
La hipoteca: elementos personales, reales y formales

PID_00265032

Pedro Ávila Navarro
Teresa Sánchez Hernández

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas





Pedro Ávila Navarro

Registrador de la propiedad. Licenciado en Humanidades por la UOC. Notario

Teresa Sánchez Hernández

Registradora de la propiedad de Sant Feliu de Llobregat 2.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Marian Gili Saldaña (2019)

Tercera edición: septiembre 2019
© Pedro Ávila Navarro, Teresa Sánchez Hernández
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. La hipoteca: elementos personales, reales y formales	7
1.1. Concepto	7
2. Elementos personales	8
2.1. El acreedor hipotecario: pluralidad de acreedores	8
2.2. Deudor hipotecario, hipotecante no deudor y tercer poseedor	8
3. Elementos reales	11
3.1. Cosas y derechos que pueden y que no pueden hipotecarse	11
3.2. Hipoteca de varias fincas; distribución; la hipoteca solidaria	11
3.3. Extensión sobre capital, intereses y costas	13
4. Elementos formales	17
4.1. Escritura pública	17
4.2. La inscripción constitutiva	17
4.3. Hipoteca unilateral	17
Resumen	19
Actividades	21
Ejercicios de autoevaluación	21
Solucionario	22

Introducción

La hipoteca es uno de los más importantes derechos reales, por su extraordinaria frecuencia y también por su gran tecnicismo, con el que se ha superado en el derecho actual la clandestinidad que caracterizó al derecho antiguo y medieval, e incluso parte del moderno.

Es muy útil la definición descriptiva de Roca Sastre, que comprende todas sus características: derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación dineraria, de carácter accesorio e indivisible, y de constitución registral, que grava bienes ajenos, enajenables y que permanecen en posesión de su titular.

Reténgase, por ahora, la característica de tratarse de un derecho de realización de valor, es decir, que concede a su titular la facultad de promover la venta de la finca para satisfacerse de un crédito con cargo al precio obtenido. Añádase que puede garantizar toda clase de obligaciones, pero como lo que se obtiene en la subasta es sólo dinero, en realidad sólo permite ejecutar obligaciones dinerarias, ya porque lo sean originariamente, ya porque se conviertan en tales como indemnización o materialización dineraria por incumplimiento de una obligación de hacer o no dineraria.

Además de lo indicado, conviene repasar lo ya estudiado al respecto en la asignatura correspondiente, *Derecho civil III, derechos reales*.

Objetivos

En este módulo didáctico encontraréis los contenidos y las herramientas indispensables para alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Conocer la institución de la hipoteca como derecho real de garantía más extendido en el tráfico jurídico inmobiliario.
- 2.** Reconocer a cada uno de los posibles participantes: deudor hipotecario, acreedor, tercer poseedor, pluralidad de hipotecantes, etc.
- 3.** Retener cuáles son las cosas y derechos susceptibles de ser hipotecados.
- 4.** Comprender las reglas de distribución de la hipoteca sobre varias fincas.
- 5.** Conocer los elementos formales de toda hipoteca y el carácter constitutivo de su inscripción.

1. La hipoteca: elementos personales, reales y formales

1.1. Concepto

La hipoteca es un **derecho real de garantía** por el que el acreedor puede promover la enajenación forzosa de la finca en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, con objeto de cobrarse un crédito con el precio obtenido.

Siempre se ha considerado, como una cualidad casi dogmática de la hipoteca, su **accesoriedad**, en el sentido de que no puede existir si no existe la obligación válida que se garantiza. Hoy se pone en cuestión esa característica y se pretende la existencia de hipotecas abstractas, como la *hipoteca flotante* o la *hipoteca recargable*; pero la verdad es que la llamada hipoteca flotante, basada en el artículo 153 bis de la LH, no es más que una hipoteca en garantía de varias obligaciones, pero accesoria de ellas al fin y al cabo, y la hipoteca recargable no tiene apoyo legal alguno y debe considerarse un privilegio indefendible.

2. Elementos personales

En la hipoteca, intervienen como elementos personales indispensables el hipotecante, que ha de consentirla, y el acreedor, que ha de aceptarla; a su vez, el primero puede ser el mismo deudor, u otra persona que garantiza una obligación ajena en una especie de fianza que se ha llamado, gráficamente, fianza real.

2.1. El acreedor hipotecario: pluralidad de acreedores

Al ser la hipoteca un derecho real accesorio de una obligación principal, el titular del derecho real tiene que ser siempre el acreedor de la obligación principal.

Ese sujeto puede ser plural, cuando sean varios los acreedores; en tal caso, las variantes que puede revestir la obligación con pluralidad de acreedores se comunica también al derecho real y lo separa de algunas reglas aplicables a los demás derechos reales:

- Si la obligación garantizada es una obligación solidaria, la hipoteca será única, como la obligación, y no será necesaria la distribución entre los acreedores; esto es una excepción a la regla general de que la finca o los derechos sobre ella pertenezcan a un solo dueño o a varios pro indiviso. La hipoteca podrá ser ejecutada por cualquiera de los acreedores.
- Si la obligación es mancomunada, según el artículo 1138 Cc, "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros"; el hecho de que se reputen créditos distintos convierte prácticamente a la pretendida obligación única en una pluralidad de obligaciones independientes y, en caso de garantía hipotecaria, implica que se constituye una por cada obligación; si los créditos se reputan distintos, también deben reputarse distintas las hipotecas; lo que no impide que esas garantías tengan el mismo rango y se constituyan en el mismo documento.

2.2. Deudor hipotecario, hipotecante no deudor y tercer poseedor

Una persona puede hipotecar una finca propia para garantizar una obligación propia que debe cumplir.

Ejemplo

El caso ordinario y más frecuente del que compra una finca financiándola con un préstamo que recibe simultáneamente y que garantiza con hipoteca sobre la misma finca comprada.

O puede hipotecar su finca para garantizar una obligación ajena.

Ejemplo

Como los padres que hipotecan una finca para garantizar el préstamo que un banco concede a su hijo para establecer un negocio, o sociedades del mismo grupo que se garantizan unas a otras.

Y, finalmente, puede adquirir una finca hipotecada sin tener relación alguna previa con la obligación que se garantiza.

Surgen así las figuras que la doctrina llama, respectivamente, deudor hipotecario, hipotecante no deudor y tercer poseedor de los bienes hipotecados:

1) El deudor hipotecario

El que constituye hipoteca en garantía de una **deuda propia** tiene una responsabilidad personal como la de cualquier deudor y, además, lo que se llama una responsabilidad real, por la especial afección de la finca. El artículo 105 LH dice que la hipoteca "no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código civil".

El acreedor podrá, pues, reclamar la deuda por una acción personal contra el acreedor, o podrá dirigirse por acción real contra la finca.

En la realidad, el acreedor ejercita la acción hipotecaria como más segura, puesto que al aceptar la hipoteca ya estudió la suficiencia de los bienes y el rango con que adquirió su derecho; y, si en la ejecución no se obtiene un precio suficiente para pagar la deuda, podrá ejercitar la acción personal por la diferencia; ese ejercicio de la acción personal, si se quiere realizar sobre bienes concretos, requerirá el embargo.

2) El hipotecante no deudor

Se refiere a esta figura el artículo 1857 Cc cuando dice que "las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes". Este llamado hipotecante por **deuda ajena** o fiador real no responde de la obligación garantizada, sino en el sentido de que ésta podrá ejecutarse contra la finca; pero el acreedor no puede exigirle el pago de la deuda, ni perseguir ésta sobre otros bienes del hipotecante distintos de la finca hipotecada; no es, pues, estrictamente, un fiador, porque éste sí responde de la obligación con todo su patrimonio. Si el hipotecante no deudor vende la finca hipotecada, su relación con el acreedor y con la deuda desaparece.

3) Pluralidad de hipotecantes

Si son varios los hipotecantes de una finca (comuneros, usufructuario y nudo propietario, etc.), quedarían sujetos, en principio, a la norma general de distribución de la hipoteca entre los distintos derechos¹; con lo que el acreedor sólo podría ejecutar la parte del incumplidor, que generalmente quedaría devaluada (hay poco interés en adquirir en subasta una parte indivisa, un usufructo, una nuda propiedad). El sistema sería muy poco práctico, y por eso el artículo 217 RH establece una excepción que la practica convierte en regla general: "Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o partici-

⁽¹⁾Ved después art. 216 RH

paciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución". En ese caso, el acreedor en su día sólo podrá ejecutar la hipoteca sobre toda la finca, y no sobre derechos o cuotas singulares.

4) El tercer poseedor

Se llama tercer poseedor (con no mucha propiedad) **el que adquiere una finca hipotecada**: la carga le afecta, en el sentido de que tendrá que soportar la ejecución por falta de pago, o pagar si quiere evitar la ejecución; pero no tiene relación alguna con la obligación garantizada, ni el acreedor puede reclamarle el pago, ni mucho menos pretender el cobro sobre otros bienes suyos; sin perjuicio de que este tercer poseedor pueda convertirse en deudor subrogándose en la deuda mediante un pacto con el deudor anterior y con el acreedor.

3. Elementos reales

3.1. Cosas y derechos que pueden y que no pueden hipotecarse

Como regla general, y siendo la hipoteca un derecho de realización de valor, que encierra la posibilidad de una futura enajenación de la finca, pueden hipotecarse todos los bienes inmuebles y todos los derechos reales sobre inmuebles –que, a su vez, son también inmuebles, según la definición del artículo 334.10 Cc– que **puedan ser enajenados**. Y, al tiempo, no pueden ser hipotecados los bienes que no se pueden enajenar; por ejemplo, los de dominio y uso público o el uso y la habitación².

⁽²⁾Ved art. 525 Cc

Sentada la regla general de que pueden hipotecarse los inmuebles que se pueden enajenar y no se pueden hipotecar los que no se pueden enajenar, no haría falta insistir más. Pero los artículos 106, 107 y 108 LH tratan de los bienes y derechos que "podrán ser hipotecados, que podrán también hipotecarse y que no se podrán hipotecar"; conviene repasar especialmente el artículo 107 LH, porque contempla bienes que podrán también hipotecarse, pero con ciertas restricciones o particularidades.

Ejemplo

1.º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

2.º 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, como no se haya pactado lo contrario.

3.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

3.2. Hipoteca de varias fincas; distribución; la hipoteca solidaria

Puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que una sola finca no sea suficiente para garantizar un crédito y sea necesario hipotecar dos o más. La operación tiene entonces importantes especialidades:

1) Regla general de distribución

Dice el artículo 119 LH que "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"; y el artículo 216 RH añade (quizá innecesariamente) 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 por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder".

La obligación de distribuir obedece a la preocupación solidarias de la ley de **evitar las hipotecas solidarias** con la finalidad de favorecer el tráfico inmobiliario: es necesario que el posterior adquirente de una finca pueda saber de qué cantidades responde exactamente, sin que esa información se mediatice por las vicisitudes del gravamen que pesa sobre las demás fincas; como explica la R. 15.06.1993, "en principio queda prohibida en nuestro Derecho la constitución de hipotecas solidarias porque se prestan a maquinaciones del acreedor (que a su arbitrio podría elegir la finca que habrá de responder hipotecariamente de todo) y porque estas hipotecas disminuyen, sin razón que lo justifique suficientemente, las posibilidades del tráfico y del crédito territorial". En cambio, hecha la distribución, cada finca sólo responde la cantidad que se le haya asignado; el artículo 120 LH dice que, "fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos".

Ejemplo

El banco B presta a A la cantidad de 10; en garantía, A constituye hipoteca sobre dos fincas, X y Z; cumpliendo la obligación de distribuir, se asigna a X una responsabilidad de 6, y a Z una de 4. Posteriormente, si C quiere comprar la finca X por un precio total de 8, sabe que puede hacerlo sin peligro si paga 2 y retiene 6 para pago de la hipoteca en su día. Si no tuviera que hacerse la distribución y la hipoteca fuese solidaria entre las dos fincas, C no podría comprar, porque aun reteniendo los 8, se arriesga a que B actúe sólo sobre la finca X por los 10 de la total deuda, absorbiendo todo su valor.

2) Cancelación de la hipoteca distribuida

La hipoteca distribuida funciona a efectos cancelatorios como una pluralidad de hipotecas independientes (en realidad, es lo que es):

- Pagada la parte de crédito de que responde una finca, podrá exigirse la cancelación respecto de esa finca.
- Pagada una parte del crédito que se pueda aplicar a una u otra finca, el deudor tiene derecho a imputarla a la que quiera. Según varias resoluciones de la Dirección General, por ejemplo, la R. 27.01.1986, no es admisible la renuncia de este derecho que al deudor asigna el artículo 124 LH, de poder elegir, en caso de pago parcial del crédito garantizado sobre varias fincas, el inmueble que ha de quedar libre, por ir contra el interés público.

3) La hipoteca solidaria; los problemas para su cancelación

A pesar de las precauciones legales y reglamentarias, hay supuestos, excepcionales en el Derecho español, en que surge una hipoteca solidaria entre varias fincas. Es el caso de hipoteca sobre una finca que después es objeto de división, segregación o propiedad horizontal, sin llegarse a un acuerdo sobre distribución de la hipoteca entre las varias fincas resultantes; dice el artículo 123 LH que "si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor". Si esas varias fincas llegan a pertenecer a distintas personas, cada propietario se verá expuesto a que el acreedor repita sólo contra su finca; se añade que "no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor 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".

Si el acreedor repite sólo contra una de las fincas, el dueño de ésta que pague, o que la pierda en la ejecución, podrá reclamar contra las demás fincas la parte que proporcionalmente corresponda a cada una, subrogándose para ello en los derechos del acreedor hipotecario. Por eso, dice el artículo 125 LH que "cuando sea una la finca hipotecada o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho"; es una trasposición a la hipoteca solidaria del principio general de las obligaciones solidarias, de que existe una relación interna entre los varios deudores en virtud de la cual cada uno de ellos es sólo deudor de parte. Pero esta relación interna se rompería con la cancelación parcial de la hipoteca respecto a cualquiera de las fincas en que se dividió primitivamente hipotecada. Por eso, para la cancelación será preciso no sólo el consentimiento del acreedor, sino también el de los propietarios de todas las fincas.

Ejemplo

Los constructores suelen recibir préstamos que se constituyen sobre la totalidad de la finca, cuando aún es un solar o un edificio en construcción; después, antes de comenzar la venta de los departamentos, distribuyen la hipoteca, de manera que el comprador de un piso puede saber exactamente la responsabilidad hipotecaria que le afecta. Si no se hiciera esa distribución, el comprador de un piso estaría expuesto a que el acreedor actuase sobre su piso cuando incumpliera su obligación el dueño de cualquier otro departamento.

3.3. Extensión sobre capital, intereses y costas

La hipoteca garantizará ordinariamente el importe de una deuda o, más raramente, una parte de ese importe; pero además puede garantizar otros conceptos, como intereses y costas:

1) Sistema legal para el interés ordinario

El sistema legal de garantía de los intereses se encuentra, más o menos expresa o tácitamente, en los artículos 114 y 115 LH; hay que distinguir varios supuestos:

a) **La regla a falta de pacto** es la del artículo 114.1 LH: "Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a 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".

b) **El pacto.** Según el artículo 114.2 LH, "en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años".

Por virtud de esa licencia legal de pacto sobre intereses, los interesados pueden adoptar tres posturas distintas:

- Guardar silencio, sometiéndose con ello al estado legal de las cosas: garantía de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.
- Excluir o reducir la responsabilidad por intereses, lo que no es muy probable.
- Ampliar la responsabilidad por intereses, dentro del límite máximo de cinco años.

c) **La ampliación.** En cualquier caso, el acreedor puede pedir ampliación de hipoteca por intereses que, según lo dicho, no resulten asegurados: sobre los mismos bienes, si pertenecen al deudor; o sobre otros de éste, en otro caso. Es algo que no se suele hacer nunca.

d) **Independencia de la responsabilidad por intereses.** La distinta naturaleza de la obligación principal y de la accesoria de pago de intereses impone, por razón del principio de especialidad, su garantía diferenciada (una cantidad por principal y otra por intereses) y no comunicante (los intereses que excedan de la cantidad garantizada no pueden reclamarse hipotecariamente con cargo a la cantidad asegurada por principal, ni al revés); así se deduce, entre muchos otros, de los artículos 12 LH y 220 RH.

La independencia de la responsabilidad por intereses tiene que influir, necesariamente, en el sistema de liquidación de cargas en el momento de la ejecución hipotecaria. Tómese el siguiente supuesto: A constituye hipoteca en favor de B por un principal de 10 y un máximo por intereses de 2; detrás se anota un embargo en favor de C por 5; A ha ido pagando el crédito hipotecario, que presenta un saldo de 6; pero en un momento dado dejó de pagar, por lo que se han acumulado intereses por importe de 4. Se ejecuta la hipoteca y se obtienen 10 en la subasta. B se sentirá tentado a pensar que esos 10 le corresponden, pero no es así: de esos 10 podrá cobrar los 6 que se le deben por principal –no puede reclamar más–, más los 2 que tiene garantizados por intereses –el resto no está garantizado por la hipoteca–; eso suma 8; y los otros 2 corresponderán al acreedor embargante, C.

2) Intereses variables

Las entidades de crédito suelen acudir con frecuencia, en los préstamos hipotecarios, al sistema de intereses variables periódicamente en función de determinados módulos. Esa práctica ha sido regulada por distintas disposiciones, especialmente de carácter público, o de disciplina de las entidades de crédito; pero estas cláusulas también han suscitado la atención de los hipotecaristas, centrada sobre todo en el problema de la adaptación al principio de especialidad, que exige, en principio, la determinación exacta de la cantidad asegurada; recuérdese que, según el artículo 12 LH, "en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de

los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración". Este problema central fue resuelto acudiendo al concepto de la hipoteca de máximo; así lo hicieron las RR. 26 y 31.10.1984, RR. 23 y 26.10.1987 y R. 21.01.1988, las cuales consideraron **necesaria la fijación de una cifra máxima** de responsabilidad.

Ejemplo

En una cláusula usual: "1. El préstamo devengará un interés fijo del 4% anual durante un primer periodo de un año. 2. Entonces, y sucesivamente cada año, se fijará según el euríbor más un punto. 3. En su defecto, según el índice de referencia de los bancos más cero coma cincuenta puntos. 4. El tipo mínimo de interés será de dos puntos y medio y el máximo de seis puntos".

3) Garantía de los intereses de demora

En las escrituras de préstamos hipotecarios aparece, invariablemente, una cláusula en la que se prevé que el retraso en el pago de capital o intereses (de las cuotas de amortización previstas) devengará un "interés de demora" fijado generalmente en un tipo muy superior al del interés ordinario.

El elemento que hace más confuso y problemático el tratamiento de los intereses de demora es su errónea denominación; hay que apresurarse, pues, a afirmar que los intereses de demora no son tales intereses, en cuanto que no suponen una retribución al goce del capital, sino una sanción por el retraso en el cumplimiento de unas obligaciones.

La Dirección entendió en alguna ocasión (por ejemplo, R. 22.07.1996 y R. 16.02.1990) que los intereses ordinarios y los de demora habían de computarse conjuntamente a efectos de límite; pero ese criterio cambió a partir de la R. 18.12.1999, que admitió la acumulación de 5 años de interés remuneratorio y 5 de demora. Sin embargo, aparecen todavía cláusulas de préstamos hipotecarios que, tras fijar la garantía, por ejemplo, de 2 años de intereses ordinarios y 3 de demora (que son ordinariamente superiores), añaden: "La reclamación por intereses ordinarios y de demora no podrá exceder del importe de 5 años de los primeros".

La Ley 1/2013 añadió un párrafo tercero al artículo 114 LH, que ha sido modificado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: "En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario".

La sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 establecieron un criterio objetivo para determinar el carácter abusivo de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, fijando este límite en dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio. Esa doctrina jurisprudencial fue cuestionada por diversas resoluciones en las que se pretendía que el TJUE declarara que no era conforme con el Derecho de la Unión Europea. El TJUE entendió, en su sentencia de 7 de agosto de 2018, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ajustaba al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

4) Costas y gastos

También es habitual establecer, en las hipotecas, una responsabilidad "por costas y gastos", es decir, por los gastos de ejecución, de manera que éstos no sean pagados por el acreedor ejecutante, sino con cargo al precio que se obtenga en la subasta.

4. Elementos formales

Como regla general, la hipoteca se tiene que constituir mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad; resulta así de varios preceptos:

Artículo 145 LH

"Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad".

Artículo 1875 Cc

"Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad".

4.1. Escritura pública

La escritura pública es uno de los dos elementos de constitución de la hipoteca; generalmente, las hipotecas se pactan en escritura pública (estadísticamente, la práctica totalidad). Pero esa regla puede tener algunas excepciones; y así, la hipoteca testamentaria, es decir, la constituida por el testador, por ejemplo, en garantía del pago de un legado o, principalmente, de una pensión, podría constituirse en testamento ológrafo u otorgado ante testigos; o la constituida en garantía de la pensión o alimentos por separación o divorcio podría constituirse por el juez o en convenio aprobado por el juez.

4.2. La inscripción constitutiva

La inscripción es el último paso en el camino de constitución de la hipoteca; paso que es necesario, y esa necesidad lleva también a hablar de inscripción constitutiva, o sea, que la hipoteca no existe sino por y desde su inscripción.

Esa afirmación es casi incontrovertida en la doctrina, y se basa en la terminante dicción de los artículos 145 LH 1875 Cc. Si esto fuera así, la hipoteca no inscrita no existe como derecho de hipoteca, y no podrá ejecutarse; como el embargo, no podrá ejecutarse frente a un tercer poseedor o en perjuicio del que adquiriera cualquier derecho real sobre la finca. Pero, a diferencia del embargo, tampoco podrá ejecutarse frente al propio hipotecante.

4.3. Hipoteca unilateral

El artículo 138 LH considera hipotecas voluntarias no sólo a las convenidas entre partes, sino también a las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan. El artículo 141 LH se refiere a "las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada".

1) Constitución y aceptación de estas hipotecas

Se admite, pues, sin restricciones, la hipoteca unilateral y sus efectos; cierto que la hipoteca, como los demás derechos reales, nace "a consecuencia de ciertos contratos"³, también por los demás medios de nacimiento de los derechos reales, pero no por un acto unilateral; o, en otros términos, es necesaria la aceptación.

⁽³⁾Art. 609 Cc

La ley no olvida eso; pero, quizá entendiendo que toda la carga dispositiva está en la disposición del propietario, y que el acreedor se limita a una aceptación de la que no pueden derivársele perjuicios, permite la inscripción de la hipoteca unilateral no aceptada; y, si bien subordina su eficacia a la posterior aceptación del acreedor, da a esa aceptación efecto retroactivo; el artículo 141 LH dice que "la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma"; de manera que, extendida la nota marginal de aceptación, es como si la hipoteca se hubiera constituido como bilateral desde un principio, en perjuicio de todos los que hubieran adquirido algún derecho sobre la finca con posterioridad a la primitiva inscripción de la hipoteca unilateral.

2) Cancelación de la hipoteca unilateral

Después de la aceptación, la hipoteca unilateral se cancela como cualquier otra.

Pero el problema de cancelación de la hipoteca unilateral es el de la cancelación unilateral cuando la hipoteca no es aceptada; debe huirse de dos extremos: que se necesite siempre el consentimiento del acreedor, porque éste puede negar su colaboración y negarse no sólo a aceptar, sino también a consentir la cancelación; y que baste el consentimiento del hipotecante, porque entonces podría burlar las legítimas expectativas del acreedor, ofrecerle una hipoteca inscrita y cancelarla antes de que aquél inscriba su aceptación. Mediando entre ambos extremos, los artículos 141 LH y 237 RH han arbitrado un sistema prudente que, básicamente, consiste en un requerimiento al acreedor y, transcurridos dos meses desde ese requerimiento sin que conste la aceptación en el Registro, el dueño de la finca pueda otorgar por sí solo la escritura de cancelación; el requerimiento debe advertir sobre el sistema de cancelación.

Con cierta frecuencia, el hipotecante intenta una cancelación aún más expedita apartándose de las precauciones reglamentarias: la R. 06.11.1990 y otras coincidieron en afirmar que, para la cancelación de la hipoteca unilateral, no basta acreditar que transcurrieron dos meses desde que se expidió copia de la escritura a instancia del acreedor, sino que se requiere la intimación o requerimiento con los requisitos de los artículos 141 LH y 237 RH; independientemente de que la aceptación, entonces, haya sido o no de buena fe, lo que escapa a las posibilidades de la calificación registral.

Consulta recomendada

Más recientemente, pueden verse en el mismo sentido las R. 03.06.2000 (BOE 27.07.2000) y R. 23.10.2008 (BOE 20.11.2008).

Resumen

Este módulo se ha iniciado estudiando el concepto de hipoteca como derecho real de garantía por el que el acreedor puede promover la enajenación forzosa de la finca en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Posteriormente, se han analizado sus diferentes elementos que pueden resumirse en el siguiente esquema:

1) Elementos personales

a) **El hipotecante**, que ha de consentirla. Puede coincidir o no con el deudor. Ello posibilita distinguir entre el deudor hipotecario y el **hipotecante no deudor** o hipotecante por deuda ajena. A posteriori, puede aparecer la figura llamada **tercer poseedor** de los bienes hipotecados, que es el que adquiere una finca hipotecada. Se ha estudiado cada una de estas variantes, además del caso concreto de pluralidad de hipotecantes.

b) **El acreedor**, que ha de aceptarla. Hemos visto la trascendencia de la pluralidad de acreedores sobre la hipoteca, así como sus diferentes variantes.

2) Elementos reales

a) **Objeto de la hipoteca**: Como regla general, pueden hipotecarse todos los bienes inmuebles y todos los derechos reales sobre inmuebles que puedan ser enajenados.

Hay casos con modalidades especiales, como la hipoteca del derecho de usufructo, de la mera propiedad; pueden incluso hipotecarse los anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

b) **En caso de hipoteca de varias fincas**, la regla es la distribución entre ellas de la responsabilidad hipotecaria, de manera que, hecha la distribución, cada finca sólo responde a la cantidad que se le haya asignado.

La hipoteca distribuida funciona a efectos de cancelación como una pluralidad de hipotecas independientes, como si cada finca tuviera una hipoteca no relacionada con las demás.

Si por algún motivo (como la división o división horizontal de la finca hipotecada) surgiera una hipoteca solidaria (o sea, una hipoteca sobre varias fincas, sin distribuir) para su cancelación sobre una de las fincas será preciso no sólo

el consentimiento del acreedor, sino también el de los propietarios de todas las demás fincas hipotecadas. Se ha explicado el lógico motivo de esta exigencia, que a primera vista puede parecer infundada.

c) **Capital, intereses y costas** son usualmente garantizados por la hipoteca:

- Sistema legal para el interés ordinario (arts. 114 y 115 LH).
- Intereses variables. Adaptación al principio de especialidad (determinación exacta del máximo de responsabilidad por estos conceptos).
- Garantía de los intereses de demora, como sanción por el retraso en el cumplimiento de unas obligaciones.
- Costas y gastos.

3) Elementos formales

- Escritura pública como regla general. Excepciones: la hipoteca testamentaria.
- Inscripción en el Registro de la Propiedad: inscripción constitutiva, necesaria para la validez de la hipoteca.
- Hipoteca unilateral. Su constitución (unilateral), aceptación (posterior) y cancelación unilateral (con previo requerimiento al acreedor).

Actividades

1. Leer detenidamente el artículo 107 LH, sobre bienes y derechos hipotecables. Razonad sobre la lógica del precepto, por ejemplo, en la extinción de la hipoteca sobre el usufructo.

2. Sobre intereses variables, estudiad los fundamentos de derecho de la R. 26.10.1984 (BOE 05.12.1984); como puede ser más difícil de encontrar, he aquí un resumen:

"Si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, circunstancia que no se ha hecho constar en la presente escritura, que se ha limitado simplemente a prever su repercusión sin ninguna referencia al límite máximo que puede alcanzarse, por lo que ante esta indeterminación, no cabe que en su actual redacción pueda acceder a los libros del Registro, si bien el defecto tiene el carácter de subsanable."

3. Sobre garantía del interés de demora, leed los fundamentos de derecho de la R. 18.12.1999 (BOE 03.02.2000); he aquí un resumen:

"Admitida por este centro directivo la cobertura hipotecaria de los intereses aun cuando estén sujetos a cláusula de revisión, no hay ninguna razón para entender que la cobertura hipotecaria de los moratorios no puede exceder de la cantidad que resulte de aplicar al capital del préstamo durante tres años, el tipo de interés remuneratorio inicial [...] la doctrina de este centro directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esa doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, mas, respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones –dentro de los máximo legales– de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo periodo, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros".

4. Realizad un breve esquema de las características de la hipoteca a partir de lo estudiado en *Derecho civil III, derechos reales*.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuáles son las respectivas responsabilidades del deudor no hipotecante, hipotecante no deudor y tercer poseedor?

2. ¿Pueden hipotecarse bienes ya hipotecados con pacto expreso de no volverlos a hipotecar?

3. ¿Qué debe hacerse en caso de hipoteca sobre varias fincas? ¿Por qué?

4. ¿Puede constituirse una hipoteca sin escritura pública? ¿y sin inscripción en el Registro de la Propiedad?

5. ¿Puede constituirse una hipoteca unilateralmente por el dueño de la finca hipotecada?

Ved también

En el módulo siguiente, se tratarán los conceptos de hipoteca de tráfico e hipoteca de seguridad.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. El deudor no hipotecante responde de la deuda con todos sus bienes, como cualquier deudor; el hipotecante no deudor y el tercer poseedor no son responsables de la deuda (nadie se la puede reclamar ni embargarles bienes propios por ese concepto), pero están obligados a soportar la ejecución por impago, y deberán pagar si no quieren perder la finca.
2. Sí; ved art. 107 LH.
3. Distribuir la responsabilidad hipotecaria entre todas ellas.
4. Su escritura, prácticamente no, aunque caben algunos supuestos de excepción muy raros en la práctica. Su inscripción, no.
5. Sí; la hipoteca debe ser aceptada con posterioridad por el acreedor; hay alguna especialidad para la cancelación unilateral.