 8, i els altres 2 correspondran al creditor embargant, C.

2) Interessos variables

En els préstecs hipotecaris les entitats de crèdit solen acudir sovint al sistema d'interessos variables periòdicament en funció de determinats mòduls. Aquesta pràctica ha estat regulada per diverses disposicions, especialment de caràcter

públic, o de disciplina de les entitats de crèdit; però aquestes clàusules també han suscitat l'atenció dels hipotecaristes, centrada sobretot en el problema de l'adaptació al principi d'especialitat, que exigeix, en principi, la determinació exacta de la quantitat assegurada (recordeu que, segons l'article 12 LH, "en la inscripció del dret real d'hipoteca s'ha d'expressar l'import del principal del deute i, si escau, el dels interessos pactats, o, l'import màxim de la responsabilitat hipotecària, identificant les obligacions garantides, sigui quina sigui la naturalesa d'aquestes i la seva durada"). Aquest problema central es va resoldre acudint al concepte de la *hipoteca de màxim*. Així ho van fer les resolucions 26 i 31.10.1984, 23 i 26.10.1987 i 21.01.1988, que van considerar **necessària la fixació d'una xifra màxima** de responsabilitat.

Exemple

En una clàusula usual: "1. El préstec merita un interès fix del quatre per cent anual durant un primer període d'un any. 2. Llavors, i successivament cada any, s'ha de fixar segons l'euríbor més un punt. 3. Si no, segons l'índex de referència dels bancs més zero coma cinquanta punts. 4. El tipus mínim d'interès és de dos punts i mig i el màxim, de sis punts."

3) Garantia dels interessos de demora

En les escriptures de préstecs hipotecaris apareix invariablement una clàusula en què es preveu que el retard en el pagament de capital o interessos (de les quotes d'amortització previstes) merita un "interès de demora" fixat generalment en un tipus molt superior al de l'interès ordinari.

L'element que fa més confús i problemàtic el tractament dels interessos de demora és la seva denominació errònia. Cal afanyar-se, doncs, a afirmar que els interessos de demora no són tals interessos, atès que no suposen una retribució al gaudi del capital, sinó una sanció pel retard en el compliment d'unes obligacions.

La Direcció va entendre en alguna ocasió (per exemple, R 22.07.1996 i R 16.02.1990) que els interessos ordinaris i els de demora s'havien de computar conjuntament a efectes de límit, però aquest criteri va canviar a partir de la R 18.12.1999, que va admetre l'acumulació de cinc anys d'interès remunerador i cinc de demora. Tanmateix, encara apareixen clàusules de préstecs hipotecaris que, després de fixar la garantia, per exemple, de dos anys d'interessos ordinaris i tres de demora (que són ordinàriament superiors), afegeixen: "La reclamació per interessos ordinaris i de demora no pot excedir l'import de cinc anys dels primers".

La Llei 1/2013 va afegir un paràgraf tercer a l'article 114 LH, que ha estat modificat per la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari: "En el cas de préstec o crèdit celebrat per una persona física que estigui garantit mitjançant hipoteca sobre béns immobles per a ús residencial, l'interès de demora serà l'interès remuneratori més tres punts percentuals al llarg del període en què aquell resulti exigible. L'interès de demora només podrà meritjar sobre el principal vençut i pendent de pagament i no podrà ser capitalitzat en cap cas, excepte en el supòsit que preveu l'article 579.2.a) de la Llei d'enjudiciament civil. Les regles relatives a l'interès de demora en aquest paràgraf no admetran pacte en contra".

Les sentències de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 23 de desembre de 2015, 18 de febrer de 2016 i 3 de juny de 2016 van establir un criteri objectiu per determinar el caràcter abusiu dels interessos de demora en els préstecs hipotecaris, fixant aquest límit en dos punts percentuals per sobre de l'interès remuneratori. Aquesta doctrina jurisprudencial va ser qüestionada per diverses resolucions en les quals es pretenia que el TJUE declarés que no era conforme amb el Dret de la Unió Europea. El TJUE va entendre, en la seva sentència de 7 d'agost de 2018, que la jurisprudència de la Sala Primera del Tribunal Suprem

s'ajustava al Dret de la Unió i, en particular, a la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors.

4) Costes i despeses

També és habitual establir en les hipoteques una responsabilitat "per costes i despeses", és a dir, per les despeses d'execució, de manera que aquestes no les pagui el creditor executant, sinó que siguin amb càrrec al preu que s'obtingui en la subhasta.

4. Elements formals

Com a regla general, la hipoteca s'ha de constituir mitjançant una escriptura pública i inscripció en el Registre de la Propietat. Així es deriva de diversos preceptes:

Article 145 LH

"Perquè les hipoteques voluntàries quedin vàlidament establertes, es requereix: 1r. Que s'hagin constituït en escriptura pública. 2n. Que l'escriptura s'hagi inscrit en el Registre de la Propietat."

Article 1875 Cc

"A més dels requisits que exigeix l'article 1857, és indispensable, perquè la hipoteca quedi vàlidament constituïda, que el document en què es constitueixi sigui inscrit en el Registre de la Propietat."

4.1. Escriptura pública

L'escriptura pública és un dels dos elements de constitució de la hipoteca; generalment les hipoteques es pacten en una escriptura pública (estadísticament, la pràctica totalitat). Però aquesta regla pot tenir algunes excepcions; així, la hipoteca testamentària, és a dir, la constituïda pel testador, per exemple, en garantia del pagament d'un llegat o, principalment, d'una pensió es podria constituir en testament hològraf o atorgat davant testimonis, o la constituïda en garantia de la pensió o aliments per separació o divorci la podria constituir el jutge o es podria constituir en un conveni aprovat pel jutge.

4.2. La inscripció constitutiva

La inscripció és l'últim pas cap al camí de constitució de la hipoteca. Aquest pas és necessari, i aquesta necessitat també porta a parlar d'inscripció constitutiva, és a dir, que la hipoteca només existeix per la seva inscripció i des de la seva inscripció.

Aquesta afirmació és gairebé incontrovertida en la doctrina i es basa en la terminant dicció dels articles 145 LH i 1875 Cc. Si això fos així, la hipoteca no inscrita no existeix com a dret d'hipoteca, i no es pot executar. Com l'embargament, no es pot executar davant un tercer posseïdor o en perjudici de qui adquireixi qualsevol dret real sobre la finca; però, a diferència de l'embargament, tampoc no es pot executar davant el mateix hipotecant.

4.3. Hipoteca unilateral

L'article 138 LH considera hipoteques voluntàries, no solament les que acordin les parts, sinó també les imposades per disposició del propietari dels béns sobre els que s'estableixin, i l'article 141 LH es refereix a "les hipoteques voluntàries constituïdes per acte unilateral del propietari de la finca hipotecada".

1) Constitució i acceptació d'aquestes hipoteques

S'admet, doncs, sense restriccions, la hipoteca unilateral i els seus efectes. Cert que la hipoteca, com els altres drets reals, neix "a conseqüència de certs contractes",³ també pels altres mitjans de naixement dels drets reals, però no per un acte unilateral; o, en altres termes, n'és necessària l'acceptació.

⁽³⁾Art. 609 Cc

I la Llei no oblida això. Però, potser entenent que tota la càrrega dispositiva és en la disposició del propietari, i que el creditor es limita a una acceptació de la qual no es poden derivar perjudicis, permet la inscripció de la hipoteca unilateral no acceptada; i, si bé en subordina l'eficàcia a l'acceptació posterior del creditor, dóna a aquesta acceptació efecte retroactiu. L'article 141 LH diu que "l'acceptació de la persona a favor de la qual es van establir o inscriure s'ha de fer constar en el Registre mitjançant una nota marginal, els efectes de la qual es retreuen a la data de la seva constitució "; de manera que, estesa la nota marginal d'acceptació, és com si la hipoteca s'hagués constituït com a bilateral des d'un principi, en perjudici de tots els que van adquirir algun dret sobre la finca després de la primitiva inscripció de la hipoteca unilateral.

2) Cancel·lació de la hipoteca unilateral

Després de l'acceptació, la hipoteca unilateral es cancel·la com qualsevol altra.

Però el problema de cancel·lació de la hipoteca unilateral és el de la cancel·lació unilateral quan la hipoteca no és acceptada. S'ha de fugir de dues situacions: que es necessiti sempre el consentiment del creditor, perquè aquest pot negar la seva col·laboració i negar-se no solament a acceptar, sinó també a consentir la cancel·lació, i que n'hi hagi prou amb el consentiment de l'hipotecant, perquè llavors podria burlar les expectatives legítimes del creditor, oferir-li una hipoteca inscrita i cancel·lar-la abans que aquell inscriuï la seva acceptació. Entre totes dues situacions, els articles 141 LH i 237 RH han arbitrat un sistema prudent, que bàsicament consisteix en un requeriment al creditor i, transcorreguts dos mesos des d'aquest requeriment sense que consti l'acceptació en el Registre, el propietari de la finca pot atorgar per si sol l'escriptura de cancel·lació. El requeriment ha d'advertir sobre el sistema de cancel·lació.

Amb certa freqüència l'hipotecant intenta una cancel·lació encara més expedita i s'aparta de les precaucions reglamentàries: la R 06.11.1990 i d'altres van coincidir a afirmar que per a cancel·lar la hipoteca unilateral no n'hi ha prou amb acreditar que van transcórrer dos mesos des que es va expedir una còpia de l'escriptura a instàncies del creditor, sinó que es requereix la intimació o requeriment amb els requisits dels articles 141 LH i 237 RH, independentment que l'acceptació, llavors, hagi estat de bona fe o no, fet que escapa a les possibilitats de la qualificació registral.

Consulta recomanada

Més recentment es poden veure en el mateix sentit les R 03.06.2000 (BOE 27.07.2000) i R 23.10.2008 (BOE 20.11.2008).

Resum

Aquest mòdul s'ha iniciat estudiant el concepte d'*hipoteca* com a dret real de garantia pel qual el creditor pot promoure l'alienació forçosa de la finca en cas d'incompliment de l'obligació garantida. Posteriorment se n'han analitzat els diferents elements, que es poden resumir en l'esquema següent:

A) Elements personals

1) **L'hipotecant**, que l'ha de consentir. Pot coincidir o no amb el deutor. Això possibilita distingir entre el deutor hipotecari i l'**hipotecant no deutor** o hipotecant per deute aliè. *A posteriori* pot aparèixer la figura anomenada **tercer posseïdor** dels béns hipotecats, que és qui adquireix una finca hipotecada. S'ha estudiat cada una d'aquestes variants, a més del cas concret de pluralitat d'hipotecants.

2) **El creditor**, que l'ha d'acceptar. Hem vist la transcendència de la pluralitat de creditors sobre la hipoteca i les seves diferents variants.

B) Elements reals

1) **Objecte de la hipoteca**: com a regla general, es poden hipotecar tots els béns immobles i tots els drets reals sobre immobles que puguin ser alienats.

Hi ha casos amb modalitats especials, com la hipoteca del dret d'usdefruit, de la mera propietat; fins i tot es poden hipotecar els anteriorment hipotecats encara que ho estiguin amb el pacte de no tornar a hipotecar-los.

2) **En cas d'hipoteca de diverses finques**, la regla és la distribució entre aquestes de la responsabilitat hipotecària, de manera que, un cop feta la distribució, cada finca només respon de la quantitat que s'hi hagi assignat.

La hipoteca distribuïda funciona a efectes de cancel·lació com una pluralitat d'hipoteques independents, com si cada finca tingués una hipoteca no relacionada amb les altres.

Si per algun motiu (com la divisió o divisió horitzontal de la finca hipotecada) sorgeix una hipoteca solidària (és a dir, una hipoteca sobre diverses finques, sense distribuir) per a cancel·lar-la sobre una de les finques és necessari, no solament el consentiment del creditor, sinó també el dels propietaris de totes altres les finques hipotecades. S'ha explicat el motiu lògic d'aquesta exigència, que a primera vista pot semblar infundada.

3) Capital, interessos i costes són garantits usualment per la hipoteca:

- Sistema legal per a l'interès ordinari (arts. 114 i 115 LH).
- Interessos variables. Adaptació al principi d'especialitat (determinació exacta del màxim de responsabilitat per aquests conceptes).
- Garantia dels interessos de demora, com a sanció pel retard en el compliment d'unes obligacions.
- Costes i despeses.

C) Elements formals

- Escritura pública com a regla general. Excepcions: la hipoteca testamentària.
- Inscripció en el Registre de la Propietat: inscripció constitutiva, necessària per a la validesa de la hipoteca.
- Hipoteca unilateral. La seva constitució (unilateral), acceptació (posterior) i cancel·lació unilateral (amb el requeriment previ al creditor).

Activitats

1. Llegiu detingudament l'article 107 LH, sobre béns i drets hipotecables. Raoneu sobre la lògica del precepte, per exemple, en l'extinció de la hipoteca sobre l'usdefruit.
2. Sobre interessos variables, estudieu els fonaments de dret de l'R 26.10.1984 (BOE 05.12.1984). Com que pot ser més difícil de trobar, vegeu-ne un resum:

"Si bé, quant a la garantia del principal, es pot tractar d'una hipoteca ordinària o de tràfic, respecte de la clàusula de fluctuació d'interès s'és davant una hipoteca de seguretat, que fa necessari assenyalar una xifra màxima de responsabilitat, circumstància que no s'ha fet constar en aquesta escriptura, que s'ha limitat simplement a preveure la seva repercussió sense cap referència al límit màxim que es pot assolir, per la qual cosa davant aquesta indeterminació, no pertoca que en la seva actual redacció pugui accedir als llibres del Registre, si bé el defecte té el caràcter d'esmenable."

Vegeu també

En el mòdul següent es tractarà dels conceptes d'*hipoteca de tràfic* i *hipoteca de seguretat*.

3. Sobre garantia de l'interès de demora, llegiu els fonaments de dret de l'R 18.12.1999 (BOE 03.02.2000). Vet aquí un resum:

"Admesa per aquest centre directiu la cobertura hipotecària dels interessos encara que estiguin subjectes a una clàusula de revisió, no hi ha cap raó per a entendre que la cobertura hipotecària dels moratoris no pot excedir la quantitat que resulti d'aplicar al capital del préstec durant tres anys el tipus d'interès remunerador inicial [...] la doctrina d'aquest centre directiu de la computació conjunta dels interessos ordinaris i moratoris tampoc no és un argument per a rebutjar la inscripció ara pretesa, ja que, amb aquesta doctrina només es vol afirmar que unes mateixes quantitats no es poden considerar simultàniament interessos ordinaris i interessos de demora; respectant aquesta exigència, no hi ha cap obstacle per a reclamar tots els interessos, tant remuneradors com moratoris meritats i coberts per les respectives definicions –dins els màxim legals– de la garantia hipotecària, encara que es reclamin interessos remuneradors dels cinc últims anys i interessos moratoris del mateix període, si així fos procedent perquè les quantitats que van meritats els uns i els altres són diferents i de venciments diferents."

4. Feu un breu esquema de les característiques de la hipoteca a partir del que s'ha estudiat a *Dret civil III, drets reals*.

Exercicis d'autoavaluació

1. Quines són les respectives responsabilitats del deutor no hipotecant, hipotecant no deutor i tercer posseïdor?
2. Es poden hipotecar béns ja hipotecats amb un pacte exprés de no tornar a hipotecar-los?
3. Què s'ha de fer en cas d'hipoteca sobre diverses finques? Per què?
4. Es pot constituir una hipoteca sense escriptura pública? I sense inscripció en el Registre de la Propietat?
5. Pot constituir una hipoteca unilateralment el propietari de la finca hipotecada?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. El deutor no hipotecant respon del deute amb tots els seus béns, com qualsevol deutor. L'hipotecant no deutor i el tercer posseïdor no són responsables del deute (ningú no els el pot reclamar ni els pot embargar béns propis per aquest concepte), però estan obligats a suportar l'execució per impagament, i hauran de pagar si no volen perdre la finca.

2. Sí. Vegeu l'article 107 LH.

3. Distribuir la responsabilitat hipotecària entre totes.

4. La seva escriptura, pràcticament no, encara que hi ha alguns impostos d'excepció molt rars a la pràctica. La seva inscripció, no.

5. Sí. El creditor ha d'acceptar posteriorment la hipoteca. Hi ha alguna especialitat per a la cancel·lació unilateral.