**TEMA 48 HIPOTECARIO**

**EL DERECHO REAL DE HIPOTECA: CONCEPTO**

Resulta de los arts. **104 LH** y **1876** Cc:

***La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.***

Es un derecho real de garantía y realización de valor, de carácter accesorio e indivisible y constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en la posesión del propietario (ROCA) .

Se basa en un **sistema mixto romano-germánico**, pues aunque su régimen es fundamentalmente romano, su configuración formal se inspira en ideas germánicas.

**Potente instrumento del CRÉDITO TERRITORIAL**. El economista HERNANDO DE SOTO destaca la importancia de la titulación/movilización de la propiedad para salir de la pobreza.

**Y CARACTERES**

“**derecho real...**” Situación de poder “inmediato” y absoluto (erga omnes):

**2.2 LH *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:... 2º) Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales***

**107.4 LH *Podrán también hipotecarse:… 4. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.***

**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 bienes***

GIORGIANI niega su INMEDIATEZ (ve en la hipoteca una especie de “*anotación de embargo anticipada”).* También las llamadas teorías obligacionistas (vg la teoría de la obligación real, *in rem scripta* ó *propter rem*) y las procesalistas (la hipoteca sería una mera modalidad de la acción ejecutiva, CARNELUTTI)

Por contra se argumenta que el acreedor hipotecario no necesita la intermediación del hipotecante para conservar/ejercer su derecho, quedando investido por sí solo de *ius praelationis,* *persiquendi* y *distrahendi*.

**“de garantía...”**

Si bien en principio

**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 1.911 del Código Civil***

Existe reenvío a las obligaciones pecuniarias vía

**12.1 LH *En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.***

“**y realización de valor...**” **1858 CC** ***Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.***

**“accesorio...”** Destacamos

**1212 Cc *La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.***

**1528 Cc *La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.***

**1857.1 Cc *Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1º. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de UNA obligación principal.***

Matizar que a partir de la reforma operada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre (que modifica la Ley 25 de marzo 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras), el art **153bis LH** permite **hipotecas flotantes**, rompiendo la hasta entonces inderogable ecuación: una obligación=una hipoteca (ex principio especialidad)

“**indivisible**...”

**122 LH *La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.***

**123 LH *Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.***

**124 LH *Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.***

**“constitución registral...”**

**1875 Cc** ***Además de los requisitos exigidos en el art 1857, es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el RP...***

**145 LH** ***Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: Que se hayan constituido en escritura pública. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.***

Algunos autores (**SANZ**) entienden que el requisito de la inscripción es necesario para hacerla oponible a terceros, no para su constitución (REMISIÓN)

**“directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables”**

Aunque también cabe en nuestro sistema cabe la HMyPSD

En nuestro sistema no se admite la hipoteca de propietario (REMISIÓN distinción GRUNDSCHULD e HIPOTHEK)

Pero la RDGRN 9 de junio de 2012 admite la constitución de hipoteca sobre bienes con prohibición de disponer, cuando se pacta no ejecutarla hasta transcurrida la vigencia de la prohibición.

“**permanecen en la posesión...**” **En** ello radica la diferencia entre prenda ordinaria e hipoteca.

**CLASIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS**

Por su origen, **VOLUNTARIAS Y LEGALES**.

**138 LH** S*on* ***hipotecas voluntarias*** *las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan y sólo podrán constituirlas quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las Leyes*.

**158 LH** *Sólo serán* ***hipotecas legales*** *las admitidas expresamente por las Leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho*.

No confundir hipoteca legal con hipoteca tácita. Tampoco con las antiguas “hipotecas judiciales” (hoy desaparecidas, reemplazadas en su función por la anotación preventiva de embargo).

Por sus sujetos

(HIPOTECANTE)

**HIPOTECA de DEUDOR** y de **NO DEUDOR** (“fianza real”, en denominación de algunos)

**1857 Cc** **L*as terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando/hipotecando sus propios bienes***

La RDGRN **8 de febrero 2011** admite que pueda constituirse hipoteca en garantía de deuda ajena SIN INTERVENCIÓN DEL DEUDOR *(aparte 141 LH)*, ex: la negociabilidad del crédito con independencia del deudor (vg 1205 Cc) o la posibilidad de afianzamiento sin su intervención (1823 Cc).

**BILATERALES/UNILATERALES** (**141 LH**)

**OTRAS:**

*Inter vivos -*141 LH- o M*ortis causa* -hipoteca testamentaria, 248 RH; bastando capacidad para testar-)

Constituidas por apoderado (1713 Cc: ***Para transigir....***), personas sujetas a patria potestad/tutela/otra forma de representación legal (166, 271, 323-324 Cc), etc

Por aplicación de la doctrina del negocio complejo (RDGRN 7 julio 1998), los padres pueden, sin necesidad de autorización judicial, adquirir un inmueble para el hijo:

con simultánea constitución de hipoteca en garantía del precio aplazado

gravado con hipoteca

(ACREEDOR HIPOTECARIO)

Doctrina de la RDGRN 8 de junio de 2011 (admisión del crédito sindicado y consecuentemente de la hipoteca «en mano común», o **sin asignación de cuotas**)

Por su objeto

(bienes hipotecados) Supuestos 107-108-109-110-111 LH (vg de una finca o de varias fincas; de extensión variable; de dominio/usufructo/nuda propiedad)

(obligación garantizada)

Hipotecas ordinarias (de tráfico) y **de seguridad** (cuyos elementos no están todos determinados registralmente: el RP sólo publica el máximo de la garantía real, debiendo acreditarse la deuda o su cuantía concreta por medios extra-hipotecarios).

Vg hipotecas de sujeto indeterminado, en garantía de obligaciones condicionales-futuras o de máximo.

OTRAS, en garantía de:

cuentas corrientes de crédito (153), de máximo (flotantes, 153 bis), cambiarias (154), para garantizar títulos transmisibles por endoso/al portador (154)

capital (tracto único, no sucesivo) **o** **de rentas/prestaciones periódicas** (157)

pensiones alimenticias (en convenios reguladores), inversas, recargables, etc

Por su forma, **EXPRESAS O TÁCITAS**:

Tras la LH prácticamente todas las hipotecas son expresas

Destacar la diferencia entre hipoteca legal tácita (vg 78 LGT, 194-196 LH, en todo caso se anteponen) y crédito singularmente privilegiado (vg 32 ET o 9.1.e LPH, que requieren de tercería para anteponerse)

También antes de la LH cabía distinguir entre hipotecas generales (que afectaban a todos los bienes del deudor) y especiales. La LH 1944 consagra su especialidad.

Por su causa, onerosas o gratuitas

DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

**140 LH *No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.***

***En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.***

*Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121.*

Destacamos este precepto por plantearse en la actualidad generalizar esta limitación de responsabilidad a los préstamos hipotecarios concedidos a consumidores para adquisición de su vivienda habitual

**BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE HIPOTECA**

**84** TR RD Leg 16 de noviembre 2007, TR Ley Defensa Consumidores y Usuarios: “Los Notarios/Registradores no autorizarán/inscribirán contratos/negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

¿Y en otros casos? Si bien una RDGRN de 1990 excluyó de la calificación registral dichas cláusulas abusivas por su indeterminación (“*exigencias de la buena fe”, “desequilibrio importante*”), a la vista de la interpretación por el TJUE y TS de la Directiva de 1993, la RDGRN 18 de noviembre 2013 ha cambiado de criterio: el registrador debe calificar denegando la inscripción de las cláusulas abusivas cuando:

- Su nulidad resulte de la Ley (por ejemplo, vencimiento anticipado total del préstamo por impagos inferiores a tres cuotas, que contradice 693.2 LEC).

- La nulidad haya sido declarada por sentencia firme, aunque no figure inscrita en el RBM (principio de efectividad; ejemplo: STS 3 de junio de 2016 que declara nulo por abusivo el interés de demora superior en dos puntos al interés ordinario).

- Su carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador con carácter objetivo (ejemplo: causas de vencimiento anticipado que no guarden relación con la conservación de la garantía)

OTRAS NORMAS PROTECTORAS

Ley de 31 de marzode 2009, por la que se regula la CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE **PRÉSTAMOS/CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN** para la celebración de contratos de préstamo/crédito. Esta ley de 2009 remite a

* (**AMORTIZACIÓN ANTICIPADA**) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre (remision), donde en relación a los créditos o préstamos hipotecarios formalizados con posterioridad a su entrada en vigor distingue entre

**comisión** de cancelación anticipada

**compensación** por desistimiento (y compensación por riesgo de tipo de interés)

* (**OFERTA VINCULANTE**) La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

RD-Ley 9 de marzo 2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

**Ley 1/2013**, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que

en determinados casos exige la incorporación a la EP de una expresión manuscrita (por la que el prestatario manifiesta que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato).

reforma los arts 21, 114 y 129 LH

**RD-Ley 1/2015**, de mecanismo de segunda oportunidad

**STJUE 9 marzo 2017, caso PIRINGER**, que reconoce la singularidad del Notariado latino, tendente a garantizar la legalidad y seguridad jurídica, que permite justificar posibles restricciones al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.