



La hipoteca inmobiliaria

Unidad 11

ADELA SERRA RODRÍGUEZ

07/05/2025



Este texto está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

4.0 Internacional.

It may be copied, distributed and broadcast provided that the author that publishes it are cited. Commercial use and derivative works are not permitted. The full licence can be consulted on Creative Commons

La hipoteca inmobiliaria

Unidad 11

SUMARIO: I. Ideas generales. II. Concepto, caracteres y clases. 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. La función económica de la hipoteca y la regulación del mercado hipotecario. 4. Clases. II. Los sujetos de la relación jurídica-hipotecaria y la capacidad para constituir hipoteca. III. Constitución de hipoteca y promesa de constituir hipoteca. IV. El objeto de la hipoteca y la extensión objetiva de la hipoteca. 1. Bienes susceptibles de hipoteca. 2. Bienes que no pueden ser hipotecados. 3. La extensión objetiva de la hipoteca. V. Alcance de la hipoteca respecto de la relación obligatoria. 1. Obligaciones garantizables con hipoteca. 2. El alcance de la hipoteca a la obligación de intereses. VI. La responsabilidad hipotecaria. VII. La hipoteca sobre varias fincas y el principio de especialidad. VIII. El contenido de la hipoteca. 1. La acción de devastación o deterioro. 2. El vencimiento anticipado de la obligación. 3. La cesión del crédito hipotecario. 4. La subrogación del préstamo hipotecario. IX. Privilegio y preferencia del crédito hipotecario: el rango hipotecario. X. La ejecución hipotecaria. 1. La acción personal y la acción real. 2. Procedimiento de ejecución hipotecaria. 3. Procedimiento de ejecución común u ordinaria. 4. Efectos de la realización del valor del bien hipotecado. XI. La extinción y cancelación de la hipoteca.

I. Ideas generales

El art. 1911 CC recoge el llamado “principio de responsabilidad patrimonial universal”, según el cual el deudor responderá del (in)cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. Para asegurar el cumplimiento por el deudor pueden contraerse garantías personales y/o garantías reales, que suponen un refuerzo del derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito.

Art. 1911 CC : “Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

En el caso de las garantías personales al patrimonio del deudor se añade el patrimonio de un tercero (fiador o avalista), que responderá, en las condiciones pactadas o legalmente previstas, en caso de incumplimiento de aquél.

Las garantías reales suponen, en cambio, la sujeción de uno o varios bienes concretos a la satisfacción del derecho del acreedor en caso de incumplimiento del deudor. A diferencia de las personales, las garantías reales son eficaces *erga omnes*, pudiéndose hacer valer frente a cualquier poseedor del bien gravado, y facultan a su titular a realizar el valor en cambio del bien, a través de los medios legalmente establecidos, para la satisfacción de su crédito (*ius distrahendi*).

Los derechos reales de garantía o derechos de realización de valor regulados en el Código civil son la prenda sin desplazamiento, la hipoteca inmobiliaria y la anticresis. Además, hay que tener en cuenta que existen otras garantías reales reguladas en leyes especiales, como la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento reguladas en la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, o la hipoteca naval, regulada en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

II. Concepto, caracteres y clases

1. Concepto

La hipoteca inmobiliaria es la más importante de las garantías reales. Para el hipotecante (propietario del bien gravado) porque le permite obtener financiación sin tener que perder la posesión del bien ni ver limitado su poder de disposición. Para el acreedor hipotecario porque sujeta el bien gravado a la satisfacción de su crédito, de manera que le permite su realización forzosa en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, con independencia de quien sea su titular, otorgándosele, además, una preferencia para el cobro sobre el importe obtenido.

Arts. 1874 CC y 106 LH: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para la que fue constituida”.

Su regulación se halla en los arts. 1857 a 1862 CC (que contempla las disposiciones comunes a la prenda, hipoteca y anticresis), los arts. 1874 a 1880 CC (que se ocupan del “Contrato de hipoteca”, del que nace, junto con otros actos o negocios jurídicos, el “derecho real de hipoteca”) y los arts. 104 y siguientes LH. Además, hay que tener en cuenta las normas que contiene la LEC sobre procedimiento de ejecución (arts. 655 y ss.; en especial, arts. 681 y ss.).

2. Caracteres

1. Es un derecho real de garantía: sujeta los bienes directa e inmediatamente a la satisfacción del crédito garantizado. Como derecho real, es oponible *erga omnes*.

2. Es un derecho de realización de valor. Su finalidad es asegurar la satisfacción de un crédito, permitiendo al acreedor obtener su importe mediante la realización del valor del bien hipotecado, a través de procedimientos legalmente establecidos, con preferencia a otros acreedores.

3. Es un derecho de constitución registral. El derecho real nace con la inscripción del título constitutivo (que ha de constar en documento público) en el Registro de la Propiedad (arts. 1875 CC y 145 LH). La inscripción registral es constitutiva de la hipoteca.

Si el negocio constitutivo de la hipoteca consta en escritura pública, pero aún está inscrita, no habrá nacido el derecho real de hipoteca y el acreedor no podrá pretender una preferencia para el cobro de su crédito frente a terceros ni, en su caso, la realización del valor del bien a través de los procedimientos de ejecución hipotecaria. No obstante, este acreedor tiene un título ejecutivo que le permitirá acudir al juicio ejecutivo ordinario (art. 517.2.4º LEC) y un privilegio general para el cobro (art. 1924.3º CC).

La inscripción registral es un medio de publicidad de este derecho real ante la ausencia de desplazamiento posesorio. Se pretende, con ello, evitar las hipotecas ocultas, aumentando la seguridad de los acreedores y los adquirentes de bienes hipotecados.

En virtud del principio de especialidad de la hipoteca, en la inscripción en el Registro de la Propiedad deben encontrarse perfectamente descritos los bienes sobre los que recae, proscribiéndose las hipotecas generales, expresándose, además, por separado, el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, *el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*,

Art. 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”.

Art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una **hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo**”.

identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración” (art. 12 LH).

4. Es indivisible. La hipoteca subsiste íntegra, mientras no se cancele en el Registro, 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 (art. 122 LH), sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 123 y 124 LH.

Como veremos *infra*, es ésta una característica no esencial de la hipoteca, porque puede ser derogada por la voluntad de las partes.

5. Es accesorio respecto del crédito garantizado. La hipoteca se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación (principal). Por eso, no puede transmitirse de forma independiente al crédito que garantiza y queda afectada por las vicisitudes del crédito (cesión, extinción).

- En la práctica, la escritura pública en la que consta la obligación garantizada (si tiene su causa en un contrato préstamo) y la constitución de hipoteca recibe el nombre de “Escritura de préstamo hipotecario”.
- En la primera parte de la escritura se encuentran las cláusulas relativas al préstamo/crédito otorgado (cláusulas financieras y no financieras) y en la segunda parte las propias de la constitución de la hipoteca.
- Existe normativa específica sobre préstamos hipotecarios que habrá que tener en cuenta junto con la regulación del CC, LH y RH.
- Entre esta normativa destaca **la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario** y **la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios**.
- La primera es aplicable a la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad con carácter profesional cuando “el prestatario, el fiador o el garante sea persona física”.
- La Orden es aplicable a los préstamos hipotecarios concedidos a personas físicas para la adquisición de vivienda.
- Según la Orden EHA/2899/2011 el Banco de España ha de elaborar una GUÍA DE ACCESO AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO, que ha de estar disponible en las entidades de crédito, en sus páginas web y en la del propio Banco de España. Puede consultarse en <https://www.bde.es/wbe/es/publicaciones/miscelanea/guia-de-acceso-al-prestamo-hipotecario.html>
- Según la LCCI los prestamistas inmobiliarios deben facilitar a los clientes información general, clara y comprensible sobre los préstamos que oferten.
- Además, una vez que el cliente haya facilitado información sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias los prestamistas ofrecerán sin demora injustificada al prestatario información personalizada para que pueda

comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo. Dicha información se facilitará mediante Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que se recoge en el Anexo I de la Ley.

- La LCCI recoge la obligación de los prestamistas de evaluar con profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante “antes de celebrar un contrato de préstamo”. Específicamente, para el caso de préstamos hipotecarios se prevé que la evaluación de la solvencia no se basará “predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de carácter residencial”. Además, se prevé el deber del prestamista de consultar el historial crediticio del cliente en la Central de Información de Riesgos del Banco de España y en alguna de las entidades privadas de información crediticia.

6. Grava bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables.

Art. 106 LH: “Podrán ser hipotecados:

7. Sin desplazamiento posesorio. El bien o derecho real inmobiliario hipotecado continúa en poder de su titular, que conserva su poder de disposición, si bien el adquirente recibirá el bien con la carga, pudiendo verse afectado por el ejercicio de la facultad de realización del acreedor.

1. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

2. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos”.

- Es importante distinguir el contrato de hipoteca (regulado en el CC) del derecho real de hipoteca.
- El primero es el título material o causal preciso para su constitución, pero ésta tiene lugar con la inscripción del título, que ha de constar formalmente en alguno de los previstos en el art. 3 LH (“escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriben los reglamentos”), en el Registro de la Propiedad. Con la inscripción nace el derecho real de hipoteca.
- Además, como veremos, la hipoteca puede tener su origen en un acto distinto al contrato (p.e. hipoteca unilateral, hipoteca legal, etc.).

3. La función económica de la hipoteca y la regulación del mercado hipotecario

La hipoteca cumple una función económica trascendental, ya que al otorgar al acreedor una protección más eficaz del crédito, facilita la concesión del crédito territorial y la movilización de capitales.

Los acreedores prestan o conceden crédito porque tienen una garantía sobre un bien inmueble que permite instar su ejecución por procedimiento legalmente establecidos y cobrar con lo obtenido con preferencia a otros acreedores. Los deudores así obtienen capital para crear riqueza.

Las entidades financieras al conceder créditos hipotecarios han de buscar mecanismos para refinanciarse, lo que consiguen participando en el denominado “mercado hipotecario”, mediante la emisión de títulos hipotecarios (cédulas, bonos o participaciones), que adquieren los inversores y que tienen su garantía última en los bienes hipotecados.

La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario tuvo por objeto regular la movilización de los recursos generados por los créditos hipotecarios y el funcionamiento del mercado que tales créditos generan, estableciendo los requisitos que han de reunir los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito para servir de cobertura a la emisión de tales títulos. Esta Ley ha quedado derogada por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/2162 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la emisión y la supervisión pública de bonos garantizados y por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE y 2014/59/UE.

Los bonos garantizados son una fuente de captación de recursos para las entidades de crédito y presentan una elevada calidad crediticia que atrae a inversores demandantes de instrumentos financieros de bajo riesgo. Su característica fundamental es que presentan un conjunto de activos de cobertura que garantizan el pago de principal e intereses a los tenedores de estos instrumentos. El Real Decreto-ley 24/2021 trata de simplificar el régimen jurídico del mercado hipotecario, integrando la mayor parte de aspectos previstos en la Ley 2/1981. Entre los bonos garantizados emitidos en España destacan, en lo que aquí respecta, las cédulas hipotecarias y los bonos hipotecarios, distinguiéndose, sobre todo, por el carácter abierto o cerrado del conjunto de cobertura de que disponen a lo largo de la vida del instrumento con determinadas características.

Así, para el caso de inmuebles en garantía de un préstamo hipotecario que vaya a integrarse en el conjunto de cobertura se exige una valoración actualizada del inmueble, considerando como tal la tasación individual completa realizada de acuerdo con la Orden ECO/805/2003, con ocasión de la concesión del préstamo, siempre que se haya emitido dentro de los seis meses anteriores a la incorporación del préstamo hipotecario al conjunto de cobertura.

Los bonos y cédulas son títulos emitidos por las entidades de crédito. Se trata de activos financieros (créditos) garantizados por un crédito o grupo de créditos hipotecarios (cartera de créditos hipotecarios) que se vinculan específicamente a su emisión en escritura pública correspondiente. Suelen negociarse en mercados secundarios. Para que se pueda emitir

cédulas hipotecarias, la hipoteca inmobiliaria que garantiza los préstamos debe estar constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la finca; el préstamo garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado, pudiendo alcanzar el 80% cuando se financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual y no podrá exceder de treinta años.

4. Clases

A) Hipotecas voluntarias e hipotecas legales. Atendiendo a su modo de constitución se puede distinguir entre:

a) Hipotecas voluntarias. Son “las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre las que se establezcan” (art. 138 LH). Como se desprende de este precepto, pueden ser a su vez de carácter *bilateral o unilateral*.

a’) Hipoteca bilateral o convencional. Es la constituida por acuerdo o convenio entre las partes. En este caso, el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca es el contrato de hipoteca celebrado entre el propietario del bien y el acreedor hipotecario. Para su válida constitución será precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad del documento público que contiene el contrato de hipoteca.

b’) Hipoteca unilateral. Es la hipoteca voluntaria constituida por acto jurídico unilateral del dueño de la finca (arts. 138 y 141 LH). El propietario la constituye por su sola voluntad inscribiéndola en el Registro de la Propiedad, pero para que despliegue todos sus efectos debe aceptarla el acreedor.

Transcurridos dos meses desde el requerimiento del hipotecante al acreedor para que la acepte, sin que conste su aceptación, el propietario podrá pedir por sí solo la cancelación de la hipoteca —lo que supone una excepción a la regla del art. 82 LH, que exige sentencia, escritura o documento auténtico en el que preste su consentimiento la persona en cuyo favor se hubiera hecho la inscripción—. Mientras no haya requerimiento al acreedor el cómputo del plazo de los meses no comienza.

Según el art. 237 RH en el requerimiento “se determinará expresamente que transcurridos dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó”.

Si, en cambio, hay aceptación en plazo de la persona a cuyo favor se constituye (acreedor), se hará constar por nota marginal —al margen de la

Art. 138 LH: “Son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan y sólo podrán constituir las personas que tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes”.

Art. 141 LH: “En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona en cuyo favor 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. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó”.

inscripción de la hipoteca— en el Registro, y sus efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la hipoteca. La consecuencia más importante que produce la inscripción de la hipoteca unilateral es la reserva de rango a favor del acreedor en tanto la acepta. Cuando acepte la hipoteca unilateral se entiende que el acreedor tiene la condición de acreedor hipotecario desde la fecha de la inscripción de aquélla.

-Es frecuente la constitución de hipoteca unilateral en favor de la Administración por el contribuyente para garantizar una deuda tributaria mientras concluya el procedimiento administrativo por haber interpuesto aquél recurso.
- En la constitución unilateral de hipoteca comparecen ante el Notario los hipotecantes y no el acreedor hipotecario, que posteriormente, si es el caso, aceptará mediante documento público, haciéndose constar por nota al margen de la inscripción de la hipoteca.

b) Hipotecas legales. Tienen su origen en una disposición legal y no en el acuerdo de las partes o en la voluntad del hipotecante. Según el art. 158 LH “Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter”. A su vez, cabe distinguir entre hipotecas legales expresas y tácitas.

Art. 158 LH: “Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter”.

a') **Hipotecas legales expresas:** No son hipotecas que se constituyan automáticamente, en virtud del mandato de la ley, sino que la ley un concede a un sujeto el derecho a constituir hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho (arts. 158 y ss. LH). Encontrándose en dicho supuesto legal, el sujeto puede exigir la constitución de la hipoteca, que deberá inscribirse para su validez en el Registro de la Propiedad (art. 159 LH). Si el obligado a constituir hipoteca no lo hiciera, se puede constituir hipoteca por mandato judicial (art. 166 LH), que será el título que deba inscribirse (ejecutoria).

Tienen un carácter expreso y son de interpretación restrictiva. Tienen derecho a exigir la constitución de hipoteca legal, entre otros, los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que contraigan ulterior matrimonio y sobre los bienes de éstos (art. 168.3º LH) y los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten fianza u otra garantía prevista en el CC (art. 168.4º LH).

b') **Hipotecas legales tácitas:** Se constituyen *ope legis*, sin necesidad de título, material o formal, ni inscripción en el Registro de la Propiedad. Suponen una preferencia para el cobro en relación con el bien inmueble (art. 1923.1º y 2º CC). Son las previstas en favor del Estado, provincia o municipio para asegurar el cobro

de la anualidad corriente y la última vencida, y no satisfecha, de las contribuciones e impuestos, no satisfechos que recaigan sobre el inmueble; y en favor de los aseguradores por importe de las dos últimas primas no satisfechas sobre los bienes asegurados. Son excepcionales, al suponer una hipoteca oculta (siendo dudoso que constituyan verdaderas hipotecas y no créditos privilegiados).

B) Hipotecas ordinarias o de tráfico e hipotecas de seguridad. Por la obligación garantizada se puede distinguir entre estas dos modalidades de hipoteca:

a) **Hipoteca ordinaria o de tráfico:** La obligación garantizada tiene una existencia cierta y es conocida su cuantía. El crédito garantizado accede al Registro de la Propiedad con todas sus determinaciones y elementos.

b) **Hipoteca de seguridad:** Sólo consta en el Registro de la Propiedad las líneas básicas del crédito garantizado. Y ello porque o bien no se sabe en el momento de la inscripción todavía su cuantía (es un crédito de cuantía indeterminada), o bien, ni siquiera, si el crédito existirá o no. Estas circunstancias tienen que determinarse extrarregistralmente en un momento posterior, pero sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Son supuestos de hipoteca de seguridad:

a) Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales: en el momento de la inscripción es incierta la existencia del crédito garantizado;

b) Hipotecas en garantía de títulos a la orden o al portador: en el momento de la inscripción la indeterminación afecta al titular de la hipoteca, que se determinará con posterioridad (el tenedor del título);

c) Hipoteca en garantía de una gestión (como la del tutor);

d) **Hipoteca de máximo:** es aquella que, por asegurar obligaciones de cuantía incierta cuando se constituye, el crédito no accede al Registro perfectamente identificado, por lo que debe expresarse el importe máximo de responsabilidad hipotecaria. Sea cual sea la obligación garantizada, esta cifra máxima de responsabilidad hipotecaria tiene que constar necesariamente en el Registro de la Propiedad, determinando el límite (máximo) de riesgo de los terceros que adquieran algún derecho sobre la finca. Es una exigencia del principio de especialidad.

Los supuestos más frecuentes son el de la hipoteca que asegura no sólo el capital o principal, sino también los intereses remuneratorios o moratorios variables (no se sabe, por tanto, a cuánto pueden ascender) y los demás gastos producidos por

Art. 12 LH: “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe 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 éstas y su duración”.

la constitución de la hipoteca o su ejecución (costas y gastos); o la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH).

- Por ejemplo, se concede un préstamo hipotecario de 240.000 euros (principal de la deuda) a devolver en 10 años. Los intereses remuneratorios pactados son un 3% el primer año y para los sucesivos el tipo de interés que resulte de añadir el diferencia de 3 puntos al tipo de interés EURIBOR. Estamos ante un préstamo a interés variable. Como en el momento de la inscripción de la hipoteca no sabemos la cuantía exacta de la obligación garantizada (principal más intereses remuneratorios) deberá constar en la escritura pública y en la inscripción en el Registro “el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas”.
- Siguiendo con el ejemplo en este supuesto deberá constar que la hipoteca garantiza la cantidad de 240.000 por el principal prestado y del pago de intereses remuneratorios “hasta la cantidad máxima de 24.000 €”.

La especialidad de las hipotecas de máximo viene dada por el hecho de que para que el título ejecutivo del acreedor sea apto para instar la ejecución por el procedimiento especial de los arts. 681 y ss. LEC o por el ejecutivo extrajudicial (notarial) de los arts. 234 y ss. RH, hace falta que por algún medio extrarregistral aquél acredite la existencia de la obligación y su cuantía, esto es, complete o integre el título ejecutivo (escritura pública de constitución).

El art. 153 bis LH, introducido por la Ley 41/2007, habilita a determinadas entidades financieras a constituir las llamadas hipotecas flotantes o globales. Según este precepto, se puede constituir una única hipoteca en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Para ello, será suficiente que en la escritura de constitución de la hipoteca y en la inscripción registral conste su “denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado”.

En la hipoteca flotante o global se produce cierta desvinculación entre el crédito y la hipoteca, ya que ésta garantiza un conjunto de créditos tan sólo descritos inicialmente por las relaciones jurídicas básicas de donde surgirán y que permitirán su determinación en el momento de la ejecución. Por eso se mantiene que la nota de la accesoriedad de la hipoteca se debilita.

Art. 153 bis LH: “También podrá constituirse **hipoteca de máximo: a)** a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, **en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presente y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas”.**

III. Los sujetos de la relación jurídico-hipotecaria y la capacidad para hipotecar

1. Acreedor hipotecario.

Es el titular del derecho real de hipoteca y, al mismo tiempo, del crédito garantizado (relación jurídica-obligacional). Por ello, va a tener dos acciones para exigir la satisfacción de su crédito hipotecario (la acción real derivada del derecho de hipoteca y la acción personal, como veremos posteriormente). Ha de tener capacidad general para obligarse.

Si existiera una pluralidad subjetiva activa en el crédito, cabe plantearse cómo afecta a la relación hipotecaria si las partes no pactan nada al respecto.

Si el crédito es **parciario** el crédito se presume dividido en tantas partes iguales como acreedores, por lo que se ha entendido que hay tantas hipotecas (del mismo rango) como acreedores hipotecarios. En consecuencia, puede ejecutarse (parcialmente) la hipoteca por la parte correspondiente a uno solo de los acreedores, subsistiendo, no obstante, íntegra la hipoteca como garantía del resto del crédito, dado su carácter indivisible. Es decir, el adjudicatario o rematante, en el proceso de ejecución, adquirirá la finca con la carga, porque la hipoteca no se podrá cancelar en su integridad en perjuicio del resto de acreedores parciarios (art. 122 LH).

En cualquier caso, en virtud del principio de especialidad y la presunción de no solidaridad (art. 1137 CC), la inscripción de la hipoteca deberá indicar si el crédito es solidario o, en otro caso, la participación que en el crédito parciario garantizado tiene cada acreedor (art. 1138 CC), de modo que quede debidamente precisada la extensión y alcance del derecho inscrito.

Si es el crédito **mancomunado (conjunto o indivisible)**, los acreedores integran una comunidad y la hipoteca sólo es una, exigiéndose, por tanto, el ejercicio conjunto de la acción hipotecaria, o el ejercicio de uno de ellos en beneficio de la comunidad, depositándose lo obtenido en beneficio de todos los acreedores.

Si el crédito es **solidario**, se entiende que habrá también una cotitularidad solidaria en la hipoteca, de modo que cualquiera de los acreedores puede ejecutar la hipoteca, mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria, para el *percibo total del crédito*, sin perjuicio de su responsabilidad interna con los demás.

2. Hipotecante: deudor hipotecario e hipotecante no deudor.

Hipotecante. Es el dueño de la finca hipotecada, que la constituye para garantizar una deuda propia o una deuda ajena. Cuando el dueño está garantizado con la hipoteca una deuda propia hablamos de **deudor hipotecario**. Puede suceder que el dueño de la finca constituya hipoteca para garantizar una deuda ajena. En tal caso, hablamos de **hipotecante no deudor** (o fiador real).

En todo caso, al hipotecante se le exige capacidad para enajenar y la libre disposición de la cosa en el momento de su constitución o, en caso de no tenerla hallarse autorizado para ello con arreglo a las leyes (art. 138 LH).

El menor de edad no puede constituir hipoteca por sí solo sobre un bien inmueble de su propiedad. Deberán constituirlos sus padres o tutores, previa autorización judicial y si está justificada por causa de utilidad o necesidad (art. 166 CC). Es juez competente el del domicilio del menor y será necesaria la audiencia del Ministerio Fiscal. Si el menor es mayor de dieciséis años y consiente en documento público no será necesaria la autorización judicial. En los supuestos de comunidad, ordinaria o hereditaria, se requiere el acuerdo unánime de los comuneros para hipotecar la cosa en común, que podrán, sin embargo, hipotecar por sí solos su cuota, haciéndolo constar así en la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si se constituye hipoteca a través de representante voluntario, se exige poder expreso, al ser un acto de riguroso dominio.

El hipotecante no deudor no está obligado personalmente, por lo que no responde con todo su patrimonio de la deuda ajena. Su responsabilidad quedará limitada al bien hipotecado, en caso de insatisfacción del crédito por el deudor.

En la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena no será precisa la intervención del deudor. Para éste la constitución de la hipoteca puede ser un acto oneroso o gratuito. Por ejemplo: el progenitor que hipoteca un inmueble de su propiedad para garantizar la deuda contraída por el hijo/a para iniciar una actividad empresarial.

3. Tercer poseedor de finca hipotecada

Es la persona que adquiere a título gratuito u oneroso la finca gravada con hipoteca, lo que es posible porque el hipotecante no tiene limitada su facultad de disposición. Es tercero, porque no es deudor (no está personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada), ni participó en la constitución de la hipoteca (no es hipotecante), pero responde con la finca porque cuando la adquirió sobre ella existía una hipoteca. En consecuencia, resultará afectado por la ejecución del bien hipotecado, si no paga el deudor, como consecuencia del carácter real de la hipoteca.

Art. 1879 CC: “El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados la parte del crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece”.

Como veremos, la LH introduce una serie de limitaciones a la extensión objetiva de la hipoteca o a la extensión de la hipoteca respecto de los intereses en beneficio del tercer poseedor, tratando de combinar la necesaria circulación de los bienes en el tráfico jurídico y la protección de los posibles adquirentes de bienes hipotecados.

Es posible, no obstante, que el adquirente de la finca hipotecada pacte con el deudor una subrogación en la deuda, de modo que el deudor quede liberado de la obligación (asunción liberatoria). Así lo prevé el art. 118.1º LH que declara: “En caso de venta de finca hipotecada, si el deudor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”. Aun no pactándose que el tercer poseedor responda personalmente de la deuda, el art. 118.2º LH contempla las hipótesis de la venta de la finca hipotecada con (pacto de) descuento o retención del importe de la obligación garantizada por parte del comprador. En tal caso, si al vencimiento de la obligación, ésta fuera satisfecha por el deudor vendedor, éste quedará subrogado “en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total del importe descontado o retenido”. Luego, a pesar del descuento o retención del importe de la obligación garantizada el deudor sigue siendo el mismo (el vendedor), no habiendo por ello una asunción (liberatoria ni cumulativa) de la deuda por el comprador.

Cuando en el juicio ejecutivo ordinario instado por el acreedor se persigan bienes hipotecados en poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor exigirle el pago de la parte de crédito asegurada con el bien que posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario (art. 126.I LH).

Requerido el tercer poseedor, deberá de pagar el crédito con los intereses correspondientes o desamparar los bienes hipotecados. Si no paga ni los desampara, será responsable con sus bienes, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento que le haga el acreedor y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar (art. 126.II LH).

Si los desampara, se consideran en poder del deudor para que el acreedor pueda dirigirse contra ellos en el proceso de ejecución. Desamparar significa aquí no oponerse a la ejecución, permitiéndola o tolerándola.

El desamparo permite la continuación del procedimiento de ejecución, pero no impide que en cualquier momento anterior al remate o a la adjudicación del bien al

acreedor, pueda el tercer poseedor liberar el bien, satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3 LEC). Si existiera remanente o sobrante, después de pagar al ejecutante y a los acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado, se entregará al tercer poseedor (art. 672.1 LEC).

Si el tercer poseedor se opone a la ejecución será considerado parte en el procedimiento, entendiéndose con él, además de con el deudor, todas las diligencias relativas al embargo y venta de los bienes.

Si el acreedor insta el proceso de ejecución directa sobre el bien hipotecado (arts. 681 y ss. LEC) deberá dirigir su demanda ejecutiva frente al deudor y al adquirente del bien hipotecado, siempre que éste le hubiese acreditado la adquisición (art. 685 LEC). En el mismo auto que se despacha la ejecución se requerirá de pago al deudor y al tercer adquirente demandado, a no ser que el acreedor acredite haber realizado el requerimiento extrajudicialmente (art. 686.1 LEC). Si el tercer adquirente no acreditó su adquisición al acreedor, pero aparece como titular del dominio en la certificación registral de dominio y cargas, el tribunal debe ordenar que se le notifique el procedimiento para que pueda personarse en él como parte de acuerdo con el art. 689 LEC. Una vez notificado puede optar por satisfacer antes de la aprobación del remate o la adjudicación al acreedor la deuda (por principal, intereses y costas en la parte asegurada con la hipoteca, esto es, liberar el bien, conforme a lo dispuesto en el art. 662 LEC).

- A pesar de la denominación “tercer poseedor” que utiliza el CC (art. 1879), la LH (art. 38.4, 112, 126, 127 o 134) y la LEC (arts. 662, 685) con esta expresión se refiere el legislador al “adquirente por cualquier título del bien hipotecado”. Se diferencia del hipotecante no deudor en que no ha participado en la constitución de la hipoteca. Y es tercero también en relación con la obligación garantizada con hipoteca.
- Como regla el tercer poseedor no asume la deuda garantizada (art. 118.I LH). La asunción de deuda requiere pacto expreso entre el tercero y el acreedor y libera al deudor (art. 1205 CC).
- Es frecuente en la práctica que al transmitir el bien hipoteca se incluyan pactos de retención o descuento, mediante los que el adquirente, para cubrirse contra el procedimiento del acreedor y contra el riesgo de insolvencia del deudor, acuerda restar del precio total de la finca el importe de la obligación garantizada y retenerlo o descontarlo para hacer frente a la reclamación de la deuda por el acreedor.

IV. La constitución del derecho de hipoteca y promesa de constituir hipoteca

Como hemos apuntado, las hipotecas legales expresas se constituyen voluntaria o judicialmente (si hay oposición, es el Juez o tribunal el que manda la constitución a instancia del que tenga derecho a exigirla, según el procedimiento de los arts. 165 y 166 LH). En ambos casos, será necesaria la inscripción del título (escritura pública o testimonio del auto judicial).

La hipoteca voluntaria puede tener su origen en un acuerdo o contrato (contrato de hipoteca) o en el acto jurídico unilateral del dueño de la finca (hipoteca unilateral). En ambos casos, la válida constitución exige la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura pública del acto o negocio constitutivo de la hipoteca (art. 145 LH).

Sin documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad no hay hipoteca (excepto las legales tácitas). No obstante, puede haber una promesa de constituir hipoteca en favor de la otra parte o de un tercero. Entonces, según el art. 1862 CC, lo que surge entre los contratantes es sólo una acción personal, que estará dirigida a obtener del juez la condena al cumplimiento de la obligación de hacer (constituir la hipoteca) y, en su caso, indemnizar los daños y perjuicios.

Sin embargo, sólo es posible reclamar la efectiva constitución de la garantía real si la promesa reúne los requisitos de un precontrato (consentimiento, causa, y el objeto está determinado o es, al menos, determinable, sin necesidad de un nuevo convenio). Ante el incumplimiento de la mera promesa de constituir hipoteca, que no concrete los datos necesarios, como los bienes sobre los que recae, la obligación garantizada o la cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, no podrá el juez ordenar la ejecución forzosa en forma específica (supliendo la voluntad del condenado), dando sólo lugar a una indemnización de daños y perjuicios (art. 708.2 LEC). Si, en cambio, en la promesa constan los elementos esenciales de la obligación garantizada y hay determinación de los bienes sobre los que recae, atendiendo al art. 708 LEC, la voluntad rebelde al cumplimiento del demandado (que se obligó a constituir hipoteca) podrá ser sustituida por la autoridad judicial.

Si el contrato de hipoteca no consta en escritura pública, pero sí en documento privado, con todos los elementos esenciales del negocio, podrá el acreedor exigir judicialmente, con base en el art. 1279 CC, el otorgamiento de la escritura pública. El juez mandará cumplir esta formalidad en la sentencia condenatoria, pudiendo suplir la voluntad del condenado.

Por último, si se ha otorgado la escritura pública de constitución de la hipoteca, el acreedor, el hipotecante, e incluso el deudor (tratándose de hipoteca en garantía de deuda ajena), se hallan legitimados para inscribirla en el Registro de la Propiedad, conforme el art. 6 LH.

V. El objeto de la hipoteca y la extensión objetiva de la hipoteca

El objeto de la hipoteca es el bien, cosa o derecho dado en garantía. Según los arts. 1874 CC y 106 LH, podrán ser hipotecados: 1º. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. 2º Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos.

1. Bienes susceptibles de hipoteca

El art. 107 LH señala un elenco de bienes que pueden ser hipotecados:

1º. La hipoteca del derecho de usufructo. La hipoteca se extingue cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario (por expirar el plazo por el que se constituyó o muerte 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 a no mediar el hecho que le puso fin.

2º. Hipoteca de la mera o nuda propiedad. En este caso, si el usufructo se consolida en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo (esto es, a la plena propiedad), salvo pacto en contrario.

3º. Hipoteca sobre los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con pacto de no volverlos a hipotecar. Estamos ante una norma imperativa, que favorece la circulación de la riqueza y el crédito territorial; y al mismo tiempo, impone un límite a la libertad contractual: el pacto de no volver a hipotecar tiene efectos meramente obligacionales y no tiene acceso al Registro de la Propiedad. La constitución de ulteriores hipotecas en nada perjudica los intereses del acreedor hipotecario anterior, ya que la concurrencia de hipotecas sobre la misma finca se ordena según su rango, esto es, por su orden cronológico de acceso al Registro.

4º. Hipoteca del derecho de hipoteca voluntaria. Es el supuesto de la llamada *subhipoteca*. Aquí la hipoteca constituida sobre el derecho de hipoteca voluntaria (o sea, la subhipoteca) queda pendiente de la resolución del mismo derecho de hipoteca.

El acreedor hipotecario en cuanto titular de un derecho real inmobiliario constituye hipoteca sobre su derecho para garantizar una deuda. Este acreedor hipotecario pasa a ser subhipotecante mientras que el titular de la hipoteca será acreedor subhipotecario.

5º. Hipoteca de los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros de semejante naturaleza real (sólo las servidumbres personales).

Dado el carácter temporal del derecho de superficie la hipoteca se extinguirá cuando lo haga el derecho hipotecado.

6º. Hipoteca de determinadas concesiones administrativas (minas, ferrocarriles, canales, puentes...).

7º. 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 retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial. El objeto de la hipoteca es, por tanto, el bien adquirido con pacto de retracto o a carta de gracia, es decir, un dominio revocable o interino.

Si el vendedor ejercita el retracto la hipoteca se extingue, pero el acreedor hipotecario tendrá derecho a subrogar en lugar del bien retraído la cantidad recibida por el comprador hipotecante (cfr. art. 110.2 LH).

8º. 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.

A diferencia del supuesto anterior, aquí la hipoteca la constituye el vendedor, existiendo en ambos casos una titularidad interina. Por eso, la hipoteca sólo se puede ejecutar si primero el acreedor retrae los bienes en nombre del vendedor (hipotecante) y, una vez retraídos, son los bienes el objeto de la ejecución hipotecaria.

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.

9º. 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.

Estamos ante una hipoteca sujeta a condición resolutoria (a expensas del resultado del litigio).

10. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.

Puede hipotecar tanto el transmitente *sub condicione* como el adquirente *subcondicione*, pero siempre ha de estar inscrita en el Registro de la Propiedad la condición resolutoria.

11. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8, siempre que conste previamente en la inscripción del edificio la constitución de dicho régimen. La hipoteca se inscribirá en el folio abierto a cada piso o local y comprende también la cuota que le corresponde en los elementos comunes y anejos inseparables del elemento privativo.

El piso o local tiene que estar construido e inscrito en el Registro de la Propiedad. No es posible hipotecar pisos meramente proyectados. Distinto es el supuesto del art. 218 RH en que se constituye una hipoteca sobre la totalidad de los pisos y/o locales pertenecientes sin previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre cada ellos. Este supuesto exige el acuerdo de todos los propietarios y el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho dirigiéndose contra la totalidad del edificio.

12. El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

2. Bienes que no pueden ser hipotecados

Según el art. 108 LH, no se podrán hipotecar:

1º. Las servidumbres legales, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante, y salvo las de aguas, que podrá ser hipotecadas. Sólo pueden serlo las personales, ya que las reales no pueden hipotecarse con independencia del fundo al que pertenecen.

2º. Los usufructos legales, salvo el del cónyuge viudo (único que queda vigente).

3º. El uso y habitación. Son derechos personalísimos e intransmisibles.

3. Extensión objetiva de la hipoteca

Con la expresión de extensión objetiva de la hipoteca se trata de resolver la cuestión de cómo afecta a la hipoteca ya constituida las vicisitudes posteriores que sufra el bien hipotecado (mejoras, accesiones, transformaciones que haya sufrido la finca, etc.). La Ley Hipotecaria distingue la extensión legal de la hipoteca o extensión natural (arts. 109 y 110 LH), la extensión convencional (art. 111 LH), y el supuesto de extensión objetiva de la hipoteca cuando la finca hipotecada es adquirida por un tercero (tercer poseedor de finca hipotecada, arts. 112 y 113 LH).

A) Extensión legal de la hipoteca. Estando la finca en poder del hipotecante, en virtud del art. 109 LH la hipoteca se extiende, aunque no se mencione en el contrato, de forma natural, a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados. En todo caso, para que la hipoteca se extienda aquéllas han de pertenecer al propietario del bien hipotecado. De esta forma, el gravamen hipotecario se extiende objetivamente a tales bienes, aunque no se formalice ningún acto de constitución de nueva hipoteca, y con independencia de la voluntad del hipotecante.

La extensión de la hipoteca inmobiliaria a tales conceptos implica que se incorporarán al procedimiento de realización de valor que supone esta garantía (a la ejecución), quedando en poder del rematante en la subasta o del acreedor adjudicatario cuando se ejecute la hipoteca, sin que pueda el hipotecante exigir su restitución ni su coste.

El art. 110 LH especifica qué hay que entender por esos conceptos a los que la hipoteca se extiende de forma legal:

a) Accesiones naturales: Las agregaciones de terrenos por obra de la naturaleza (supuestos de accesión fluvial: aluvión, cauce abandonado, etc.). También se extenderá a los excesos de cabida que se hayan hecho constar en el Registro después de la hipoteca.

b) Mejoras que “consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde

antes no los hubiere”. Comprende, por tanto, mejoras útiles y las de recreo u ornato; en general, todo incremento o aumento de valor que sufre un bien, debido a un gasto, siempre que pertenezcan al propietario.

Así, por ejemplo, se extenderá la hipoteca a las mejoras, consistentes en la sustitución de la instalación eléctrica o los cerramientos de terrazas.

La extensión legal alcanza también a la mayor elevación del edificio (ya existente) si las nuevas plantas pertenecen al hipotecante (y no a un tercero, como en el caso de que se haya constituido a favor de un tercero un derecho de vuelo o sobreelevación anterior a la hipoteca), pero no cuando se trata de obras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no existían, que necesariamente sí precisa pacto expreso para que la hipoteca se extienda a éstos.

c) Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos (p.ej. seguro de daños), siempre que el siniestro o el hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública.

En estos casos, el acreedor hipotecario no tiene derecho automático a la indemnización debida o concedida al propietario (lo impide la prohibición del pacto comisorio; no hay subrogación legal o en el crédito), sino un derecho sobre el crédito a la indemnización o sobre la indemnización ya concedida, lo que, según la doctrina, implica una prenda de créditos en el primer caso o una prenda irregular (prenda de dinero) en el segundo.

El art. 110.2 LH prevé que si estas indemnizaciones deben hacerse efectivas antes del vencimiento de la obligación asegurada, su importe se depositará en la forma en que convengan sus interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los arts. 1176 y ss. CC.

- Los arts. 109 y 110 LH prevén la extensión legal o natural de la hipoteca a determinados bienes que no existían cuando se constituyó la hipoteca. Salvo pacto en contrario, la hipoteca se extenderá a estos, por lo que no se podrá exigir su importe o su restitución en caso de ejecución de la hipoteca.
- Así si se constituyó hipoteca sobre una vivienda de una planta y con posterioridad el hipotecante la eleva, construyendo una planta más, el acreedor hipotecario se verá beneficiado por el aumento de valor del bien hipotecado en caso de, impagado el crédito garantizado, inste la ejecución. Y el propietario hipotecante no podrá exigir el aumento de valor del bien por la inversión realizada.

- Por la misma razón, si el inmueble hipotecado perece por razón de un incendio y estaba asegurado dicho siniestro, el derecho de hipoteca del acreedor se transforma en un derecho de garantía sobre la indemnización a satisfacer por la aseguradora (prenda de crédito).

B) La extensión convencional de la hipoteca. Salvo pacto expreso (entre el acreedor y el hipotecante), o disposición legal en contrario, la hipoteca no se extiende (art. 111 LH) a:

a) Bienes muebles de carácter pertenencial, que son los colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno (p. ej. una estatua), comodidad o explotación, bien para el servicio de alguna industria (p. ej. útiles y herramientas que servían para la explotación de un negocio de hostelería). Estos bienes son llamados también bienes inmuebles por destino (números 4, 5, 6, 7 y 9 del art. 334 CC).

El hecho de que la hipoteca no se extienda, salvo pacto en contrario, a tales bienes muebles de carácter pertenencial supone que sus propietarios (hipotecantes del inmueble) pueden solicitar que no se incluyan en la subasta del bien inmueble hipotecado en el que se encuentran y que se les restituya mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria. De esta manera, el propietario podrá realizar mejoras productivas en la finca (no incluidas en el art. 110.1º LH), sin sufrir el riesgo de que automáticamente queden hipotecadas.

En cambio, tratándose de bienes inmuebles por incorporación, esto es, de bienes que no pueden separarse sin quebranto en la materia o deterioro en el objeto (núms. 1, 2 y 3 del art. 334 CC), la sujeción al gravamen hipotecario es directa y legal (hay extensión natural de la hipoteca).

Por ejemplo, la hipoteca de un bien inmueble se extenderá legalmente, sin necesidad de pacto, a los caminos y construcciones adheridas al suelo o a todo lo que esté unido de manera fija al inmueble (p. ej. una piscina o una pista de tenis).

b) Frutos cualquiera que sea la situación en que se encuentren, siempre que pertenezcan al hipotecante. Por tanto, salvo pacto en contrario no se extenderá la hipoteca a los frutos estando pendientes, separados o cogidos.

c) Rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, debidas por razón del inmueble hipotecado (por ejemplo, por arrendamiento, usufructo o cualquier otro título jurídico cuyo objeto sea total o parcialmente el inmueble hipotecado y por el que el deudor perciba la renta). Las rentas anteriores ya percibidas son para el hipotecante.

En la práctica, suele incluirse en la escritura de constitución de hipoteca una cláusula del siguiente tenor:

«EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA: Que la hipoteca constituida no sólo se extiende a lo que se refieren los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria, sino también a cualquier clase de agregación de terrenos y construcción de nuevas edificaciones; a los muebles colocados permanentemente en las fincas, frutos y rentas vencidas y no satisfechas, del artículo 111; con las excepciones que para los muebles y mejoras costeadas por el tercer poseedor se prevén en el artículo 112 de la misma Ley.- También se extenderá a los excesos de cabida de las fincas hipotecadas que se hayan hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, de acuerdo con lo previsto en el artículo 215 del Reglamento Hipotecario. A la extensión de la hipoteca a dichos bienes podrá renunciar expresamente la parte acreedora al solicitar la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento».

C) Extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor. Cuando la finca ha pasado a manos de un tercer poseedor las reglas anteriores sufren cambios, atendiendo a los arts. 112 y 113 LH, que limitan la extensión objetiva de la hipoteca en beneficio de aquel.

La justificación de esta limitación puede hallarse en incentivar una mejor explotación de las fincas hipotecadas cuando pasan a terceros, sin que la existencia de la hipoteca entorpezca el tráfico inmobiliario.

1ª La extensión natural por mejoras se limita a las obras de reparación, seguridad o transformación, costeadas por el nuevo dueño (tercer poseedor).

Estas obras se consideran necesarias para la conservación de la cosa hipotecadas, por lo que las obras que se estimen mejoras útiles introducidas por el tercer poseedor quedan excluidas de la extensión legal o natural.

2ª La pactada no alcanza a los bienes inmuebles por destino o muebles de carácter pertenencial costeados por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que le correspondan.

Se entiende que el pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca a los inmuebles por destino, a los frutos y las rentas vencidas y no satisfechas tiene sólo efectos *inter partes*, entre el hipotecante deudor y el acreedor hipotecario, pero no frente al tercer poseedor, que es un tercero ajeno, que no puede resultar perjudicado. Este pacto, según la doctrina de la DGRN, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad.

Art. 113 LH: "El dueño de las accesiones y mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca

(...) Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, se quedará a disposición de dicho dueño".

En caso de ejecución de la finca hipotecada, el tercer poseedor puede optar en todo caso por cobrar el importe de las accesiones y mejoras que no se entienden hipotecadas. Ahora bien, si pueden separarse sin menoscabo de la finca se enajenarán por separado de la finca y se pondrá lo obtenido en la subasta a su disposición. Si, en cambio, no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, se enajenarán con la finca y cobrará su importe con el precio obtenido con la ejecución, aunque lo que reste no sea suficiente para cubrir el crédito del acreedor.

Por último, el tercer poseedor puede optar por retener los objetos (*ius tollendi*) siempre que se pueda hacer sin menoscabo de la finca.

- Imaginemos que Pedro adquiere una finca hipotecada y realiza una serie de mejoras, al instalar riego por goteo en el jardín, aire acondicionado y calefacción por suelo radiante en la vivienda y sustituir las viejas ventanas por unas aislantes.
- Si ante el impago de la deuda garantizada por el deudor se viera afectado por la ejecución de la hipoteca podría exigir el importe de tales inversiones, ya que no son estrictamente gastos de conservación. Como no se pueden retirar sin menoscabo de la finca se enajenarían junto con ésta y cobraría con lo obtenido en la subasta su importe (entendido éste como su valor real actual y no como el precio que pagó por aquellas mejoras), incluso con preferencia al acreedor ejecutante.

V. Alcance de la hipoteca respecto de la relación obligatoria

1. Obligaciones garantizables con hipoteca

La hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones, ya sean puras, presentes o futuras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria (arts. 105, 142 y 143 LH); ya sean de dar, hacer o no hacer. Cuando la obligación asegurada no sea pecuniaria se ha de establecer una equivalencia económica o en dinero como importe de la responsabilidad del obligado.

En virtud del principio de especialidad o determinación, no estando la obligación perfectamente identificada en el momento de constituir la hipoteca, es necesaria la fijación, en la inscripción en el Registro, de la suma asegurada o de la cifra máxima garantizada con la hipoteca, cuando la obligación no la determine exactamente al constituirse (hipoteca de máximo). Según el art. 12 LH, en su redacción tras la Ley 41/2007: “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*

Art. 105 LH: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del CC”

máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”.

2. Extensión de la hipoteca a la obligación de intereses

Si se ha pactado que el principal o capital de la deuda garantizada produzca intereses remuneratorios, la hipoteca alcanza a los mismos, sin necesidad de pacto expreso. No obstante, atendiendo al principio de especialidad, en la inscripción deberá constar de manera diferenciada respecto del principal garantizado, el importe de los intereses asegurados o, al menos, el importe máximo por tal concepto (art. 12 LH).

- El tipo de interés (ordinario) remuneratorio previsto contractualmente puede ser fijo o variable. El primero se caracteriza porque el interés permanece invariable durante toda la duración de la relación obligatoria. A su vez, puede consistir en un cantidad alzada o fija —por ejemplo, para un capital de 100.000 € se fijan 5.000 € de intereses— o una cantidad porcentual o relativa —p. ej., un 4% anual respecto del capital—.
- Si el tipo de interés es variable, el interés que debe satisfacer el deudor sufre variaciones periódicas a lo largo de su duración (salvo un período inicial en que no hay variación y, por tanto, es fijo).
- Normalmente el tipo de interés variable aplicable se calcula sumando a un índice de referencia objetivo un diferencial (p.ej., Euribor a 1 año más 0’75 puntos). El período en que el tipo de interés, aunque sea variable, permanece fijo se le denomina período de interés (normalmente, es anual, de modo que todos los años en la misma fecha se revisará al alza o a la baja).
- **EJEMPLO:** El 1 de febrero de 2016 el acreedor hipotecario concede un préstamo hipotecario de 45.000 € con un plazo de amortización de 15 años (duración), mediante el pago de ciento ochenta cuotas mensuales consecutivas comprensivas de capital e intereses (sistema francés o de amortización gradual). Se establecen dos fracciones temporales: una primera fracción, hasta el 1 de febrero de 2017, en la que el tipo de interés será fijo o invariable, en concreto al 2,850%; y una segunda fracción temporal de interés variable, que comprenderá desde el día siguiente al de la finalización de la primera hasta el día del vencimiento final del préstamo y se dividirá en períodos anuales de interés fijo (este es el llamado período de interés). A partir del día siguiente al señalado, para la revisión del tipo de interés se aplicará por períodos sucesivos de un año el tipo de interés nominal anual resultante de sumar al índice de referencia EURIBOR el margen o diferencial de UN PUNTO.

- Esta última cláusula supone que todos los años se revisará el tipo de interés remuneratorio aplicable de manera que si sube el EURIBOR el deudor pagará más y si baja pagará menos.
- Ante las bajadas de los tipos de interés producidos en los años noventa del siglo XX y principios del XXI las entidades bancarias incluyeron en los préstamos hipotecarios las llamadas “cláusulas suelo”, que imponen un límite a las bajadas de los tipos de interés, por debajo del cual el consumidor no se veía beneficiado por dicho descenso. En ocasiones, la cláusula es de suelo y techo (límite a la subida de los tipos de interés, que normalmente no llegaba a ser efectiva). La Orden EHA/2899/2011 las contemplaba expresamente, previendo que debía incluirse en un anexo a la Ficha de información personalidad “el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima” (art. 25), imponiendo al Notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario un especial deber de información sobre los efectos de estos límites a la variación del tipo de interés [art. 30.3 b)]. Además, se exigía que incluya una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.
- La STS (Pleno) 9 de mayo de 2013 declaró nula por falta de transparencia la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamos hipotecarios de determinadas entidades, al entender que los consumidores no podían comprender su importancia en el desarrollo razonable del contrato, ni tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o podía jugar en la economía del contrato. Pese a declarar la nulidad de tal cláusula por falta de transparencia limitó su eficacia retroactiva (efectos *ex tunc*), con base en el principio de seguridad jurídica, de modo que los consumidores sólo podían pretender la restitución de las cantidades pagadas en exceso a partir de la fecha de dicha Sentencia. Esta doctrina, sin embargo, fue rectificada por la STJUE 21 de diciembre de 2016 que entendió que la jurisprudencia del TS que limita los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo es contraria al art. 6.1 Directiva 93/13, al privar al consumidor que haya celebrado antes del 9 de mayo de 2013 un contrato de préstamo hipotecario con cláusula suelo el derecho a obtener una reparación íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria con base en la citada cláusula.
- En la actualidad, el art. 14 LCCI prevé, entre las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, la obligación del prestamista de entregar al potencial prestatario, con antelación mínima de diez días naturales respecto a la firma del contrato: una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se incluirá información de las cláusulas relevantes, debiendo incluir, al menos, “una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de *límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la*

variación a la baja de los índices o tipos a los que aquel esté referenciado". Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 21.3 LCCI elimina la posibilidad de incluir cláusulas suelo, disponiendo que "3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés". En el número 4, el mismo precepto añade que "El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo".

- Además, el notario deberá verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 14.1 y deberá hacer constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario que ha prestado asesoramiento individualizado sobre las cláusulas recogidas en la FEIN (Ficha de Información Normalizada) y en la FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas). Igualmente, en presencia del Notario el prestatario responderá un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. Se persigue, por tanto, reforzar el cumplimiento del principio de transparencia material.

Cuando el interés remuneratorio es variable, en la inscripción registral se determinará el porcentaje máximo o una cantidad máxima asegurada por la hipoteca. Estaremos, por tanto, ante una hipoteca de máximo.

El art. 114.I LH resuelve el problema que plantea la extensión de la hipoteca a los intereses cuando la finca es adquirida por un tercero (tercer poseedor), ante la incertidumbre de éste sobre el importe de los intereses vencidos y no satisfechos por el deudor hipotecario y, por tanto, de la cantidad por la que se podrá ejecutar la finca y deberá soportar. Para evitar la inseguridad del tercer poseedor, el art. 114 LH establece, en su beneficio, una importante limitación al disponer que "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. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años".

El art. 146 LH limita al importe de estos intereses el ejercicio de la acción hipotecaria contra el tercero. En cuanto a la parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria "podrá reclamarla del obligado por la (acción) personal", según el art. 147 LH.

Por tanto, si hay perjuicio a tercero (adquirente de la finca hipotecada o titular de un derecho real inscrito posteriormente sobre la finca —p. ej., un acreedor con segunda hipoteca sobre la finca—) la hipoteca sólo se extiende natural o legalmente

a los intereses *de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente*.

Se introduce, por tanto, en beneficio del tercer poseedor una limitación de la responsabilidad de la finca a la reclamación de los intereses devengados y no satisfechos en dicho período temporal. No obstante, el art. 114 LH permite el pacto en contrario, que podrá ser de supresión de la extensión legal de la hipoteca a los intereses, de reducción de las anualidades que cubre o de ampliación de éstas. En ningún caso podrá pactarse, en perjuicio del tercero, que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Si no hay perjuicio a tercero, porque la finca sigue en poder del deudor hipotecario, la hipoteca puede garantizar todos los intereses vencidos y no satisfechos, que no estén prescritos (v. art. 1966 CC), siempre con el límite máximo fijado en la inscripción registral.

El art. 115.1º LH permite al acreedor pedir al deudor una ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados “para asegurar intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior”. En cambio, si la finca hipotecada ha pasado a un tercer poseedor (ya no perteneciera al deudor), el acreedor no podrá exigir que “se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que pudieran ser hipotecados” (art. 115.3º LH).

En cuanto a los intereses moratorios (devengados por la mora en el cumplimiento, y que cumplen una función indemnizatoria), salvo que se expresamente pacte en la escritura de constitución, no deben entenderse garantizados con la hipoteca. Si así se quiere, deberán establecerse de forma expresa y diferenciada respecto de los remuneratorios, determinando un tipo de interés propio (coincidente o no con el remuneratorio) y con un tope máximo de responsabilidad (una hipoteca de seguridad o de máximo, ante la incertidumbre de su cuantía final). Además, el límite temporal del art. 114 LH también alcanza a estos intereses.

La Ley de Crédito Inmobiliario ha dado una nueva redacción al tercer párrafo al art. 114 LH, introduciendo un límite máximo imperativo a los intereses moratorios en determinados supuestos. Así, declara el actual art. 114. III LH: “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 período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto

previsto en el art. 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”.

No se admite, por tanto, el pacto de anatocismo por el que los intereses de demora devengados se acumulen al capital a efectos de devengar nuevos intereses, con la excepción de lo previsto en el art. 579.2 a) LEC.

Respecto de las costas y gastos que se originen como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, quedarán garantizados con la hipoteca si así se ha previsto en la escritura pública de constitución y en la inscripción, en cuyo caso será necesario determinar la cuantía máxima de responsabilidad por tales conceptos, de manera independiente o diferenciada de la prevista para las otras obligaciones aseguradas (principal, intereses remuneratorios e intereses moratorios).

La Ley 1/2013, de 14 de mayo introdujo un límite a las costas exigibles al deudor ejecutado en caso de ejecución de la vivienda habitual, que no podrá exceder del 5% de la cantidad que se reclame en demanda ejecutiva (art. 575.1. bis LEC).

VI. La responsabilidad hipotecaria

La hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal (ilimitada) del deudor con base en el art. 1911 CC (art. 105 LH). La hipoteca añade, a la responsabilidad personal del deudor, una responsabilidad real, esto es, la afección del valor de la cosa hipotecada al pago del crédito. Esta responsabilidad real hipotecaria se hace efectiva a través de la acción real hipotecaria, que prescribe a los veinte años (art. 1964 CC). Junto a ella, concurrirá la responsabilidad personal, exigible a través de una acción personal contra todo el patrimonio del deudor.

Excepción a esta regla es la llamada hipoteca de responsabilidad limitada prevista en el art. 140 LH, según el cual “no obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados”. En virtud de este pacto el acreedor sólo podrá, para satisfacer forzosamente su crédito, ejecutar la hipoteca y, por tanto, la responsabilidad del deudor se concreta al bien hipotecado, sin que pueda dirigirse contra el resto del patrimonio del deudor *ex art. 1911 CC*.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233 de 28 de septiembre de 2013) introdujo una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal para el emprendedor, persona física, que tuviera la condición de “emprendedor de responsabilidad limitada”. Concurriendo determinados requisitos, el

emprendedor podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance a la vivienda habitual siempre que su valor no supere los 300.000 €, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 8).

Con posterioridad el Real Decreto-ley 1/2015, de 7 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015) introdujo un mecanismo de segunda oportunidad al regular la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor persona natural, a través de lo que se denomina “beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, que fue revisado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, 29 de julio de 2015). La regla general es que en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, “el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes (art. 484.1 TRLC), por lo que sigue respondiendo de sus deudas con todos sus bienes, presentes y futuros. No obstante, dicho precepto matiza la regla general al prever “salvo que [el deudor persona natural] obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho”. Esta posibilidad se regula en los arts. 486 y ss. TRLC (modificados por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre), que distingue entre la exoneración mediante un plan de pagos (arts. 495 y ss. TRLC) y la exoneración con liquidación de la masa activa (arts. 501 y ss. TRLC).

No obstante, la posibilidad de acogerse a este beneficio exige la concurrencia de determinados requisitos en el deudor “de buena fe”. La exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas según el art. 489 TRLC, pero el propio precepto prevé importantes excepciones, como las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial.

VI. La hipoteca sobre varias fincas y el principio de especialidad

Cuando son varias fincas las que se hipotecan en garantía de *un crédito* el principio de especialidad exige que se determine la responsabilidad que cada bien va a soportar (art. 119 LH), excluyéndose las hipotecas solidarias (esto es, que cada finca deba soportar la totalidad del crédito garantizado). Esta distribución requiere acuerdo entre el acreedor y el hipotecante.

Cuando se constituye una hipoteca para garantizar un crédito sobre varias fincas, distribuyéndose la responsabilidad hipotecaria entre ellas, no es posible liberar ninguna de las fincas (cancelación parcial de la hipoteca), en caso de pago de la

Art. 119 LH: “Cuando se hipotecan varias fincas por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen que cada una deba responder” .

parte de crédito que grava una de las fincas (pago parcial), salvo que concurra la hipótesis de los arts. 124 LH o 221 RH. En virtud de la nota de indivisibilidad de la hipoteca, la hipoteca subsiste íntegra mientras no se satisfaga totalmente el crédito garantizado (que es único).

Por consiguiente, el adquirente de una de las fincas no deberá soportar más responsabilidad de la que haya sido asignada y así conste inscrita en el Registro de la Propiedad. Así se desprende del art. 120 LH que establece el principio de inmunidad del tercero fuera de la cantidad asignada que consta registralmente (v. art. 221 RH).

Art. 120 LH: "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".

- Si A constituye hipoteca a favor de "B" sobre las fincas X, Y, Z para garantizar un crédito de 120.000 €, deberá al inscribir la hipoteca distribuir la responsabilidad hipotecaria sobre las fincas, de acuerdo con el acreedor. Así, podrá asignar a la finca X la responsabilidad de 60.000 €, a la finca Y la responsabilidad de 40.000 € y a la finca Z los 20.000 € restantes. Si con posterioridad "A" vende la finca Z a un "C", este nuevo propietario (tercer poseedor) adquirirá la finca hipotecada, si bien no responderá por más de los 20.000 € que esta finca garantizaba, según la distribución que constaba en la inscripción registral.
- Si "C" paga a "B" los 20.000 € de los que responde la finca que ha adquirido podrá, según el art. 221 RH, exigir la cancelación de la hipoteca respecto de esta finca (se admite, por tanto, una cancelación parcial).

Si la hipoteca sobre una de estas fincas no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, según el art. 121 LH, el acreedor hipotecario puede repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que *el deudor conserve en su poder*, aunque no fueran especialmente responsables, "pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas".

- Siguiendo con el ejemplo anterior, imaginemos que el acreedor "B" ejecuta la hipoteca sobre la finca Z que adquirió "C", por un crédito no satisfecho de 20.000 €, pero que no consigue en la subasta más que 14.000 €. En tal caso, el art. 121 LH permite al acreedor exigir la diferencia (esto es, los 6.000 € que le restan para ver satisfecho su crédito) contra las fincas X e Y, si siguen siendo propiedad del deudor hipotecante, promoviendo la ejecución de cualquiera de ellas. Pero si existieran otros acreedores hipotecarios (titulares de derechos reales inscritos sobre las fincas X o Y) posteriores a la inscripción de la hipoteca de que era titular "B", éste solo cobrará la diferencia (6.000 €) después de ser

satisfechos los créditos de los acreedores hipotecarios posteriores, porque respecto de éstos el crédito de “B” no tiene preferencia para el cobro.

Puede suceder, también, que constituida una hipoteca (para garantizar un crédito) sobre una finca, con posterioridad ésta se divida en dos o más fincas. En tal caso, según el art. 123 LH, la distribución del crédito hipotecario entre las fincas resultantes de la división requiere acuerdo entre el acreedor y deudor; no habiéndolo, la hipoteca será solidaria (excepcionalmente), pudiendo el acreedor 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”.

Según el art. 124 LH, “dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviese gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la finca misma”. El art. 124 LH supone una excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca (esto es, a que la hipoteca subsiste íntegra mientras no se satisface totalmente el crédito garantizado), pero para que se produzca este efecto es necesario que el acreedor haya aceptado el pago parcial del crédito (cfr. art. 1169 CC), en cuanto que ni la división de la finca hipotecada ni distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas suponen por sí solas la división del crédito hipotecario (al menos, si no hay tercero). Ahora bien, si hay consentimiento expreso del acreedor la división del crédito hipotecario entre varias fincas supone el nacimiento de tantos créditos (e hipotecas) como fincas resultantes de la división. Por ello, si el acreedor acepta un pago parcial del crédito, que se puede aplicar a una de las fincas, puede imponerse la cancelación parcial de la hipoteca respecto de dicha finca.

VIII. El contenido de la hipoteca

El acreedor hipotecario está interesado en que los bienes hipotecados no pierdan valor, porque, en caso de incumplimiento de la obligación, promoverá el procedimiento para la realización del valor del bien inmueble dado en garantía. Sin embargo, estos bienes siguen en poder del hipotecante, ya que la hipoteca no desplaza la posesión del objeto gravado, con el consiguiente riesgo para el acreedor de deterioro y disminución del valor del bien. Por este motivo, el ordenamiento jurídico brinda al acreedor unas especiales medidas de protección o de conservación de la garantía durante la llamada fase de seguridad de la hipoteca, que es el período existente antes del vencimiento del crédito hipotecario.

1. La acción de devastación o deterioro

Esta acción se encuentra prevista en el art. 117 LH, que dispone: “Cuando la finca hipotecada se deteriore, 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 el 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 persiste en la conducta abusiva, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

El art. 219.2º RH realiza una aplicación concreta del art. 117 LH, estableciendo la protección del acreedor hipotecario frente a los arrendamientos concertados por el propietario en perjuicio de la hipoteca, posteriores a ésta y cuya finalidad primordial sea causar la disminución del valor del bien. Se presume, salvo prueba en contrario, que el arriendo ha tenido el propósito de disminuir el valor del bien si se ha pactado una renta anual que, capitalizada al 6%, no cubra la responsabilidad total asegurada. En tal caso, el juez podrá, a instancia de parte, declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial de la finca, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, o adoptar cualquier otra medida que estime procedente.

Parte este precepto de que el arrendamiento deberá ser soportado por el adquirente de la finca en el proceso de ejecución, lo que tendrá lugar si se trata de un arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU/1994 y la enajenación forzosa se ha producido durante los cinco primeros años de contrato, si el arrendador es persona física o siete años si es persona jurídica (art. 13.1 LAU). Una vez transcurridos los cinco o siete primeros años de contrato, si se produce la ejecución hipotecaria del inmueble arrendado, el arrendamiento quedará extinguido, salvo que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho determinante de la resolución del derecho del arrendador (esto es, de la hipoteca).

2. El vencimiento anticipado del crédito

En virtud del art. 1129.3º CC, el acreedor podrá exigir el vencimiento anticipado de la obligación a plazos (crédito garantizado) cuando por actos propios del deudor (por su conducta dolosa o negligente) las garantías disminuyeran su valor o desaparecieran por caso fortuito, a no ser que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. Si el

acreedor insta el vencimiento anticipado del crédito, el deudor estará obligado a abonarle todo el capital pendiente de amortizar, los intereses correspondientes al tiempo en que ha disfrutado de aquél, las comisiones, gastos y costas que se hubieran pactado.

A diferencia de la acción de devastación, cuyo ejercicio es judicial, el vencimiento anticipado del crédito puede ser instado por el acreedor extrajudicialmente. Además, dado el efecto más riguroso del vencimiento, al acreedor suele interesarle éste, quedando la acción de devastación reservada a supuestos en que la disminución del valor de la finca aún se puede evitar mediante la administración judicial.

El art. 693.2 LEC permite que se reclame la totalidad de lo adeudado por capital e intereses en los términos que así se haya convenido en la escritura de constitución y conste en el asiento respectivo. Sin embargo, si se trata de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda se estará a lo que prescriben el art. 24 Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) y, en su caso, el art. 129 bis LH.

Art. 12.II LH: “Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Según el art. 24 LCCI en los contratos de préstamo antes mencionados el prestatario “perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte de capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
 - i. Al 3% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.
 - ii. Al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo.

Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

- c) Que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndolo un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo”. Este precepto se reproduce en el art. 129 bis LH que señala, como hace la LCCI, que estas reglas no admitirán pacto en contrario.

De otra parte, el TS, siguiendo la doctrina del TJUE, con anterioridad incluso a la LCCI, ha entendido que las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en los préstamos hipotecarios con consumidores pueden ser declaradas abusivas, en los supuestos en que se prevé para un incumplimiento no grave o para el incumplimiento de una obligación no esencial o para supuestos en que no se perjudica o disminuye la garantía (como por embargo de bienes del deudor, por hallarse incurso en un proceso de ejecución, etc.).

El art. 1129.3º CC no contempla expresamente como supuesto que faculta a dar por vencida la obligación a plazo el de la disminución de valor de la finca por causa fortuita, de donde se infiere que este riesgo lo sufre el acreedor hipotecario.

- Del préstamo hipotecario concedido por el acreedor deriva para el deudor la obligación de devolver de forma fraccionada el capital y los intereses. En principio, el plazo se ha de respetar, pero, en ocasiones, se permite que el acreedor y/o el deudor queden desvinculados del contrato, incluyendo en el préstamo cláusulas de cancelación o amortización anticipada o cláusulas de vencimiento anticipado. Además, el art. 1129 CC contempla causas legales de pérdida del beneficio del plazo.
- A pesar de que las cláusulas de vencimiento anticipado sólo tienen, en principio, eficacia *inter partes*, el art. 12 LH permite que tengan acceso al Registro de la Propiedad, lo que tiene importancia a efectos, entre otros, de la ejecución (art. 130 LH).
- Se han considerado nulas por abusivas las siguientes cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores:
- 1) Cláusula de vencimiento por arrendar la finca hipotecada sin limitarlos a los que puedan subsistir tras la ejecución o a los que se consideren gravosos o dañosos según el art. 219.2º RH.
- 2) Cláusula de vencimiento anticipado por impago de “algunas de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario” o “de una parte cualquier del capital del préstamo o de sus intereses” (aunque no haya llegado a aplicarse en el caso concreto).

- 3) Cláusula de vencimiento anticipado por “disminución de la solvencia del deudor por cualquier causa” o por el “embargo de bienes del deudor” o “por la declaración en concurso del deudor”.
- 4) Cláusula de vencimiento anticipado por la “no inscripción de la hipoteca por cualquier motivo”, incluso si es imputable a la propia entidad prestamista, o “la no inscripción en plazo determinado” o por la “inscripción parcial”.
- 5) Cláusula de vencimiento anticipado por el incumplimiento de “cualquiera de las obligaciones derivadas de la operación garantiza”, distintas de la obligación de pago, o por incumplimiento de prestaciones accesorias.
- 6) Cláusula de vencimiento anticipado por no asegurar la finca con aseguradora de reconocida solvencia “a juicio del acreedor” o si, producido el siniestro” el propietario no le cede las indemnizaciones que le pudieran corresponder por razón del inmueble.
- 7) Cláusula de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca por deterioro “a juicio del prestamista o apreciada por un perito vinculado a ésta”, si no se amplía la garantía a otros bienes.
- Otras cláusulas son nulas por vulnerar normas imperativas, como la de vencimiento anticipado en caso de realizar actos dispositivos respecto de la finca hipotecada.

3. La cesión del crédito

El acreedor hipotecario dispone de las facultades de cesión y de disposición de su crédito. Dada la accesoriedad que caracteriza a la hipoteca, lo que no podrá hacer es ceder la hipoteca sin el crédito (art. 1528 CC). La cesión del crédito garantizado con hipoteca supone el cambio de sujeto activo del crédito garantizado (de la relación jurídica obligacional subyacente) y del titular de derecho real de hipoteca (esto es, de acreedor hipotecario).

No obstante, la doctrina admite la cesión del crédito sin hipoteca si así lo pactan las partes, lo que supondrán la extinción de la hipoteca por falta de causa (cfr. art. 1528 y 1212 CC).

El art. 149 LH dispone: “El crédito hipotecario puede enajenarse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código civil. 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”.

Luego, la cesión ha de constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, según la doctrina mayoritaria, tanto la escritura pública como la inscripción son sólo una exigencia para que la cesión surta efectos frente a terceros. Además, ha de notificarse al deudor, para vincularle con el nuevo acreedor. La omisión de la notificación al deudor no afecta a la validez de la cesión, ni a su eficacia, pero, según prevé el art. 151 LH, quedará el cedente responsable de los daños causados al cesionario como consecuencia de esta falta.

Según el art. 149 LH, producida la cesión, el deudor no queda obligado a más de lo que lo estuviere con el acreedor inicial; y el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente (vid. arts. 1527 y ss. CC).

4. La subrogación del préstamo hipotecario

La subrogación es una modificación subjetiva en el préstamo hipotecario, por la que, a instancia del deudor, una entidad acreedora ocupa la posición de la acreedora inicial (aun sin el consentimiento de esta última). Se encuentra regulada, con carácter general, por el art. 1211 CC y específicamente por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, modificada por la Ley 41/2007, y por la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario.

La Ley 2/1994 se aplica exclusivamente a los prestamistas inmobiliarios, definidos en la LCCI, y, por tanto, no solo a los concedidos por bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito, pudiéndose subrogar prestamistas análogos, cualquiera que sea la fecha de formalización de tales préstamos y aunque no se haya previsto la posibilidad de la amortización anticipada del préstamo.

Los requisitos para la subrogación están contemplados en el art. 2 de la Ley:

- 1) La subrogación comprenderá todos los créditos o préstamos que tenga el deudor con la entidad acreedora original y que se encuentren garantizados con el inmueble. No es necesario el consentimiento de la entidad acreedora, siempre y cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella (art. 1211 CC).
- 2) La entidad que desee subrogarse deberá entregar al prestatario una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones del nuevo préstamo hipotecario, y un documento con los gastos de subrogación (según prevé la LCCI) y si éste la acepta, será comunicada igualmente a la entidad acreedora primitiva.
- 3) Además de notificar la aceptación de la oferta por el deudor a la entidad financiera primitiva la entidad subrogante le requerirá para que aporte, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe de la deuda. No obstante, aun cuando la entidad primitiva no aporte este certificado, la entidad que pretende subrogarse podrá calcular dicha cantidad bajo su responsabilidad.
- 4) La entidad acreedora primitiva puede enervar la subrogación si, en el plazo de 15 días naturales desde la notificación, formaliza con el deudor una novación modificativa del préstamo hipotecario (igualando o mejorando las condiciones de la oferta vinculante).
- 5) En caso contrario, bastará para que la subrogación surta efectos que la entidad subrogada declare, en la misma escritura, haber pagado a la acreedora originaria la cantidad por ella acreditada, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos.

II. Privilegio y preferencia del crédito hipotecario: el rango de la hipoteca

El acreedor hipotecario tiene una preferencia, que otorga una prioridad para el cobro sobre el importe obtenido en la ejecución de la hipoteca, frente a los demás acreedores del deudor. El crédito hipotecario es un crédito especialmente privilegiado, que recae sobre el bien inmueble gravado. Sin embargo, el privilegio del acreedor hipotecario no es absoluto, sino que, atendiendo a los arts. 1923 y 1927 CC, que establecen el orden y prelación para el cobro, son preferentes al acreedor hipotecario:

1º. Los acreedores con hipoteca legal tácita sobre el inmueble.

Son los créditos del Estado por el importe de última anualidad vencida y no pagada por impuestos que graven los bienes de los contribuyentes y los de los aseguradores, sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años (art. 1923.1º y 2º CC). Se incluyen también los créditos por los gastos generales de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal correspondientes a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores [art. 9.1 e) LPH] y desde luego los créditos salariales del art. 32.1 ET.

2º. Los créditos refaccionarios garantizados con anotación en el Registro sobre los bienes objeto de la refacción.

3º. El crédito con anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad anterior a la inscripción de la hipoteca sobre los bienes anotados.

Distinta cuestión se suscita cuando recaen varias hipotecas sobre un mismo bien, lo que es posible en la medida en que el valor del bien lo permita y así lo acepten los acreedores hipotecarios. Como la hipoteca es un derecho de realización de valor es importante determinar cómo se organiza la concurrencia de hipotecas sobre un mismo bien.

En nuestro sistema, la concurrencia de hipotecas se organiza con base en el principio de prioridad registral (*prior tempore, potior in iure*), atendándose al rango hipotecario que viene determinado por la fecha de inscripción en el Registro (esto es, por momento de su constitución, y no por la fecha de la escritura pública).

En relación con la prioridad, cada puesto que ocupa la hipoteca en el folio del inmueble se llama rango, y tiene valor económico en sí mismo, ya que la ejecución de la hipoteca provoca la cancelación de las cargas posteriores no preferentes y la subsistencia de las anteriores (art. 134 LH). Así, el acreedor ejecutante cobrará su

crédito íntegramente con el precio del remate y sólo si hay exceso se satisfarán los créditos hipotecarios posteriores, según el rango que ostenten. Por esto, atendiendo al principio de autonomía privada (art. 1255 CC) se admite la posibilidad de negociar sobre el rango:

a) Posposición de rango a favor de hipoteca futura: Es el único negocio regulado por el ordenamiento (art. 241 RH). Mediante este negocio se persigue que una hipoteca ya constituida postergue su rango a favor de otra futura y que todavía no está inscrita en el Registro. Supone un acto dispositivo del titular de la hipoteca pospuesta, por lo que se le exige capacidad para disponer (es un acto de renuncia del rango). La posposición se hará constar al margen de la inscripción de la hipoteca pospuesta, sin necesidad de nueva escritura, cuando se inscriba la hipoteca futura que se antepone.

Su validez requiere el consentimiento expreso del acreedor que pospondrá su rango, la determinación de la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración. Deberá señalarse, también, el plazo para inscribir la hipoteca futura; transcurrido el mismo, caducará el derecho de posposición, lo que se hará constar por nota marginal. Si la posposición de rango se prevé en la misma escritura de constitución de la hipoteca que se pospondrá supone una reserva de rango a favor de la hipoteca de constitución futura.

b) Permuta de rango: no está expresamente regulada, pero se admite este negocio por el cual dos hipotecas cambian respectivamente su rango. Se necesita el consentimiento de los acreedores hipotecarios y titulares de derechos reales intermedios que gravan el mismo bien. Se hará constar al margen de las hipotecas que cambian de rango.

III. La ejecución hipotecaria

1. La acción personal y la acción real

Si, llegado el vencimiento del crédito, el deudor no cumple, el acreedor hipotecario puede “ejecutar la hipoteca”, a través de una serie de procedimientos, cuya finalidad es la *realización del valor del bien hipotecado*, para, con el precio obtenido en la enajenación forzosa, satisfacer su crédito.

La acción en virtud de la cual el acreedor hipotecario promueve la enajenación forzosa del bien hipotecado se llama acción real hipotecaria. Junto a ésta, el

acreedor, en cuanto titular de un derecho de crédito, tiene una acción personal para exigir su cumplimiento forzoso, en virtud del principio de responsabilidad universal del deudor *ex art. 1911 CC*, ya que, como dice el art. 105 LH, la hipoteca no limita la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

La acción personal puede ser ejercitada por el acreedor hipotecario mediante un procedimiento declarativo (que tiene una fase de cognición, que finalizará con una sentencia, y con posterioridad, puede seguirse una ejecución) o uno ejecutivo y se dirige contra el deudor (o contra su patrimonio en vía de ejecución). El acreedor puede acudir al proceso de ejecución común u ordinario de la LEC, puesto que la escritura pública es título ejecutivo, según el art. 517.2.4º LEC.

-Ejecutar la hipoteca significar promover la enajenación forzosa de las cosas sujetas a garantías para cobrar el crédito garantizado.
-La acción real hipotecaria prescribe a los veinte años, mientras que la acción personal a los cinco (art. 1964 CC).

2. Procedimiento de ejecución hipotecaria

La acción real hipotecaria se dirige, mediante un procedimiento (judicial o extrajudicial) de apremio, “directamente contra los bienes hipotecados”, y sólo contra ellos (art. 129 LH y 681 LEC).

El ejercicio de la acción hipotecaria puede llevarse a cabo por dos procedimientos (art. 129 LH):

A) La venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129 LH; art. 1858 CC), por medio de notario con las formalidades previstas en el Reglamento Hipotecario (arts. 234 a 236). Sólo es posible si se ha pactado expresamente en la escritura pública de constitución de la hipoteca para el caso de falta de pago de capital o de los intereses de la cantidad garantizada, en la que deberá constar, además, el precio en que se tasa la finca para que sirva de tipo en la subasta.

El valor de tasación de la finca a efectos de tipo de la venta extrajudicial no podrá ser distinto al que se ha fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni al 75% del valor señalado para la tasación que, en su caso, se hubiere realizado conforme a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (porcentaje también aplicable a ejecución judicial directa).

B) La realización judicial del bien hipotecado. Supone el ejercicio de la acción real hipotecaria a través del procedimiento regulado en el Título IV, Libro III LEC (arts.

517 y ss.), con las especialidades del Capítulo V (arts. 681 a 698). Se trata del procedimiento de ejecución judicial directa (v. arts. 129 a 135 LH).

A pesar de que es un proceso de ejecución directa contra el bien hipotecado, la demanda ejecutiva se dirige frente al deudor (que ha de ser requerido de pago, extrajudicial o judicialmente), y en su caso, frente al hipotecante no deudor o al tercer poseedor de los bienes hipotecados, si éste ha acreditado al acreedor la adquisición de los bienes (art. 685 LEC). Ahora bien, si el tercer poseedor no hubiera acreditado su adquisición al acreedor, a éste le bastará dirigir la demanda contra el deudor, o en su caso, contra el hipotecante no deudor.

Son presupuestos para acudir al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, según el art. 682.2. LEC, que: 1º) en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo a la subasta, que no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación; 2º) en la misma escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Una vez admitida la demanda, se reclama del Registrador que expida la certificación del dominio y cargas, en la que constará si la hipoteca del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar. Además, el Registrador hace constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca que se ha expedido tal certificación, con indicación de la fecha y procedimiento (lo que tendrá efectos para los créditos posteriores). Si de la certificación registral aparece que el titular inscrito no ha sido requerido de pago se le notificará la existencia del procedimiento para que pueda intervenir en la ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 662 LEC, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte asegurada con la hipoteca.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el procedimiento de ejecución, permitiendo al juez de oficio, y tras audiencia de las partes, declarar el carácter abusivo de una o varias cláusulas del título ejecutivo, pudiendo decretar bien la improcedencia de la ejecución, bien despachar la misma sin la aplicación de tales cláusulas (v. arts. 552 y 557 LEC). También, amplió las causas de oposición a la ejecución que pueden ser alegadas por el deudor ejecutado, incluyendo expresamente la relativa al “carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible” (v. arts. 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC). Formulada la oposición se suspende la ejecución para que resuelva el tribunal. De estimarse esta causa de oposición se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, continuará la ejecución con inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.3.II LEC). De la misma manera, el art. 129.1 f) LH prevé que, ejercitada la acción hipotecaria, mediante venta extrajudicial del bien hipotecado si el Notario considera que alguna de las cláusulas del préstamo, que constituya fundamento de la ejecución, pueda ser

abusiva, lo pondrá en conocimiento del acreedor, el deudor y, en su caso, del avalista e hipotecante no deudor. En todo caso, el Notario suspenderá la venta si cualquiera de las partes acredita haber planteado ante el Juez competente el carácter abusivo de dichas cláusulas, tramitándose por los trámites y efectos previstos para las causas de oposición a la ejecución regulada en el apartado 4 del art. 695.1 LEC. Sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula que fundamente la venta extrajudicial o determine la cantidad, el Notario podrá proseguir con la venta a requerimiento del acreedor.

En la LEC se prevén tres formas distintas para la realización del valor del bien hipotecado en el procedimiento de ejecución hipotecaria:

a) Realización del valor del inmueble hipotecado mediante pública subasta (arts. 665 a 680 y 691 y 692 LEC).

Los arts. 670 y 671 LEC regulan las vicisitudes de la subasta y la adjudicación de bienes al acreedor, pudiendo darse alguna de estas situaciones: 1) si la mejor postura ofrecida en la subasta es inferior al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, y no se presenta tercero que la mejore, el ejecutante podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70% de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura; 2) Si no hay ningún postor en la subasta, podrá el acreedor pedir la adjudicación del bien por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, si no se trata de vivienda habitual del deudor. Si se tratara de ésta, la adjudicación se hará “por un importe igual al 70% del valor por el que hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje, por el 60%”.

b) Realización mediante convenio aprobado por el Letrado de la Administración de Justicia (art. 640 LEC).

Se trata de un convenio entre ejecutante y ejecutado o entre ejecutante y quien acredite tener un interés directo en la ejecución, por el que, mediante aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia, se acuerda el modo más de realización más eficaz de los bienes hipotecados, suspendiendo con ello la ejecución. Cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo el Letrado de la Administración de Justicia sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Cuando no se cumpla dentro del plazo establecido o, por cualquier causa, no se logra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta.

c) Realización del bien por persona o entidad especializada (art. 641 LEC), acordado por el tribunal y después, aprobada judicialmente.

Por las características especiales del bien y a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutado puede acordarse por el Letrado de la Administración de Justicia que el bien lo realice persona o entidad especializada y conectora del mercado en que se compran y venden esos bienes (p. ej. una casa de subastas si se trata de obras de arte).

3. El proceso de ejecución común u ordinario y la continuación del proceso de ejecución

Es posible que el acreedor, en lugar de iniciar el procedimiento de ejecución directa contra el bien hipotecado, opte por el proceso de ejecución común u ordinario (arts. 517 y ss LEC), por ejemplo, porque prevé que el precio que, en su caso, obtenga por la realización del bien hipotecado no va a ser suficiente para cubrir el importe del crédito garantizado y conozca que el deudor tiene otros bienes suficientes (arts. 517 y ss. LEC). En la demanda se acumularán dos acciones, la real hipotecaria y la personal (con la que se persiguen todos los bienes del deudor, pero sólo en la parte del crédito que exceda de la cuantía asegurada con la hipoteca).

De otra parte, cuando el proceso de ejecución especial se dirige exclusivamente contra un bien hipotecado, puede ocurrir que la pretensión del acreedor no se vea totalmente satisfecha, por haber obtenido en el procedimiento de realización de valor una cantidad inferior al importe debido, pudiendo acudir al proceso de ejecución común u ordinario para ver satisfecho la parte del crédito restante, ya que, como regla, la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor (art. 105 LH). Por ello, el art. 579.1 LEC permite que, una vez concluida la subasta del bien hipotecado, si el producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, “el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”. Con ello se permite que el proceso de ejecución común siga al especial hipotecario sin solución de continuidad (y sin necesidad de presentar otra demanda con título ejecutivo y demás requisitos).

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo un apartado 2 al art. 579 LEC con trascendentes medidas orientadas a proteger al deudor en caso de adjudicación al acreedor de la vivienda habitual hipotecada. Así, cuando la cantidad obtenida sea insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante, la ejecución proseguirá por la cantidad que reste, pero el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de 5 años desde la aprobación del

remate o la adjudicación, por el 65% de la cantidad pendiente, o bien satisficiera el 80% dentro del plazo de 10 años. Además, si el ejecutante que se haya adjudicado la vivienda o aquél a la que haya cedido su derecho, la enajena posteriormente en el plazo de 10 años, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en tal venta.

Desde el año 2011 se han ido sucediendo una serie de normas de protección a los deudores hipotecarios sin recursos. Entre éstas destaca, el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado por Ley 1/2013, de 14 de mayo, y por RDL 5/2017, de 17 de marzo (que también modifica esta última), que aprueba un Código de buenas prácticas al que, voluntariamente, pueden adherirse las entidades de crédito y demás entidades que de manera profesional conceden préstamos o créditos hipotecarios. Este Código incluye una serie de medidas que permiten reestructurar la deuda hipotecaria de quienes tienen extraordinarias dificultades para atender su pago (están en el llamado “umbral de exclusión”). Como último recurso (tras una fase de renegociación de la deuda y una posible quita) se prevé que los deudores puedan solicitar la dación en pago de la vivienda habitual. En estos casos, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, que supondrá la cancelación total y definitiva de la deuda garantizada y de las responsabilidades personales por razón de la misma deuda. Además, el RDL 6/2012 prevé, desde el momento en que el deudor situado en el umbral de exclusión solicita la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, una limitación de los intereses moratorios que no podrán ser superiores a la cantidad que resulte de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2% sobre el capital pendiente de préstamo.

Junto a ello, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, previó la suspensión temporal (hasta dos años) de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, cuando tras un proceso de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial el acreedor se adjudicaba la vivienda de tal colectivo. Dicho plazo de suspensión fue ampliado por dos años más por el art. 3 RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. El RDL 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013, amplió hasta siete años (desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013) la suspensión del lanzamiento, ampliando, además, el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, esto es, de las personas que pueden acogerse a éste así como a la suspensión de los lanzamientos. Esta última norma establece mecanismos de alquiler a favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

A raíz de la pandemia causada por el COVID-19 se aprobaron sucesivamente varios Reales Decretos-leyes que prevenían la moratoria de la deuda hipotecaria si

concurrían determinados requisitos (como tratarse de préstamo para la adquisición de vivienda habitual del deudor en quien concurra una situación de vulnerabilidad económica y con extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19). Así, lo hizo el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19. Como consecuencia de dichas medidas si el deudor (fiador o avalista) reunían dichos requisitos y solicitaban la moratoria hipotecaria el acreedor no podía exigir la devolución de las cuotas del préstamo hipotecario (principal e intereses) durante el plazo previsto que, inicialmente fue de tres meses, prorrogables si la situación lo requería. Durante la moratoria no se devengaba interés alguno, ni se podía aplicar cláusula de vencimiento anticipado que constara en el préstamo. La suspensión, como efecto de la moratoria legal, no consideraba novación contractual, pero debía formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, ya suponía una ampliación del plazo inicial.

4. Efectos de la realización de valor del bien hipotecado

Una vez ejercitada la acción hipotecaria por los procedimientos previstos, se practicará la inscripción de la finca a favor del rematante o adjudicatario.

Para practicar la inscripción de la finca o derecho a favor del rematante se presentará ante el Registro de la Propiedad testimonio, expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de la aprobación del remate (precio de la subasta), de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, en el que se expresará, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción (arts. 673, 674.1 y 692.3 LEC; art. 133 LH).

Además, se procede a la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución y de todas las cargas posteriores y no preferentes, ya que la ejecución de hipoteca purga las restantes de peor rango registral. Sólo subsisten las preferentes y anteriores, en cuya responsabilidad (real) queda subrogado el adquirente de la finca.

Celebrada la subasta y aprobado el remate, el precio del mismo se destinará a pagar al actor el principal, los intereses devengados y las costas causadas, sin que pueda exceder, por cada uno de estos conceptos, del límite la respectiva responsabilidad hipotecaria. Si hay sobrante se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado (p. e. acreedores

hipotecarios posteriores). Satisfechos éstos se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado, salvo que éste sea el deudor, en cuyo caso, si no está en concurso, se destinará al pago de la parte de crédito, principal, intereses y costas, del ejecutante al que no alcanzaba la garantía hipotecaria. Todo ello sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en otra ejecución singular o en un concurso de acreedores (art. 672 LEC).

Para proceder a la cancelación de las cargas (la propia hipoteca ejecutada y las posteriores) se requiere un mandamiento expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, que deberá reunir los requisitos que para la inscripción exige la legislación hipotecaria. Este mandamiento y el testimonio del decreto de remate o adjudicación pueden constar en un único documento y se remitirán, a instancia de parte, electrónicamente al Registro de la Propiedad correspondiente para practicar la inscripción y la cancelación (art. 674 LEC y arts. 133 y 134 LH).

IV. La extinción y cancelación de la hipoteca

La hipoteca es un derecho accesorio del crédito. Por tanto, se extingue cuando se extingue el crédito garantizado (art. 1156 CC). Sin embargo, al tratarse de un derecho de constitución registral, aunque se extinga el crédito, la hipoteca no se extingue automáticamente, sino que es necesaria la *cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad*, que no procede de oficio por el Registrador, sino que precisa de ciertos requisitos. Frente a terceros, las inscripciones no se extinguen sino por cancelación o inscripción de la transmisión del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona (art. 76 LH).

Según el art. 82.I LH «las inscripciones y anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos». No obstante, bastará instancia privada si el derecho inscrito queda «extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».

Además, en cuanto derecho real, la hipoteca se extingue por las mismas causas de extinción de los derechos reales: destrucción del bien dado en garantía, expropiación forzosa, consolidación, condonación o remisión de la hipoteca, resolución del derecho del constituyente, ineficacia o invalidez del contrato de hipoteca, etc.

Respecto de la pérdida o destrucción del bien hipotecado y su expropiación forzosa cabe tener en cuenta que el art. 110.2 LH prevé que en tales casos la hipoteca se extenderá legalmente a las indemnizaciones debidas o concedidas al propietario por razón del inmueble hipotecado así como a las procedentes de su expropiación por causa de utilidad pública. Como vimos, en tales casos, en realidad, existirá una prenda de dinero (irregular) o una prenda de créditos, transformándose así el derecho del acreedor.

En relación con la resolución del derecho del constituyente debe tomarse en consideración las normas específicas al respecto: para el usufructuario (art. 107.1 LH); para los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas (art. 107.10 LH), etc.

Lecturas recomendadas

BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant Lo Blanch, 2000.

BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, 2013.

CARRASCO, A., CORDERO, E. y MARÍN, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi, 2012.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *La extensión objetiva de la hipoteca*, Tirant Lo Blanch, 2014.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en *Instituciones de Derecho privado*, (coord. J. F. Delgado de Miguel) II, *Reales*, Vol. 3º, Civitas, 2016.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir), *Tratado de Contratos*, Tomo IV, Tirant Lo Blanch, 2009.

ROCA SASTRE, R. M^ª/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L./BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomo VIII, *Hipotecas*, 9ª ed., Bosch, 2009.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La hipoteca unilateral*, Civitas, 2004.