**TEMA 49 HIPOTECARIO**

**ELEMENTOS PERSONALES DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA**

**104 LH** ***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***

La relación jurídica hipotecaria es de carácter complejo, al comprender dos relaciones dependientes: de **crédito** (elemento principal) y de **garantía** (accesoria). 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). Así:

El verdadero y único sujeto pasivo de la hipoteca es el hipotecante. Art **138 LH**: *Son 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.*

Por mucho que una hipoteca se extinga extrarregistralmente, cabe que una hipoteca extinguida pero no cancelada subsista en beneficio de un cesionario que tenga la condición de tercero hipotecario (34 LH).

**BILATERALES/UNILATERALES** (*inter vivos -*141 LH- o *mortis causa* -hipoteca testamentaria, 248 RH; bastando capacidad para testar-)

Otras: 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)

Son indisociables la titularidad del crédito y la de la garantía, desde su constitución hasta su extinción: desde su origen, por venta/cesión del crédito (1528 Cc) o subrogación activa legal (vg pago realizado por el fiador -1839 Cc-; 1211 Cc y Ley 30 de marzo 1994).

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)**:

. Tradicionalmente se consideraba que la comunidad germánica sólo era admisible en nuestro Derecho respecto de aquellas figuras jurídicas en las que existía una previsión legal específica (como en los casos de la comunidad de gananciales, la comunidad hereditaria o los montes vecinales en mano común). Sin embargo, la citada RDGRN supera dicha concepción hablándose ahora de cotitularidades “sindicadas” (aparte las tradicionales obligaciones parciarias, mancomunadas y solidarias).

. Admitida esa **autorregulación** en el plano obligacional, tampoco existe ningún obstáculo para que la misma se extienda, en la medida exigida por su carácter accesorio, al derecho real de hipoteca.

**RESPONSABILIDAD REAL Y PERSONAL EN LA HIPOTECA**

La “compleja” relación jurídica hipotecaria da origen a dos tipos de responsabilidades:

**Personal** (derivada del crédito garantizado, afecta al deudor) Rige 1911 CC (responsabilidad *universal*) y requiere de embargo (acto de ejecución singular) o liquidación del patrimonio del deudor (concurso).

**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 Cc***

**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...***(REMISIÓN)

**Real** (derivada del derecho real de hipoteca, afecta al hipotecante *ob rem* -circunscrita al **valor** de la cosa hipotecada-). Como recae solo sobre el bien hipotecado y consta ab initio individualizada (104 LH), no requiere de embargo (en el procedimiento del art 681 y ss basta solicitar al Registrador certificación de dominio y cargas)

Se discute si el acreedor puede elegir entre exigir una u otra responsabilidad (ROCA), o si ha de ejercer en primer lugar la real (y subsidiariamente la personal, SANZ ex 1928.2 Cc). La LEC guarda silencio, limitándose a indicar que, subastados los bienes hipotecados/pignorados por el procedimiento 681 y ss LEC, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

**TERCER POSEEDOR DE BIENES HIPOTECADOS**

Dado que el hipotecante no se ve privado del *ius disponendi* puede surgir un **TERCER POSEEDOR**, a saber, el sujeto que adquiere todo/parte de un bien previamente hipotecado, en nuda propiedad/usufructo/ dominio directo/útil/superficie/vuelo/subedificación/ sobreedificación, que NO ASUME LA DEUDA PERSONAL.

Su posición procesal varía según su adquisición sea

anterior al inicio de la ejecución (126 LH)

**126 LH** *...podrá el acreedor reclamar de éste* (el tercer poseedor) *el pago de la parte de crédito asegurada con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de* ***requerido judicialmente o por Notario****.*

*Requerido* ***el tercer poseedor*** *de uno de los dos modos expresados en el párrafo anterior,* ***deberá verificar el pago*** *del crédito con los intereses correspondientes (conforme a lo dispuesto en el artículo 114 LH)* ***o desamparar los bienes hipotecados****...*

posterior al inicio de la ejecución, pero anterior a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas (el registrador les comunicará la existencia de la ejecución, 659 LEC)

posterior a la nota (no se les realiza comunicación alguna pero pueden intervenir en el procedimiento)

Así,**132 LH***A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados,* ***la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:***

***1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.***

***2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros*** *cuyo derecho ha sido* ***anotado/inscrito con posterioridad*** *a la hipoteca,* ***a excepción de los*** *que sean* ***posteriores a la nota marginal*** *de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.*

Le afecta la hipoteca, no personalmente, sino “ob rem”. Por ello la LH atenúa su responsabilidad:

**112 LH** ***Cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, NO SERÁ EXTENSIVA LA HIPOTECA A LOS MUEBLES COLOCADOS PERMANENTEMENTE EN LOS EDIFICIOS, NI A LAS MEJORAS que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo.***

**114.1 LH *Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés NO ASEGURARÁ, CON PERJUICIO DE TERCERO, ADEMÁS DEL CAPITAL, SINO LOS INTERESES DE LOS 2 ÚLTIMOS AÑOS transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.***

**115 LH** ***Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del DEUDOR*** (NO DEL TERCERO) ***AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA sobre los mismos bienes hipotecados.***

**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***

**E HIPOTECANTE NO DEUDOR**

Como no es tercero ajeno a la relación hipotecaria (aunque sí al débito) no es tercer poseedor: carece de la facultad de desamparar lo bienes hipotecados.

La constitución de la hipoteca por hipotecante no deudor sin contraprestación ni interés de su parte podría considerarse acto gratuito (asunto relevante en orden a su capacidad/legitimación)

**COMPRAVENTA DE FINCA HIPOTECADA CON ASUNCIÓN DE DEUDA POR EL ADQUIRENTE O CON DESCUENTO O RETENCIÓN DE SU IMPORTE DEL PRECIO DE VENTA**

Normalmente la enajenación del bien hipotecado no afecta ni a la hipoteca ni al crédito garantizado por ella. Pero no siempre es así:

**118 LH** ***En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor 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 con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.***

Aparte de la ASUNCIÓN CONVENCIONAL de deuda, existe también la **LEGAL** (vg 140 LH y dudosamente en supuesto 157 LH) y la **JUDICIAL** (subrogación del rematante en las cargas y gravámenes anteriores al crédito que se ejecuta, discutiendo la doctrina si dicha subrogación opera solo en la responsabilidad hipotecaria o también en la obligación personal -liberatoria/cumulativamente-)

**668.2** **LEC** *“En el edicto y en el Portal de Subastas se... señalará que* ***las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes*** *y que, por el solo hecho de participar en la subasta,* ***el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos*** *si el remate se adjudicare a su favor*”.

Parece que la asunción judicial opera solo en la responsabilidad: la obligación personal continúa siendo exclusivamente del deudor (pese a la adjudicación)

1. ***Si no se hubiere PACTADO LA TRANSMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA, pero EL COMPRADOR HUBIERE DESCONTADO SU IMPORTE DEL PRECIO DE LA VENTA, O LO HUBIESE RETENIDO y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.***

Lo que **se discute** en la doctrina es **si se trata** **o no del mismo supuesto:**

**SANZ** entiende que ambos casos implican una asunción tácita (cumulativa) que impide la aparición del tercer poseedor

**ROCA** distingue:

en la **retención** el importe retenido, que opera como provisión de fondos, implica asunción cumulativa (de cumplimiento, en la relación interna, no liberatoria para el vendedor)

El acreedor puede dirigir su acción personal indistintamente contra el comprador o contra el vendedor.

en el **descuento,** no existiendo relación interna, el comprador es tercer poseedor (no se obliga ni siquiera internamente a pagar al acreedor).

El vendedor sigue siendo el único responsable contra el que puede dirigir el acreedor su acción personal.

La CLÁUSULA DE ASUNCIÓN/RETENCIÓN/DESCUENTO **debe consignarse en el RP** ex 11 LH (*En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago...*). Y también la subrogación ex lege, se hará constar por nota marginal en el RP a fin de evitar que se cancele la hipoteca por pago.

**230 RH** En caso retención/descuento será título bastante para hacer constar en el RP la subrogación el acta de entrega o la escritura de *carta de pago* en que el vendedor manifieste que hace uso de dicha subrogación.