**DERECHO HIPOTECARIO**

**TEMA 18**

**CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA. TIPOS DE HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL. REQUISITOS DE CAPACIDAD Y FORMA EN LAS VOLUNTARIAS. HIPOTECAS CONSTITUIDAS UNILATERALMENTE. EFECTOS DE LA HIPOTECA.**

**CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.**

Disponen los artículos 1876 del Código Civil de 24 de julio de 1889 y 104 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 que “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”.

Sus caracteres son los siguientes:

1. Es un derecho real dotado de reipersecutoriedad y eficacia *erga omnes*.
2. Es un derecho de realización de valor, ya que en caso de impago el acreedor hipotecario puede ejercer la acción que conduce a la enajenación del bien hipotecado para, con su importe, satisfacerse de su crédito.
3. Es un derecho de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, ya que si bien los artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria permiten que la hipoteca pueda asegurar toda clase de obligaciones, los artículos 12 y 153 de la Ley Hipotecaria exigen que se determine la cantidad máxima de que responda el bien hipotecado, por lo que cuando no sea pecuniaria la obligación garantizada, la prestación correspondiente deberá traducirse en una cantidad de dinero, siendo la efectividad de su pago lo que únicamente y de una manera directa asegurará la hipoteca.
4. Es un derecho accesorio, que se transmite y extingue al transmitirse y extinguirse la obligación garantizada
5. Es un derecho indivisible, disponiendo el artículo 122 de la Ley Hipotecaria que “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”.

No obstante, esta indivisibilidad no es esencial, sino que presenta excepciones en los casos de hipoteca sobre varias finas o división de finca hipotecada, las cuales se estudian en el tema siguiente del programa.

1. Es un derecho de constitución registral, pues conforme a los artículos 1875 del Código Civil y 145 y 149 de la Ley Hipotecaria, su la inscripción es constitutiva.
2. Es un derecho que recae sobre bienes inmuebles, aunque en nuestro Derecho también se admite la hipoteca mobiliaria, regulada por la Ley de 16 de diciembre de 1954, que no pertenecen al acreedor y que son enajenables.
3. El bien hipotecado permanece necesariamente en la posesión de su propietario.

**TIPOS DE HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

Se pueden hacer las siguientes clasificaciones de las hipotecas.

1. Hipoteca expresa, es decir, inscrita en el Registro, y tácita, que son las siguientes:
2. La prevista por los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 78 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003, que disponen que “en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior”.
3. La prevista por el artículo 195 de la Ley Hipotecaria, que dispone que “el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho a exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho las primas del seguro de dos o más años, o de dos o más de los últimos dividendos pasivos, si el seguro fuere mutuo”.
4. La prevista por el artículo 32.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015, que dispone que “los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”.
5. La preferencia prevista por el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que dispone que el piso o local adquirido responde de la parte vencida de la anualidad corriente y de los tres años anteriores de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios por gastos comunes.
6. Por su contenido, se distinguen dos tipos de hipoteca, a saber:
7. Hipotecas ordinarias o de tráfico, cuando el crédito se hace constar en el Registro con todos sus pormenores, por tener la obligación asegurada una existencia cierta y cuantía conocida.
8. Hipoteca de seguridad, cuando el crédito sólo se hace constar en el Registro en sus líneas generales, porque la obligación garantizada es de existencia dudosa o de cuantía indeterminada, como ocurre en los siguientes casos:

* Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales, prevista por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria.
* Hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador, prevista por el artículo 150 de la Ley Hipotecaria.
* Hipoteca en garantía de cuentas corrientes, prevista por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.
* Hipoteca flotante, prevista por el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

1. En tercer lugar, la hipoteca puede es de capital cuando la obligación garantizada es de cumplimiento total o unitario, o de renta cuando tiene cumplimiento periódico, pudiendo ser la de renta directa o inversa.
2. Por sus efectos, la hipoteca puede ser común, cuando su prioridad responde al principio de *prior tempore, potior iure*, o privilegiada, cuando tiene un rango especial sobre las demás, siendo siempre privilegiadas las hipotecas tácitas.
3. Por su origen, las hipotecas pueden ser voluntarias, que conforme al artículo 138 de la Ley Hipotecaria son constituidas en escritura pública por ambas partes o, al menos, por el hipotecante, o legales, que conforme al artículo 168 de la Ley Hipotecaria son las que la ley concede el derecho a exigir a determinadas personas en casos taxativamente señalados.

**REQUISITOS DE CAPACIDAD Y FORMA EN LAS VOLUNTARIAS.**

Los requisitos reales de las hipotecas se estudian en los siguientes temas del programa, que en el presente exige referirse a los personales y formales.

Respecto de los personales, los artículos 1857 del Código Civil y 138 de la Ley Hipotecaria señalan dos requisitos, a saber:

1. Que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca, por lo que el hipotecante puede ser el deudor, pero también las terceras personas extrañas a la obligación principal podrán asegurar ésta, hipotecando sus propios bienes.
2. Que las personas que constituyen la hipoteca tengan la libre disponibilidad de sus bienes o, caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes, pudiendo precisarse que:
3. Conforme al artículo 247 del Código Civil, el menor emancipado necesita el consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, el de su defensor judicial.
4. Conforme a los artículos 224 y 287 del Código Civil, el tutor y el curador representativo necesitan autorización judicial.
5. Conforme al artículo 1377 del Código Civil, la constitución de hipoteca sobre bienes gananciales requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, si uno lo negare o estuviere impedido de prestarlo, autorización judicial.

Por otro lado, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria prevé que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, por lo que cuando el hipotecante no es deudor queda afectado por el ejercicio de la acción real sobre los bienes hipotecados, pero no puede ser sujeto pasivo de la acción personal del acreedor.

Además, el artículo 140 de la Ley Hipotecaria dispone que “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”.

Respecto de los requisitos Formales, el artículo 145 de la Ley Hipotecaria dispone que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

1. Que se hayan constituido en escritura pública.
2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

**HIPOTECAS CONSTITUIDAS UNILATERALMENTE.**

Dispone el artículo 138 de la Ley Hipotecaria que “son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan”, contempladas estas últimas por los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, las hipotecas unilaterales sólo surten efectos si son aceptadas por el acreedor, si bien una vez aceptadas sus efectos se retrotraen a la fecha de su inscripción y afectan a los terceros adquirentes posteriores tal fecha.

La aceptación, que se hará constar en el Registro por nota marginal, determina que las hipotecas unilaterales surtan todos sus efectos, si bien 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 en virtud de escritura pública otorgada por el dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Por último, el artículo 248 del Reglamento Hipotecario permite la constitución de hipoteca unilateral en testamento, cuando se trate de garantizar rentas o prestaciones.

**EFECTOS DE LA HIPOTECA.**

La hipoteca produce efectos tanto durante su fase de pendencia, esto es, cuando la obligación garantizada no ha sido incumplida, , que estudiaré inmediatamente como durante su fase ejecutiva, es decir, cuando ante el incumplimiento de la obligación el acreedor ejercita la acción hipotecaria, estudiados en el tema 23 de esta parte del programa.

Los efectos durante la fase de pendencia son los siguientes:

1. El acreedor dispone de la acción de devastación de la hipoteca, prevista por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que dispone que “cuando la finca hipotecada se deteriorare, 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 después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial”.
2. Conforme al artículo 163 de la Ley Hipotecaria, en el caso de hipotecas legales, y siempre que en cualquier tiempo llegaran a ser insuficientes, se podrá reclamar ampliación de hipoteca, o deberán pedirla los que con arreglo a la ley tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigirlas y de calificar su suficiencia.
3. El acreedor tiene derecho a que la hipoteca se extienda a los incrementos accesorios y subrogados de la cosa gravada, en los términos que establecen los artículos 109 y siguientes de la Ley Hipotecaria.
4. Conforme a los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria, el acreedor tiene derecho a consentir la distribución de la responsabilidad hipotecaria cuando la finca se dividiere entre dos o más, así como la facultad de consentir la liberación de la hipoteca respecto de una parte de la finca hipotecada o de la porción o porciones de ésta que, por segregación, hubiere pasado a formar finca independiente, o se hubieren agregado o agrupado con otra u otras.
5. El acreedor hipotecario tiene derecho de abstención o de ejecución separada en los procesos concursales, conforme a lo previsto en el texto refundido de la Ley Concursal de 5 de mayo de 2020.
6. El acreedor hipotecario puede hacer que se le reconozca su hipoteca y el rango correspondiente a través de la denominada *actio confesoria utilis*.
7. Por último, el derecho de hipoteca es susceptible de enajenación y gravamen, posposición y renuncia.

José Marí Olano

22 de mayo de 2022