



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Los bienes y derechos susceptibles de ser hipotecados del artículo 107 de la Ley Hipotecaria

Presentado por:

***Álex Moyano López***

Tutelado por:

***Jacobo-Bernardo Mateo Sanz***

*Valladolid, 26 de junio de 2023*



## **Resumen**

La garantía real de hipoteca se encuentra presente en la mayoría de negocios jurídicos que recaen sobre bienes inmuebles, es por ello que la actual Ley Hipotecaria prevé unos supuestos especiales de hipoteca en atención, primordialmente, a su objeto. El artículo 107 de la Ley Hipotecaria prevé los supuestos especiales de hipoteca permitiendo, así, hipotecar derechos como el usufructo, la nuda propiedad, las concesiones administrativas o, incluso, el propio derecho real de hipoteca. Asimismo, este precepto permite hipotecar bienes como los de carácter litigioso, los anteriormente hipotecados o los bienes vendidos con pacto de retro, entre otros. Constituye así, pues, este precepto una serie de casos especiales de hipoteca que habrá que analizar uno por uno para extraer todas las especialidades de los mismos, tanto en su constitución, vigencia y ejecución.

## **Abstract**

The real mortgage guarantee is present in the majority of legal transactions that fall on immovable property, which is why the current Mortgage Law provides for special hypotheses regarding mortgages, primarily for its purpose. Article 107 of the Mortgage Law provides for the special cases of mortgages, thus allowing rights such as usufruct, bare ownership, administrative concessions or even the real mortgage right itself to be mortgaged. Likewise, this precept allows mortgaging assets such as those of a litigious nature, those previously mortgaged or assets sold with a retrospective agreement, among others. Thus, this precept constitutes a series of special mortgage cases that will have to be analyzed one by one to extract all the specialties from them, both in their constitution, validity and execution.

## **Palabras clave**

Bienes y Derechos susceptibles de ser hipotecados, Hipoteca, Registro de la Propiedad, Resoluciones, Usufructo, nuda propiedad, superficie, concesiones, retracto, bienes litigiosos, inscripción, gravamen, Ley Hipotecaria, Código civil.

## **Key Words**

Assets and Rights subject to being mortgaged, Mortgage, Property Registry, Resolutions, Usufruct, bare ownership, surface area, concessions, retraction, litigious assets, registration, encumbrance, Mortgage Law, Civil Code.

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	6
1 LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.....	7
1.1 Diferencias entre los Derechos reales y los Derechos de crédito .....	7
1.2 Derechos reales plenos y limitados.....	9
1.3 Los Derechos Reales de garantía .....	9
2 LA HIPOTECA, BREVE MENCIÓN A LA INSTITUCIÓN Y A SUS ASPECTOS BÁSICOS .....	14
2.1 Evolución histórica.....	14
2.2 Definición y caracteres de la hipoteca.....	16
2.2.1 Definición .....	16
2.2.2 Caracteres de la hipoteca .....	18
2.3 Elementos personales, reales y formales de la hipoteca.....	20
2.3.1 Elementos personales .....	20
2.3.2 Elementos reales: cosas y derechos que pueden ser hipotecados .....	21
2.3.3 Elementos formales.....	24
2.4 Especial referencia a la hipoteca y el Registro de la Propiedad .....	25
3 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO. ARTÍCULO 107.1º DE LA LEY HIPOTECARIA .....	28
3.1 Breve mención al derecho real de usufructo.....	28
3.2 Hipoteca sobre el derecho de usufructo.....	29
3.2.1 Hipoteca de usufructo, constituida por su titular .....	33
3.2.2 Hipoteca simultánea sobre el usufructo y la nuda propiedad constituida por sus respectivos titulares	33
3.2.3 Hipoteca de usufructo por el propietario (pleno) de la cosa .....	34
3.3 Mecánica funcional de la hipoteca de usufructo .....	34
3.4 La extinción de la hipoteca de usufructo a la que se refiere el artículo 107 LH .....	36
3.5 Usufructos no hipotecables.....	36
4 LA HIPOTECA SOBRE LA MERA (NUDA) PROPIEDAD. ARTÍCULO 107.2º DE LA LEY HIPOTECARIA .....	36
4.1 La nuda propiedad y el nudo propietario .....	37
4.2 Hipoteca sobre la nuda propiedad.....	38
5 LA HIPOTECA SOBRE BIENES O DERECHOS ANTERIORMENTE HIPOTECADOS. ARTÍCULO 107.3º DE LA LEY HIPOTECARIA .....	39
5.1 Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 107.3 de la Ley Hipotecaria 42	
5.2 Las hipotecas posteriores ante la ejecución hipotecaria.....	42
6 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE HIPOTECA VOLUNTARIA. LA SUBHIPOTECA. ARTÍCULO 107.4º DE LA LEY HIPOTECARIA .....	44
6.1 Las reglas aplicables.....	45
6.2 El objeto gravado.....	45
6.3 Estructura de la subhipoteca.....	45

6.4	Significado de la subhipoteca.....	46
6.5	Contenido del derecho de subhipoteca.....	46
6.6	Extinción y cancelación de la inscripción de la hipoteca gravada y de la subhipoteca.....	47
6.6.1	Causas que afectan de una manera directa a la extinción de la subhipoteca.....	47
6.6.2	Causas que afectan de una manera indirecta a la extinción de la subhipoteca.....	47
7	LA HIPOTECA SOBRE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE, PASTOS, AGUAS, LEÑAS Y OTROS SEMEJANTES DE NATURALEZA REAL. ARTÍCULO 107.5° DE LA LEY HIPOTECARIA	48
7.1	La hipoteca del derecho de superficie.....	49
7.2	Breve referencia a la hipoteca sobre los derechos de pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.....	53
8	LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. ARTÍCULO 107.6° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	54
8.1	El contrato de concesión de obras y su hipoteca.....	57
8.2	La extinción de la hipoteca sobre concesión administrativa.....	62
9	LA HIPOTECA SOBRE BIENES VENDIDOS CON PACTO DE RETRO O CARTA DE GRACIA. ARTÍCULO 107.7° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	63
9.1	Objeto y particularidades de esta hipoteca.....	64
9.2	Requisitos legales y funcionamiento de la hipoteca.....	65
9.2.1	La limitación de la hipoteca a la cantidad que deba recibir el comprador en el caso de resolverse la venta.....	66
9.2.2	La notificación de la hipoteca al titular del derecho de retracto.....	67
10	LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL. ARTÍCULO 107.8° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	68
10.1	Breve referencia al derecho de retracto convencional.....	68
10.2	La hipoteca sobre el derecho.....	69
11	LA HIPOTECA SOBRE BIENES LITIGIOSOS. ARTÍCULO 107.9° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	71
12	LA HIPOTECA SOBRE BIENES SUJETOS A CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPRESAS. ARTÍCULO 107.10° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	74
13	LA HIPOTECA SOBRE LOS PISOS O LOCALES DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. ARTÍCULO 107.11° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	77
13.1	Hipoteca sobre los diferentes pisos o locales.....	77
13.2	Hipoteca unitaria de casa dividida en pisos pertenecientes a distintos dueños. La hipoteca de la propiedad horizontal.....	79
14	LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DEL REMATANTE SOBRE LOS INMUEBLES SUBASTADOS EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. ARTÍCULO 107.12° DE LA LEY HIPOTECARIA.....	80
	Conclusiones.....	82
	Bibliografía.....	85
	Jurisprudencia.....	87
	Resoluciones.....	88

## **Abreviaturas**

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
Cfr.	Confróntese
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FD	Fundamento de Derecho
TRLA	Texto refundido de la Ley de Aguas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LPAP	Ley de Patrimonio de Las Administraciones Públicas
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
TRLS	Texto refundido de la Ley del Suelo
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH	Reglamento Hipotecario
Roj	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

# **1 LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA**

Para comenzar con el correcto estudio de los bienes y derechos susceptibles de ser hipotecados debemos tratar, previamente, unas cuestiones que nos van a servir para comprender correctamente la figura de la hipoteca, sus fines y dinámica de la misma.

Debemos tratar las cuestiones relativas a la diferenciación entre los derechos reales y los derechos de crédito, para saber en cuál de las dos categorías radica la hipoteca; debemos tratar la diferencia entre los derechos reales plenos y limitados; debemos tratar, con un carácter general, lo que son los derechos reales de garantía y, finalmente, debemos tratar la figura en sentido estricto de la hipoteca y sus aspectos básicos.

Estas cuestiones previas tienen la finalidad de elaborar el marco sobre el que se articula el contenido del trabajo y, a su vez, crear una imagen general del derecho real de hipoteca, que nos servirá para comprender los especiales casos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

## **1.1 Diferencias entre los Derechos reales y los Derechos de crédito**

Dentro de la gran categoría de los derechos patrimoniales, que implican facultades de contenido económico, y junto con los de crédito y aquellos derechos que recaen sobre bienes inmateriales, se encuentran los derechos reales.

Los derechos reales son aquellos que recaen directamente sobre una cosa, donde no existe en ellos un sujeto pasivo individualmente determinado, y dan lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor de la misma (STS 21 de Noviembre de 1929). Son derechos que atribuyen a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa.

Lo particular de los derechos reales es que el sujeto pasivo (obligado) es indeterminado, ya que la obligación que contienen estos derechos es un simple deber de abstención que recae sobre todos, sobre la generalidad; el sujeto solo se individualizará si se lesiona el derecho que recae sobre la cosa.

Con la finalidad de facilitar la configuración del derecho real debemos de hacer referencia a los rasgos que distinguen esta categoría con los derechos de crédito. Serán rasgos distintivos:

Por el contenido. Frente a los de crédito u obligación, que recaen sobre la conducta de una persona (prestación), en el sentido de que debe dar una cosa, hacer algo o no

hacer (art. 1088 CC), los reales recaen directa e inmediatamente sobre una cosa, de la que su titular puede obtener por sí mismo la utilización, provecho, en que, según el derecho de que se trate, consiste su contenido.

Por los sujetos. A diferencia de los de crédito en que hay un sujeto pasivo (el deudor) que está individualmente determinado, en los reales no hay una persona específica a la que se debe exigirse su cumplimiento, sino que lo que se exige es una actitud de respeto y no intromisión a la generalidad, por eso se habla de sujeto pasivo universal.

Por su ejercicio. Mientras que los de obligación generan una acción contra el específico obligado a la prestación (el deudor), los reales dan lugar a una acción eficaz contra el poseedor de la cosa objeto del derecho, cualquiera que sea su poseedor, potencialmente a todos, por eso el deber de no intromisión incumbe a todos (*erga omnes*) los que no sean sus titulares.

Por las consecuencias de la destrucción de la cosa. En los derechos de crédito la destrucción de la cosa no siempre da lugar a la extinción del derecho, mientras que en los reales la destrucción de la cosa objeto del derecho acarrea inevitablemente su extinción, ya que la cosa es objeto imprescindible para los mismos.

Por la forma de adquirirse. En los derechos de crédito es suficiente la celebración de un contrato para adquirirlo, piénsese en la cesión de créditos. En cambio, en los derechos reales, cuando se utiliza el contrato para adquirirlos, ha de acompañarse de la tradición o entrega de la cosa que es su objeto (art. 609 párrafo 2º CC). Es decir, se sigue la teoría del título y el modo, donde el título (contrato) debe de ir seguido necesariamente del traspaso posesorio.

Posibilidad de adquirirse por usucapión. Los derechos reales son susceptibles de ser adquiridos por usucapión (artículos 609 párrafo 3º y 1930 y ss. CC), mientras que en los derechos de crédito se excluye la usucapión.

Por su eficacia. Los derechos de crédito no necesitan una especial preferencia entre ellos ya que se despliegan inter partes, aunque sí es cierto que el código civil realiza una prelación de créditos en caso de que concurren varios acreedores. Por su parte, los derechos reales siguen el criterio de antigüedad, que se cristaliza en el principio de la prevalencia por el orden de aparición: *prior tempore potior iure*.

Por su vocación de permanencia. Los derechos de crédito se constituyen para su debido cumplimiento y su consiguiente extinción, es decir, no tienen una vocación de permanencia en el tiempo, nacen para ser cumplidos y extinguirse. En cambio, el derecho real nace con una vocación de permanencia en el tiempo para que el titular pueda disfrutar del mismo y no se extinga por prescripción.<sup>1</sup>

## **1.2 Derechos reales plenos y limitados**

El derecho real pleno, que es el dominio o propiedad, frente a los derechos reales limitados, que atribuyen, a diferencia de aquel, solo una parte de las posibilidades de aprovechamiento de las cosas sobre las que recaen. La propiedad como derecho real pleno hace referencia a la plenitud del aprovechamiento que confiere a su titular, de esta forma dice el artículo 348 CC que “*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”. Y se configura como derecho real en el artículo 609 párrafo 2º del CC (“*la propiedad y los demás derechos reales*”).<sup>2</sup>

Frente al derecho real pleno encontramos los derechos reales limitados, ya que han de coexistir sobre el mismo bien que es su objeto con el derecho de propiedad. Están limitados por la existencia conjunta de una propiedad sobre la misma cosa en que recaen una y otros. Pero a su vez son limitativos, puesto que estos derechos limitan el contenido de la propiedad sobre la cosa en que recaen, ya que, a pesar de la existencia de tales derechos, sigue existiendo un propietario.<sup>3</sup>

Dentro de estos derechos reales limitados, además de otras categorías como los de goce o de adquisición, encontramos los de garantía y, dentro de ellos, la hipoteca.

## **1.3 Los Derechos Reales de garantía**

Los derechos reales de garantía son los que atribuyen a su titular la facultad de promover la enajenación de una cosa (*ius distrabendi*), para con el precio obtenido resarcirse de una obligación insatisfecha cuyo cumplimiento garantizaba. Aquí encontramos la hipoteca, que recae sobre inmuebles o muebles cualificados y que debe de inscribirse en el Registro de la Propiedad para su constitución debido a su carácter no ostensible. También encontramos la prenda, que recae sobre bienes muebles y donde se produce el traspaso posesorio (en casos concretos no) del bien pignorado al

---

<sup>1</sup> Cfr. MORENO QUESADA, B., “La configuración del Derecho Real”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 29, 31 y 32.

<sup>2</sup> *Ibidem*, cit, p. 35.

<sup>3</sup> *Ibidem*, cit, p. 35.

acreedor pignoraticio o a un tercero. Finalmente se encuentra la anticresis, este derecho otorga a su titular, el acreedor anticrético, el poder sobre un inmueble que le faculta para retenerlo, percibir sus frutos, computables en la deuda garantizada, y realizarlo en caso de incumplimiento.<sup>4</sup>

Para comprender mejor los derechos reales de garantía se debe realizar una ubicación sistemática y un breve examen de los artículos 1857 a 1862 del CC, que se ubican en el Capítulo I del Título XV del Libro IV del Código Civil, referido a las “*Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca*”. Haré solamente un examen de los artículos que se refieren a estas dos figuras (prenda e hipoteca) debido a su origen, proximidad y, también, por la imagen clara que nos pueden otorgar de los derechos reales de garantía. Considero que es necesario excluir el análisis de la institución de la anticresis por sus especialidades.

En la sistemática del Código Civil, estos derechos aparecen ubicados en el Libro IV “*De las obligaciones y contratos*”, y más concretamente, en el Título XV del mismo “*De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*”, esto es así porque, a pesar de su indiscutible naturaleza real, el legislador tuvo en cuenta que en la práctica, estos derechos suelen tener casi siempre un origen contractual.<sup>5</sup>

La naturaleza real de estos derechos es indiscutible ya que gozan de algunas de las características que son propias de los mismos, a pesar de que falte a su titular ese poder directo e inmediato sobre la cosa gravada que caracteriza a los derechos de goce. Existe una especial sujeción de los bienes sobre los que recae al cumplimiento de la obligación asegurada, véase de forma clara el contenido del artículo 104 de la Ley Hipotecaria (LH) al disponer 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*”. También cabe señalar la efectividad y oponibilidad *erga omnes*; esto es que en absoluto afecta al acreedor hipotecario o pignoraticio que el bien gravado con prenda o hipoteca pase a ser de un tercero distinto a quien constituyó la prenda o hipoteca, ya que en el momento que la obligación garantizada sea incumplida, el acreedor podrá instar a la enajenación del bien, ya esté en posesión del deudor o de un tercero. Y además el

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, cit, p. 36.

<sup>5</sup> OSSORIO SERRANO, J.M., “Los derechos reales de garantía en general. Prenda posesoria y anticresis”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 344.

código civil establece una preferencia en la prelación de créditos respecto a aquellos garantizados con derecho real (arts. 1922.2 y 1923.3 CC).<sup>6</sup>

Para comenzar con el breve examen de los preceptos anteriormente mencionados, dice el artículo 1857 número 1º CC que estos derechos se constituyen “*para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*”. De este precepto se extrae la idea de que necesariamente la prenda o la hipoteca deben constituirse para asegurar una obligación (principal), pues no se pueden concebir por sí solas sin que garanticen el cumplimiento de una obligación. Con ello podemos afirmar que son accesorias a la obligación principal, ya que la extinción de esta también provoca la extinción de sus garantías, e inherentes al bien sobre el que recaen, ya que la transmisión del bien significa también la transmisión de todas sus garantías (gravámenes).<sup>7</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STS 606/1997, de 3 de julio al decir que “en el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación”<sup>8</sup>. Asimismo añade la STS 463/2019, de 11 de septiembre que “la causa típica del contrato de hipoteca consiste esencialmente en el aseguramiento de una obligación”<sup>9</sup>.

Dice el artículo 1857 número 2º que “*la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca*” y el número 3º que “*las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto*”. Ambos apartados considero que deben de comentarse juntos ya que la no presencia de uno hace carecer de sentido al otro. Por una parte, el Código Civil impone la necesidad de que el bien gravado pertenezca en propiedad a quien lo grava, supone esto una muestra de las facultades que otorga la propiedad a su legítimo titular. Por la otra, ese propietario debe tener la libre disposición de sus bienes, es decir, la plena capacidad de obrar. Son, pues, dos requisitos que se complementan entre sí, ya que un propietario que no tenga la libre disposición de sus bienes no va a poder hipotecar o pignorar cualesquiera de ellos, y, por otra parte, cualquier persona que tenga la libre disposición de sus bienes no va a poder hipotecar o pignorar los de otro.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, cit, pp. 345, 346.

<sup>7</sup> Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia 10ª edición*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, España, Madrid, 2022, pp. 1862, 1863

<sup>8</sup> Roj: STS 4716/1997-ECLI:ES:TS:1997:4716 (nº recurso 1910/1993)

<sup>9</sup> Roj: STS 2761/2019-ECLI:ES:TS:2019:2761 (nº recurso 1752/2014)

<sup>10</sup> *Ibidem*, cit, pp. 1862, 1863

Dice el artículo 1857 párrafo 2º CC que “*las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*”. Surge así la figura del tercero hipotecante -o pignorante- no deudor. Supone que una tercera persona ajena a la relación principal va a gravar sus propios bienes para asegurar el cumplimiento de esta, un cumplimiento que debe realizar el deudor de la obligación principal. Desde el punto de vista del tercero hipotecante supone un riesgo ya que la ejecución del bien gravado depende de la diligencia de otra persona y de que cumpla con la obligación principal. Desde el punto de vista del acreedor hipotecario no supone perturbación alguna de su derecho que el bien gravado no pertenezca al deudor de la relación principal, esto es así porque, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la acción de la que dispone el acreedor hipotecario se va a dirigir contra el bien y no contra la persona del propietario, sea deudor o no.<sup>11</sup>

Por lo tanto, aunque el tercero hipotecante no deudor enajene su bien gravado a otra persona, ese bien llevará consigo el gravamen y será el nuevo poseedor del bien el que deba soportar, en su caso, la ejecución. Además, el acreedor hipotecario dispone por igual de las acciones reales contra el bien y de las acciones personales contra su deudor (art. 1911 CC), que no propietario del bien, por lo que su esfera jurídica de garantías es completa. Finalmente, en tanto que el tercero hipotecante y el deudor no tienen ningún tipo de relación jurídica, considero que en caso de ejecución del bien, el tercero hipotecante solo podrá sujetarse a la vía que prevé el artículo 1902 CC para dirigirse contra el deudor.

Me parece conveniente utilizar, en este caso, la terminología del “tercero hipotecante -o pignorante- no deudor” y no la del “tercer poseedor”, que menciona el artículo 112 LH. Lo justifico en que el artículo 1857 párrafo 2º CC hace referencia a la situación en la que un tercero ajeno a la relación principal participa e interviene en la constitución de la hipoteca, siendo este el tercero hipotecante no deudor. Mientras que “el tercer poseedor de la finca ya antes hipotecada es quien no tuvo intervención alguna en la constitución de la hipoteca, sino que se trata de un adquirente posterior”.<sup>12</sup>

Dice el artículo 1858 CC que “*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*”. Este precepto muestra el núcleo duro de estas garantías, que es el derecho del

---

<sup>11</sup> Ibídem, cit, pp. 1862, 1863

<sup>12</sup> GONZÁLEZ PORRAS, J.M., El derecho de hipoteca inmobiliaria”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 376.

acreedor a instar la enajenación del bien hipotecado o pignorado en caso de incumplimiento de la obligación principal (*ius distrabendi*). El precepto dice “*puedan ser*” y no “*deban ser*”, por lo que podemos asegurar que instar la enajenación del bien gravado es una facultad del acreedor y no una obligación.<sup>13</sup>

En relación con el artículo 1858 CC se encuentra el artículo 1859 CC al decir que “*el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*”. Este precepto señala una prohibición, más en concreto la prohibición del llamado pacto comisorio. El pacto comisorio es aquel celebrado entre acreedor y deudor y, en cuya virtud, acuerdan que, en caso de que la obligación principal no sea cumplida, el acreedor pueda quedarse con el bien hipotecado o pignorado. Supone esto un pacto contrario a Derecho e injusto. Los bienes dados en garantía suelen tener un valor muy por encima de la obligación que aseguran (pensemos en un préstamo), por lo que si, en caso de incumplimiento, el acreedor se queda el bien hipotecado o pignorado estaría gozando de un enriquecimiento injustificado.

Por otro lado, desde el punto de vista positivo y de forma tacita, el precepto indica la mera detentación del bien por parte del acreedor en aquellos casos que exista un traspaso posesorio (pensemos en la prenda con desplazamiento posesorio, ya que en caso de la hipoteca el bien hipotecado sigue en posesión del deudor o del hipotecante mientras subsista la garantía).<sup>14</sup>

En este sentido se pronuncia la STS de 29 de Enero de 1996 con número de recurso 1811/1992 al exponer en su FD 4º que “la hipoteca no está conceptuada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad, artículo 609 de dicho texto legal, y por definición carece de facultades transmisivas a ese respecto, al menos, de presente, al ser un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo, en su caso y momento oportuno, la realización del valor de aquellos, enajenándoles y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, y buena prueba de ello es la prohibición del pacto comisorio que establece el artículo 1.859 de aquel, así como las disposiciones restrictivas contenidas en los números 7 y 8 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado...*, cit, pp. 1863, 1864

<sup>14</sup> *Ibidem*, cit, p. 1864

<sup>15</sup> Roj: STS 455/1996-ECLI:ES:TS:1996:455 (nº recurso 1811/1992)

El artículo 1860 CC dice que “*la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causabientes del deudor o del acreedor*”. De esto precepto se extrae una idea clara: la prenda y la hipoteca son indivisibles. Ambas garantías recaen sobre un bien concreto y no sobre el crédito, por lo que si este se divide, la prenda o hipoteca quedarán intactas. Aunque el crédito se divida entre varias personas el bien gravado responde por la totalidad de cada uno de ellos, entonces no cabe la reducción parcial de la prenda o hipoteca en caso de pago de uno de los nuevos deudores.<sup>16</sup>

El artículo 1861 CC dice que “*los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*”, en relación con el artículo 1088 CC al decir que “*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, podemos deducir que estas garantías van a asegurar cualquier tipo de obligación, ya sea de dar alguna cosa, hacer algo o abstenerse de ello. Además en los casos de obligaciones con condición suspensiva o resolutoria la garantía dependerá de la suspensión o resolución de la obligación principal.<sup>17</sup>

Finalmente, el artículo 1862 CC dice que “*la promesa de constituir prenda o hipoteca solo produce acción personal entre los contratantes (...)*”. En ocasiones, previamente a la celebración de un negocio jurídico, puede existir la promesa de una parte respecto a otra de celebrar ese negocio. Sin entrar en otros casos posibles de incumplimiento, el precepto solo nos indica que la parte que se viera afectada por un incumplimiento de esta promesa producirá acción personal contra el incumplidor. En tanto que no existe ninguna relación jurídica entre el promitente y favorecido en relación con la garantía que se pretende constituir, el afectado solo dispondrá del cauce del artículo 1902 CC.<sup>18</sup>

## **2 LA HIPOTECA, BREVE MENCIÓN A LA INSTITUCIÓN Y A SUS ASPECTOS BÁSICOS**

### **2.1 Evolución histórica**

Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, en el derecho romano se desarrolló la garantía real a través de tres progresivas instituciones: la *fiducia*, el *pignus* y la *hypotheca*.

La *fiducia* fue la combinación más primitiva. El deudor transmitía (por vía de la *mancipatio* o la *in iure cessio*) la propiedad de la cosa destinada a servir de garantía al acreedor, y este, a su vez, contraía la obligación de la *remancipatio* para el caso de que la

---

<sup>16</sup> Ibídem, cit, p. 1866

<sup>17</sup> Ibídem, cit, p. 1868

<sup>18</sup> Ibídem, cit, p. 1869

obligación principal fuese satisfecha.<sup>19</sup> Para salvar los inconvenientes de la *fiducia*, se ideó el *pignus*, que es una forma de garantía en que solo se transmitía al acreedor la posesión, no la propiedad de la cosa. Y como todavía quedaban latentes algunos inconvenientes (en la *fiducia*, si el deudor no pagaba, perdía la cosa y no podía rescatarla de un tercero a quien el acreedor, como dueño, la hubiera transmitido. Además el deudor, privado de su dominio y posesión, no podía percibir los frutos de la cosa. Y similares eran los problemas en la prenda<sup>20</sup>) hubo que adoptar la institución de la *hypotheca*, basada en el principio de que los bienes del deudor sirven como garantía al acreedor mediante una simple convención, y sin pasar el dominio o posesión a este.

Así, la prenda e hipoteca coexistieron en el Derecho romano sin una precisa diferenciación. No obstante, en sentido estricto se llamó *pignus* al vínculo acompañado de una traslación de la cosa a manos del acreedor, e *hypotheca*, al vínculo constituido sin ese desplazamiento de posesión (*Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit; hypothecam cum non transit*<sup>21</sup>). Ya en tiempos de JUSTINIANO se empezó a referir al *pignus* para las cosas muebles, aunque sin hacer de esto un requisito esencial de la prenda.

Según LALINDE ABADÍA, tras un primer periodo en el que el deudor romano transmite la propiedad de la cosa para garantizar su obligación, se arbitra la solución de que solamente se transmita la posesión, naciendo así un derecho real en cosa ajena o “derecho de prenda” (*pignus*). Como variedad de este *pignus* se generaliza en el siglo I una prenda pactada (*pignus conventum*), que no exige el desplazamiento de la posesión, por lo que el deudor quedaba en propiedad y posesión de la cosa, aunque sujeta a garantía, a lo que se da el nombre griego de “hipoteca”. Deficiente tratamiento dual de la prenda e hipoteca en el derecho romano hace que se adopte un tratamiento monista de ambas en el derecho visigodo. Ya en la Edad media renace el término de “hipoteca” y, con ello, el dualismo entre prenda e hipoteca, basado en la naturaleza mueble o inmueble de la cosa garantizada.

En el Derecho español también se confunden los derechos de prenda e hipoteca. Las Partidas incluyen a ambos en la denominación de *peño*, y si bien la ley 63 de Toro

---

<sup>19</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo II*, REUS, S.A., Madrid, 1978, p. 402

<sup>20</sup> MANZANO SOLANO, A., *Estudios sobre la hipoteca*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 26

<sup>21</sup> DIGESTO, párrafo segundo, fragmento 9º, título VII, libro XIII

usa por primera vez la palabra hipoteca, todavía no se establece una diferenciación entre aquellos. En la doctrina del siglo XIX aparece como dominante el criterio de distinguir la prenda e hipoteca en la entrega o no de la posesión al acreedor. Nuestro código civil ha adoptado la corriente de los códigos modernos, diferenciando así la prenda y la hipoteca por la naturaleza mueble o inmueble de la cosa dada en garantía. Diferenciando así a la prenda como garantía real mobiliaria y a la hipoteca como garantía inmobiliaria.<sup>22</sup>

A partir del Derecho medieval se exige publicidad en el derecho de garantías, como hace el Fuero Real al prescribir que las prendas se tengan “manifiestamente”, calificando de hurto esconderlas.<sup>23</sup>

La primera vez que se usa la palabra hipoteca fue en la Ley XIII de las de Toro y las primeras disposiciones, que datan de 1528, atacan la clandestinidad de las hipotecas con medidas extrarregistrales, imponiendo la obligación de declararlas bajo pena de multa. La necesidad de terminar lo la clandestinidad se ataja instaurando el principio de publicidad, de las cargas primero y de las transacciones después, lo cual va a llevar directamente a la creación del órgano que la haga efectiva: el moderno Registro de la Propiedad.

En 1539 se acuerda la llevanza de un libro en las cabezas de jurisdicción, donde se registrasen censos, tributos, imposiciones e hipotecas, podríamos decir que es el primer Registro de la Propiedad general en España. Con la Real Pragmática de Carlos III de 31 de Enero de 1768, creadora de los Oficios de Contadurías de Hipotecas, nace el germen de lo que serán los modernos Registros de la Propiedad.<sup>24</sup>

## **2.2 Definición y caracteres de la hipoteca**

### *2.2.1 Definición*

La palabra hipoteca, que procede de la griega “*hypothēke*”, expresa la idea de poner debajo, someter una cosa a otra.<sup>25</sup>

Dentro del campo doctrinal, es clásica la definición de ROCA SASTRE al expresar que “la hipoteca es un derecho real de realización de valor en función de garantía de una obligación pecuniaria de carácter accesorio e indivisible y de constitución registral

---

<sup>22</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, cit, pp. 403, 404

<sup>23</sup> *Ibidem*, cit, pp. 405, 406

<sup>24</sup> MANZANO SOLANO, A., *Estudios sobre la hipoteca...*, cit, p. 31

<sup>25</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, cit, p. 414

que recaer directamente sobre los bienes inmuebles, ajenos y enajenables, los cuales permanecen en la posesión del propietario”.<sup>26</sup>

También, siguiendo a ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, “la hipoteca inmobiliaria es un derecho real limitado de garantía, inscrito en el Registro de la Propiedad, que recae sobre un bien inmueble y sirve para asegurar el cumplimiento de una obligación, facultando a su titular (el acreedor hipotecario) a instar, en caso de incumplimiento del deudor, la enajenación del bien gravado y obtener, con el dinero conseguido mediante su venta, el pago del importe de su crédito, con preferencia a cualquier otro acreedor, y tanto si los bienes hipotecados pertenecen al deudor o como si su propietario es un tercero”.<sup>27</sup>

La hipoteca es un derecho real, en el que se dan las notas fundamentales que la doctrina asigna a los derechos de esta clase: el poder directo e inmediato del sujeto sobre la cosa y la oponibilidad *erga omnes*. Sí es cierto que algunos autores han sostenido la idea de que la hipoteca no es un derecho real, sino que es un poder puramente procesal. Sería algo así como una acción –latente- tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca, pero esta visión puramente procesal no explicaría el derecho durante su vigencia ni tampoco los efectos que produce durante la misma.<sup>28</sup> Por lo tanto, el carácter real de la hipoteca en nuestro Derecho no puede ser discutido.

Además, así también lo entendió la exposición de motivos de la primitiva ley hipotecaria al exponer que “la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, y que sigue siempre a la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos a que pase ya pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave”. De igual manera se extrae esta idea de los artículos 1876 CC y 104 LH al decir ambos 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*”.

---

<sup>26</sup> PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020, pp. 415

<sup>27</sup> SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I): Sujetos, objeto y forma” *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 377

<sup>28</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 416

### 2.2.2 Caracteres de la hipoteca

Siguiendo a la generalidad de los autores y doctrina los caracteres de la hipoteca se pueden sintetizar en los siguientes:

Primero, es un derecho real por las razones que he expuesto en el apartado anterior (artículos 1876 CC y 104 LH).

Segundo, “es un derecho de realización de valor, en que el titular de la misma puede resarcirse del incumplimiento de la obligación garantizada mediante la realización del valor por precio de la cosa dada en garantía (aunque esta haya pasado a poder de un tercero)”<sup>29</sup>.

Tercero, es un derecho real inmobiliario con un carácter general, debido esto a la hipoteca suele recaer sobre bienes inmuebles a diferencia de la prenda. Aunque la distinción entre ambas instituciones no descansa fundamentalmente en la cualidad del objeto.<sup>30</sup> Esto se desprende de los artículos 1874 CC y 106 LH ya que la hipoteca solamente puede recaer sobre bienes y derechos de naturaleza inmueble, los cuales, además, deben ser ajenos y enajenables.<sup>31</sup>

Cuarto, “la hipoteca se configura como un derecho de garantía accesorio de otro derecho, la obligación asegurada. Ello significa que la hipoteca necesita de una obligación válida para que pueda existir, de tal manera que extinguida la obligación, se extingue también el derecho real (principio de accesoriedad)”<sup>32</sup>. Es decir, la hipoteca, su estructura y sus vicisitudes vienen determinadas por su función de garantía. De aquí deriva la nota de accesoriedad de la hipoteca con respecto al crédito garantizado. La hipoteca precisa del crédito garantizado para nacer, le sigue en sus vicisitudes, solo se transmite con él, y con él se extingue.<sup>33</sup>

De la misma manera, desde un punto de vista registral, y en relación con los artículos 146 y 159 LH, se expresa el artículo 144 LH al decir que “*todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por*

---

<sup>29</sup> Ibídem, cit, p. 417

<sup>30</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, cit, p. 420

<sup>31</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 418

<sup>32</sup> Ibídem, cit, p. 417

<sup>33</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales*, Edisofer, S.L., Madrid, 2020, p. 570

*medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos”.*

Quinto, la indivisibilidad de la hipoteca, como dispone el artículo 1860 CC. Ello significa que la hipoteca permanece entera a pesar de que el crédito o la deuda se dividan entre varias personas o que la finca hipotecada se divida.<sup>34</sup> De esta manera expone CASTÁN TOBEÑAS que “la nota de indivisibilidad es una consecuencia de la inseparabilidad, y consiste en que la garantía hipotecaria, mientras no se cancele, subsiste íntegra, afectando a todas y cada una de las partes del inmueble, y asegurando todo el crédito y cada una de sus partes”.<sup>35</sup>

Sexto, la adherencia o inseparabilidad ya que, según los artículos 1876 CC y 104 LH, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen.<sup>36</sup>

Séptimo, la determinación o especialidad. Este carácter consiste en que la hipoteca no puede darse más que sobre los bienes especialmente indicados y por la suma del préstamo también indicada.<sup>37</sup>

Octavo, la hipoteca se configura como un derecho de constitución registral. Los artículos 145 y 159 LH, exigen como indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que la escritura pública o título en que se constituya sean inscritos en el Registro de la Propiedad. De ello se deduce que la inscripción de la hipoteca tiene un carácter constitutivo, siendo necesaria la inscripción tanto para su validez como para su propia existencia.<sup>38</sup> En la hipoteca inmobiliaria, como derecho real de garantía, no se produce el traspaso posesorio del bien gravado al acreedor hipotecario, por lo tanto estamos ante un derecho real de carácter no ostensible. Y es por esta falta de ostensibilidad que se exige su debida constitución registral, para que, de este modo, los terceros conozcan la existencia del gravamen de hipoteca sobre una finca.

Por esta última razón expuesta coincido con lo que expresa MARTÍNEZ DE AGUIRRE al decir que “La finalidad de estas previsiones es la de dotar de publicidad a

---

<sup>34</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 417

<sup>35</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, cit, p. 424

<sup>36</sup> *Ibidem*, cit, p. 422

<sup>37</sup> *Ibidem*, cit, p. 423

<sup>38</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 418

la hipoteca, de manera que cualquier persona puede conocer en un momento determinado las hipotecas que existen sobre un inmueble”.<sup>39</sup>

La inscripción de la hipoteca como requisito constitutivo también ha sido expuesta en la STS de 12 de Enero de 1943, declarando que la hipoteca es un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo.<sup>40</sup>

## **2.3 Elementos personales, reales y formales de la hipoteca**

### *2.3.1 Elementos personales*

Los elementos personales que intervienen en la constitución de la hipoteca por negocio bilateral son, por una parte, el acreedor hipotecario como adquirente del derecho real de hipoteca y, por otra, el constituyente de la hipoteca que debe ser siempre el dueño o titular de la finca (sea o no deudor de la obligación principal).

Como regla general, el acreedor hipotecario solamente necesita la capacidad general para obligarse. Ahora bien, la mayoría de acreedores hipotecarios en el tráfico son entidades de crédito o sujetos que ejercen su actividad de forma profesional. Así podemos mencionar, como ejemplos, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial o la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.<sup>41</sup>

Por lo que se refiere al hipotecante, que puede ser deudor o no, el artículo 138 LH y el 1857 número 3º CC exigen que el constituyente tenga la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se halle autorizado para ello con arreglo a las leyes. Esta exigencia de la libre disposición se debe de entender desde un punto de vista subjetivo de la capacidad de disponer como desde un punto de vista objetivo de poder de disposición, en el sentido de que la cosa que se pretende gravar no sea indisponible por naturaleza o esté afectada por alguna prohibición de disponer.<sup>42</sup>

Considero que es conveniente volver a mencionar las figuras del hipotecante no deudor y el tercer poseedor de los bienes hipotecados para perfilar completamente ambas figuras.

Ya mencioné anteriormente que el tercero hipotecante no deudor es el que ha hipotecado de forma voluntaria un bien propio en garantía de un crédito ajeno. Este

---

<sup>39</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil...*, cit, p. 572

<sup>40</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, cit, p. 423

<sup>41</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 422

<sup>42</sup> *Ibidem*, cit, p. 423

hipotecante no deudor no responde de la deuda que tiene el deudor de la obligación principal, quedando limitada su responsabilidad al bien hipotecado. Sin embargo, como el tercero hipotecante es el sujeto que ha intervenido en el acto de constitución de la hipoteca, le son de aplicación ciertas reglas sobre la extensión objetiva de la misma, incluso en relación con los intereses. Pero las ventajas que se establecen a favor del tercer poseedor en los artículos 112 y 113 LH no son aplicables.<sup>43</sup>

La figura del tercer poseedor de los bienes hipotecados surge cuando el adquirente de una finca hipotecada no asume, junto con la titularidad de la finca, el crédito asegurado con la hipoteca. Entre el hipotecante no deudor y el tercer poseedor existen ciertas diferencias, ya que aquel interviene en el acto de constitución de la hipoteca, y no puede ser tercero, sino parte; mientras que el tercer poseedor, al ser ajeno a aquel acto de constitución, reúne dicha condición de tercero. Dichas diferencias se traducen en determinados beneficios a favor del tercer poseedor, beneficios de los que carece el hipotecante no deudor. Existen beneficios en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca, que establecen los artículos 112 y 113 LH; el tope máximo de responsabilidad por intereses del artículo 114 LH; y también en cuanto la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes gravados del artículo 115 LH, que en este caso el acreedor no podrá ejercitar el derecho que le otorga dicho artículo si el bien hipotecado está en manos de un tercer poseedor, aunque sí que podrá ejercerlo respecto otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados.<sup>44</sup>

### 2.3.2 Elementos reales: cosas y derechos que pueden ser hipotecados

Los artículos 106, 107 y 108 de la Ley Hipotecaria recogen los bienes y derechos que pueden ser hipotecados y los que no. El artículo 106 LH recoge una regla general de bienes y derechos que pueden ser hipotecados; el artículo 107 LH recoge otros bienes y derechos que también pueden ser hipotecados atendiendo a ciertas especialidades; y el artículo 108 LH establece los bienes y derechos que no pueden ser hipotecados.

Según el artículo 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*”. Este precepto refleja la misma idea que expresa el artículo 1874 CC al disponer que “*solo podrán ser objeto del contrato de hipoteca: 1º Los bienes inmuebles. 2º. Los derechos reales*

---

<sup>43</sup> Ibídem, cit, pp. 424 y 425

<sup>44</sup> Ibídem, cit, p.425

*enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase*?. Así pues, la hipoteca puede recaer sobre la totalidad de un bien, una cuota del mismo, sobre un derecho real limitado o sobre una pluralidad de bienes. Sí es necesario, también, que los bienes hipotecables reúnan ciertos requisitos como: el bien hipotecable debe de ser un inmueble, en el sentido amplio del artículo 334 CC; debe ser ajeno al acreedor, ya que no cabe la hipoteca sobre la finca propia a favor del mismo dueño (hipoteca de propietario); debe ser un bien inmueble enajenable, esto es así para que el acreedor hipotecario pueda instar a la ejecución del bien dado en garantía (art. 1858 CC).<sup>45</sup>

Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción son las fincas. No cabe hipoteca separada sobre partes integrantes y pertenencias porque sólo pueden ser configuradas dentro del inmueble objeto de hipoteca como un supuesto de extensión de la hipoteca conforme a los artículos 109 a 113 LH. En cuanto a los bienes demaniales, aunque actualmente se prevé su inscripción en el Registro, no son susceptibles de hipoteca por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables según el artículo 30.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas. Otros derechos que pueden ser hipotecados son el derecho hereditario anotado, según el artículo 46 párrafo último LH; el derecho de arrendamiento de inmuebles inscrito; el derecho de arrendamiento financiero; el derecho de opción de compra y el aprovechamiento por turno.<sup>46</sup>

Dice el artículo 108 LH que *“no se podrán hipotecar: 1º. Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada. 2º. Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil. 3º. El uso y la habitación”*.

En cuanto las servidumbres, la Ley alude exclusivamente a las prediales, y no incluye a las personales, dada la expresión “predio dominante”, elemento que no interviene en las personales. El fundamento de esta prohibición de hipotecar las servidumbres prediales radica en que como destaca el artículo 534 CC *“las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen”*. De esta regla general se exceptúa la servidumbre de aguas, que sí puede ser hipotecada, debido a la naturaleza del agua, que esta es no inseparable del fundo.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, cit, pp.444 y 445

<sup>46</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria*, 1ª edición de 2020, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 112

<sup>47</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 447

“Esto significa que tienen carácter de titularidad “ob rem” respecto al predio dominante (titularidad activa), y por tanto, no pueden tampoco ser enajenadas con separación del mismo. De ahí que tampoco puedan ser objeto de gravamen ni, por tanto, de hipoteca, con separación del predio dominante. En consecuencia, cuando se hipoteca el predio dominante, se entiende que se hipoteca juntamente con los derechos de servidumbre que tiene a su favor.

En cuanto a la cuestión distinta de hipoteca sobre el predio sirviente (titularidad pasiva), si el predio sirviente se hipoteca estando gravado con una servidumbre, este gravamen es preferente a la hipoteca sobre el predio sirviente, por lo que en caso de adjudicación subsiste la servidumbre como gravamen anterior. En cuanto a las servidumbres personales, estas pueden ser hipotecadas como derechos reales independientes, pues en ellas no hay predio dominante, sino que pertenecen un determinado titular (art. 107.5 LH).”<sup>48</sup>

En cuanto al usufructo, la prohibición del artículo 108 LH debe entenderse referida al Derecho Foral, pues en el código civil no existe otro usufructo legal que el del cónyuge viudo, cuya hipotecabilidad está expresamente admitida. Sin embargo, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS el usufructo concedido al conyugue viudo por el código civil tampoco puede ser hipotecado. Este autor defiende que el usufructo recae sobre un conjunto patrimonial (una cuota de la herencia) y, por tanto, aunque en el patrimonio haya bienes inmuebles, no hay propiamente el derecho real que exige el artículo 1874 CC. Por todo ello Bernaldo de Quirós entiende que el artículo 108.2 LH debe referirse al usufructo conmutado en bienes inmuebles determinados por acto particional.<sup>49</sup>

En cuanto el uso y la habitación su prohibición se justifica en la inalienabilidad de estos derechos según el artículo 525 CC. Sin embargo, la RDGRN de 10 de diciembre de 2015 ha entendido que el derecho de uso y habitación pueda hipotecarse por el usuario u habitacionista, siempre que esté autorizado para ello en el título constitutivo, o bien que concurra al acto de gravamen consintiéndolo el dueño de la finca.<sup>50</sup>

“La Resolución también señala que la doctrina mayoritaria admite la transmisibilidad del derecho de uso si así se ha dispuesto en el título constitutivo, sobre

---

<sup>48</sup> GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria...*, cit, p. 116

<sup>49</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 447

<sup>50</sup> Cfr. *Ibidem*, cit, p.448

la base de que el artículo 525 CC no es “*ius cogens*”, y en consecuencia la prohibición establecida en el artículo 108.3 LH que impide su hipoteca, como proyección de la prohibición de su enajenación, no se aplicará a los derechos de uso y habitación que sean transmisibles por título constitutivo”.<sup>51</sup>

Aunque no se mencionen en el artículo 108 LH tampoco puede hipotecarse: aisladamente, las partes en copropiedad sobre los elementos comunes del edificio en régimen de propiedad horizontal o sobre elementos comunes de un complejo inmobiliario, según los arts. 396.11 CC y 24 LPH; los derechos de un comunero de las comunidades de tipo germánico; ni los derechos sobre un patrimonio en liquidación y, en concreto el derecho hereditario, pues expresan una cotitularidad sobre el patrimonio y no un derecho real sobre cada bien; el derecho de hipoteca legal.<sup>52</sup>

Finalmente, el artículo 107 LH se refiere a bienes y derechos que pueden ser hipotecados pero con ciertas especialidades, algún ejemplo de ellos son el usufructo, la mera propiedad, el derecho de hipoteca voluntaria o las concesiones administrativas. Este precepto será objeto de un estudio profundo en este trabajo, por lo que ahora solo me limitaré a mencionarlo.

Con todo ello podemos decir que el derecho de hipoteca constituye esencialmente un derecho de realización del valor de la cosa para cobrar sobre el precio obtenido en la venta. Por ello, en principio, no es posible constituir hipotecas sobre derechos no enajenables, sea en virtud de una disposición legal o convencional de las incluidas en el artículo 26.3 LH, salvo que el vencimiento de la obligación asegurada sea posterior al cese de la prohibición o se pacte que la ejecución de la hipoteca no será posible hasta que llegue ese momento.<sup>53</sup>

### 2.3.3 Elementos formales

“Los elementos formales en la constitución de hipotecas voluntarias vienen recogidos en los artículos 145 LH y 1875 CC, conforme a los cuales, para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere un doble requisito: que se hayan constituido en escritura y que dicha escritura haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Ambos requisitos se exigen *ab substantiam*.”<sup>54</sup> También cabe la constitución de hipoteca por otro tipo de documento público como un testamento, un

---

<sup>51</sup> GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria...*, cit, p. 116

<sup>52</sup> Cfr. PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 448

<sup>53</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 741

<sup>54</sup> PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p. 454

documento judicial o un documento administrativo en caso de hipotecas a favor de la administración.

“En cuanto al requisito de la inscripción, cabe decir ante todo que, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 1875 CC y 145 y 159 LH, es generalmente aceptado el carácter de constitutiva que esta tiene respecto de la hipoteca. Como dice Peña Bernaldo de Quirós, el acto dispositivo se realiza en el momento de la escritura, pero los efectos más característicos de la hipoteca presuponen la inscripción”.<sup>55</sup>

#### **2.4 Especial referencia a la hipoteca y el Registro de la Propiedad**

Ha sido ya objeto de estudio que en la hipoteca inmobiliaria no se produce el traspaso posesorio como ocurre en la prenda, de tal manera que debe de existir algún instrumento que permita a los terceros participantes en el tráfico conocer la existencia de las hipotecas que gravan las fincas. El instrumento ideado para luchar contra la clandestinidad de las hipotecas, tal y como he mostrado en la parte dedicada a la evolución histórica, es el Registro de la Propiedad. El Registro de la Propiedad, como registro público de derechos, va a permitir que el derecho real de hipoteca que grava una determinada finca sea público y que los terceros tengan la posibilidad de conocerlo (cfr. arts. 1 LH y 605 CC).

Así, el tercero que esté interesado en una finca tiene la posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para recabar la información jurídico-registral que le suscite interés mediante la correspondiente nota simple. Utilizo la expresión “información jurídico-registral” debido a que el Registro de la Propiedad otorga publicidad solamente a aquellos derechos (contenido jurídico) cuyo titular ha procurado que accedan al Registro, siendo, en último término, la calificación del Registrador la que decida si el derecho contenido en el título accede al Registro o no (contenido registral).

Asimismo, “calificar en Derecho hipotecario o registral, es determinar si el acto o contrato (título), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que solo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos validos y perfectos (GÓMEZ GÁLLIGO)”.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*, cit, p.457

<sup>56</sup> VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., “Derecho inmobiliario registral”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020, p.564

Además, en nuestro sistema los derechos reales se constituyen, viven, despliegan sus efectos y se extinguen al margen del Registro al ser la inscripción voluntaria y declarativa, sin perjuicio de los derechos reales que por Ley deban ser inscritos para su debida constitución. Ahora bien, los derechos reales que existan al margen del Registro lo harán corriendo el gran riesgo que supone su no inscripción, ya que los titulares de estos derechos no gozarán de la protección y las ventajas que otorga el Registro.

Al margen del resto de derechos reales que son susceptibles de inscripción, el derecho real de hipoteca –junto con el de superficie- destaca en que su inscripción en el Registro es constitutiva, de tal manera que nunca va a existir un derecho real de hipoteca sin su debida inscripción. Además de la justificación histórica ya expuesta anteriormente, los artículos 1875.1º CC, 145 y 159 LH establecen esta previsión.

Dice el artículo 145 LH que *“para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1º. Que se hayan constituido en escritura pública. 2º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad”*. El punto primero del precepto es reflejo de la previsión del artículo 3 LH al expresar que *“para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública (...)”*, de tal forma que todo derecho susceptible de ser inscrito, en nuestro caso la hipoteca, de acuerdo con el artículo 2 LH y 7 del RH, debe de estar consignado en escritura pública (art. 2.2º LH).

El punto segundo del precepto *“establece la inscripción constitutiva para la hipoteca. Concuera con los artículos 1875.1º del Código Civil, 159 y 130 de esta LH y 688.3 LEC. La inscripción es aquí un requisito legal de existencia del derecho, sin el cual, el derecho no existe de ninguna manera, ni como real ni tampoco como obligacional, pues no tienen ningún efecto ni entre partes ni respecto a tercero. El acto jurídico, como suma de declaraciones de voluntad, surge ya antes de la hipoteca, pero el efecto jurídico de ese acto no se produce hasta obtener la inscripción, es decir, los derechos resultantes de ese acto, no surgen hasta la inscripción, sin perjuicio que los requisitos correspondientes a la declaración de voluntad como son capacidad o la vida de la persona, se tengan en cuenta en el momento en que se emite dicha declaración.*

Sobre el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca para su existencia, es reiterada la jurisprudencia del TS (Sentencias de 4 de julio de 1989, 9 de junio de 1990, 6 de abril de 1996 y 8 de marzo de 1997). La DG se mantiene en esa misma posición

(Resoluciones de 7 de septiembre de 2012, 7 de marzo de 2013 y 24 de abril de 2017)”.<sup>57</sup>

Por último, es necesario mencionar el principio de prioridad en relación con el derecho real de hipoteca. “El principio de prioridad persigue dar solución al problema de la colisión de los derechos reales. Cuando existan diversos derechos reales correspondientes a personas distintas sobre una misma finca, como tales derechos atribuyen a sus respectivos titulares un poder directo e inmediato sobre la cosa, normalmente no cabe un ejercicio simultáneo de los mismos y habrá que establecer entre ellos una jerarquía o rango. El Derecho civil ha resuelto la colisión de que trata aplicando el aforismo *prior tempore potior iure*, lo que significa que el derecho más antiguo será preferido al más moderno, atendiendo a la fecha del acto de constitución”<sup>58</sup>.

También, a diferencia de los derechos de crédito, los derechos reales, “en tanto inmediatos, absolutos y erga omnes, se determina un orden de los mismos con arreglo a un sistema de prioridad: el derecho subjetivo que primero consta constituido sobre un determinado objeto (en nuestro caso, la finca), puede excluir a los demás. Llevada esta regla al Registro podríamos decir con ROCA SASTRE que quien primero ingresa en el Registro se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que se le oponga o sea incompatible”<sup>59</sup>.

El derecho real de hipoteca es compatible entre sí, por lo que el principio de prioridad entre dos derechos de hipoteca de distintos titulares que recaigan sobre una misma finca se va a manifestar en un sentido de prelación o jerarquía. De tal manera que la hipoteca de constitución más antigua en el Registro va tener preferencia sobre la más moderna, y si aquella es ejecutada el reflejo registral será la extinción de todos los gravámenes posteriores a la ejecutada, incluyendo la hipoteca de constitución más moderna –cfr. RDGRN de 20 de julio de 2010-.

Esto se explica por la superioridad de rango. “La superioridad de rango es toda situación en la cual un derecho o situación se hace constar en el Registro sin “cerrarlo” (art. 17 LH) a actos posteriores que sean momentáneamente compatibles, pero reservándole una determinada posición de prioridad o rango registral. Dice GARCÍA

---

<sup>57</sup> GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria...*, cit, p. 140

<sup>58</sup> SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I): Sujetos, objeto y forma” *Curso de Derecho Civil III...* cit, p. 467

<sup>59</sup> VIGIL DE QUINONES OTERO, D., “Derecho inmobiliario registral”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III...*, cit, p.574

GARCÍA que en estos casos nos encontramos ante una incompatibilidad “relativa” por ser posible la coexistencia entre los derechos sobre un mismo bien, aunque sea por un periodo de tiempo. Sin embargo, si en algún momento llegasen a ser incompatibles los derechos inscritos, el derecho inscrito antes se haría efectivo con prioridad sobre el inscrito después y en su perjuicio”.<sup>60</sup>

### **3 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO. ARTÍCULO 107.1º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Para comenzar con el estudio de los diferentes bienes y derechos susceptibles de ser hipotecados hay que mencionar, en primer lugar, la hipoteca sobre el derecho de usufructo recogida en el artículo 107.1 LH. Ahora bien, previamente debemos de hacer una referencia y describir brevemente el derecho de usufructo para conocer con más precisión la dinámica y efectos de una hipoteca sobre el mismo.

#### **3.1 Breve mención al derecho real de usufructo**

En la sistemática del Código civil, este derecho aparece ubicado en el Libro II “*de los animales, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*”, y más concretamente, en el título VI del mismo “*del usufructo, del uso y de la habitación*” en los artículos 467 a 522.

Dice el artículo 467 CC que “*el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*”. El usufructo se configura como un derecho real de goce en cosa ajena, derecho sobre una cosa propiedad de otro, con lo que hay que diferenciar el usufructo de la propiedad aunque ambos coinciden sobre el mismo objeto.<sup>61</sup>

De entre todos los caracteres que tiene el usufructo, uno de ellos es que este puede recaer sobre cosas, sobre bienes, que pueden ser muebles o inmuebles, y sobre derechos siempre que el derecho no sea personalísimo o intransmisible. En este punto hay que decir que el usufructo susceptible de ser hipotecado es aquel que grava una finca, un inmueble, tal y como establece el artículo 106.2 LH.

Ya mencioné que el derecho real de hipoteca es un derecho de constitución registral, por lo tanto el usufructo gravado por la hipoteca deberá de recaer sobre una

---

<sup>60</sup> Ibídem, cit, p.575

<sup>61</sup> MUÑIZ ESPADA, E., “El Usufructo”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020, pp.265

finca inscrita en el Registro. En este caso, la hipoteca arrastra al usufructo que pretende ser gravado al Registro si este no está inscrito; presenta el Registro una *vis atractiva*.

En relación con lo que nos interesa acerca de los sujetos que intervienen en el usufructo, la institución contiene dos elementos subjetivos: el usufructuario y el nudo propietario. Sin embargo, en los casos de disposición del derecho de usufructo, y más en concreto en los casos de hipotecabilidad del mismo, los elementos subjetivos no coinciden con los anteriormente mencionados, pasando a ser dos diferentes: el acreedor hipotecario y el hipotecante (deudor o no deudor; usufructuario o propietario que hipoteca su usufructo).

En cuanto la constitución del usufructo dice el artículo 468 CC que “*el usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción*”. De este precepto extraemos las diferentes formas a través de las cuales se puede constituir un usufructo, sin embargo, este derecho debe de estar elevado a escritura pública para procurar su acceso al Registro y su posterior hipoteca.

Finalmente, el derecho de usufructo se puede extinguir de diversas maneras en virtud del artículo 513 CC, aun así, y en virtud del artículo 107.1 LH, dependiendo de cuál sea esa forma de extinción del usufructo, la hipoteca que recaiga sobre el mismo podrá subsistir o no, creando una excepción al carácter accesorio de la hipoteca.

### **3.2 Hipoteca sobre el derecho de usufructo**

Para tratar la hipoteca que recae sobre el derecho de usufructo debemos partir de dos preceptos legales: el artículo 480 CC y el artículo 107.1 LH.

El artículo 480 CC refleja la posibilidad que tiene el usufructuario de disponer de su derecho de usufructo al decir que “*podrá el usufructuario enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito (...)*”, un poder de disposición en manos del usufructuario que le va a permitir hipotecar el derecho del que es titular. El precepto, recoge expresamente algunas formas de goce y de concretos negocios jurídicos, y es comprensivo que, aunque no se encuentren mencionados en él, la posibilidad de realizar otros sobre el derecho. Autoriza al usufructuario a ceder alguna de las facultades que forman parte del contenido de su derecho, como también la de gravar su derecho. Debe hacerse notar que el artículo 480 CC es claro, pues de lo que puede disponer el usufructuario es de su derecho, no, por tanto, de la cosa sobre la que recae. El artículo 480 CC faculta al usufructuario a disponer de su derecho, pero se ha re

recordar que la regulación que del usufructo establece el Código es casi en su totalidad dispositiva, primando la voluntad de las partes o del constituyente.<sup>62</sup>

Predomina hoy en la doctrina española la tesis de la plena transmisibilidad del derecho de usufructo, basándose en la superación de los códigos latinos y en el español del viejo criterio del carácter personalista del usufructo y en otra lectura e interpretación del artículo 498 CC.<sup>63</sup>

No es obstáculo, para la transmisibilidad e hipotecabilidad del propio derecho de usufructo, el artículo 498 CC y la responsabilidad que establece del usufructuario por menoscabo de la cosa por culpa o negligencia del cesionario; responsabilidad que afecta solo a la relación entre el usufructuario y el nudo propietario y que está prevista para que no sufra el derecho de este por el acto de disposición del primero, y porque no obstan dichos precepto y responsabilidad a aquella conclusión y a la interpretación de los artículos 480 CC y 107.1 LH.<sup>64</sup>

Ahora bien, este precepto del Código civil hay que ponerle en relación con el artículo nuclear que cimenta el tema: el artículo 107 LH.

Dice el artículo 107.1 LH que *“Podrán también hipotecarse: Primero. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”*.

El artículo 107.1 LH se refiere expresamente a la hipoteca del derecho de usufructo, pareciendo que el propio derecho real de usufructo es el objeto único de la hipoteca. Sin embargo, sabiendo que el usufructo es derecho real recayente sobre una cosa de dominio ajeno, de la que el usufructuario obtiene los frutos a través del goce que ejerce en ella, cabría entender que la hipoteca, si bien viene directamente referida al derecho de usufructo, recaerá remota o finalmente sobre la propia cosa usufructuada, gravándola y sujetándola, no en su plenitud, sino en una parte de sus cualidades y utilidades –la obtención de frutos-. El verdadero objeto de la hipoteca en tal caso será el valor económico que el usufructo contiene y puede proporcionar en garantía del

---

<sup>62</sup> GARCÍA PÉREZ, C L., “La disposición del derecho de usufructo” *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Lecñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016, pp. 406

<sup>63</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 450

<sup>64</sup> *Ibidem*, cit, p. 450

crédito, de modo que para el caso de impago el posible adjudicatario postor se convertirá en usufructuario del inmueble. Una vez extinguido el usufructo hipotecado, tras consolidarse con la propiedad, con él se habrá de extinguir también la hipoteca al carecer esta ya de objeto.<sup>65</sup>

De ambos preceptos extraemos la idea clave: el usufructo puede ser hipotecado. Ahora bien, la pregunta que nos debemos hacer ante esto es: ¿por qué el usufructo puede ser hipotecado? Ya mencioné en la parte dedicada a los derechos reales de garantía y en la garantía real de la hipoteca, que los bienes o derechos hipotecados deben de tener un determinado valor económico que pueda garantizar el pago de la deuda pendiente, es decir, los bienes o derechos garantizados deben de tener un determinado contenido patrimonial; y el derecho real de usufructo, en tanto que recae sobre la propiedad ajena y permite al usufructuario extraer todos los aprovechamientos posibles de la cosa gravada, tendrá, de forma inherente al mismo, ese contenido patrimonial.

Decía LACRUZ que el usufructo representa la atribución temporal de un valor (disfrute), con la obligación de restituir el bien en que este se materializó o, de no ser posible física o jurídicamente, su precio. Esa “atribución temporal de valor” a su titular hace del usufructo en sí mismo un bien autónomo tanto aislado, estático, como en el tráfico económico y jurídico, que puede ser, y es, objeto del mismo con un valor económico, como lo tiene la propiedad de una cosa o un derecho de crédito. En ese sentido el usufructo se compra y se vende, se hipoteca, se hereda o se deja en herencia...<sup>66</sup>

Para valorar económicamente el contenido del derecho podríamos seguir las reglas de valoración que dispone la LISD. A partir del valor real de la cosa usufructuada, el artículo 26 de la LISD introduce tres reglas de valoración que atienden a los modos habituales que admite el usufructo: vitalicio, temporal o mixto. En general, se trata de porcentajes que, determinados en función de la duración del usufructo o edad del usufructuario, se aplican sobre el valor íntegro de la cosa usufructuada.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, coordinador Andrés Domínguez Luelmo, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 1194 y 1195

<sup>66</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso...*, cit, p. 79

<sup>67</sup> NAVARRO EGEA, M., “Aspectos tributarios del usufructo” *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Leciñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016, p. 1135

En el *usufructo vitalicio*, se estimará que el valor equivale al 70% del valor total de los bienes usufructuados cuando su titular tenga menos de 20 años. En el *usufructo temporal*, se reputará proporcional al valor de los bienes, en razón de un 2% por cada año y hasta un máximo del 70% del valor total. En el *usufructo mixto*, se seguirán las reglas de valoración anteriores para tomar como valor real el que resulte más elevado.<sup>68</sup>

Sobre la hipoteca de usufructo, que según se advierte sería distinta a la que se constituiría sobre el derecho a percibir los frutos que la cosa usufructuada produzca, también se ha dicho que es realmente este último derecho, y no el usufructo mismo, el que quedaría gravado con la hipoteca; dado que la ejecución hipotecaria del usufructo implicará la cesión forzosa de aquel derecho a percibir los frutos de la cosa usufructuada. Sin embargo, no es lo mismo la constitución de una garantía real inmobiliaria que únicamente afecte a la percepción de los frutos, de cuando la garantía real afecta al propio derecho de usufructo, puesto que acreedor hipotecario es el que ostenta el *ius distrabendi* respecto del derecho de usufructo y, en consecuencia, como valor de venta de este derecho.<sup>69</sup>

Desde este punto de vista solo puede constituir el usufructuario una hipoteca sobre el derecho que él tiene en la cosa (igual que el propietario, que puede hipotecar su nuda propiedad). El supuesto más frecuente en el tráfico ordinario es el de constitución de hipoteca sobre el derecho de usufructo si se trata de inmuebles.<sup>70</sup>

Acudiendo a nuestro Código civil y a la Ley Hipotecaria, son hipotecables los usufructos enajenables, en virtud del artículo 106.2 LH, y también lo será la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo, regulada en los artículos 834 y ss. CC por constituir ese usufructo un valor patrimonial independiente y no tener una función eminentemente familiar; por esta razón es enajenable, y conmutable en los términos del artículo 839 y 840 CC.<sup>71</sup>

Asentada la idea de que el usufructo es hipotecable, debemos hacer una distinción entre algunas de las diferentes formas de hipoteca que pueden recaer sobre el usufructo.

---

<sup>68</sup> NAVARRO EGEA, M., “Aspectos tributarios del usufructo” *Tratado de usufructo...* cit, p. 1136

<sup>69</sup> GARCÍA PÉREZ, C. L., “La disposición del derecho de usufructo” *Tratado de usufructo...* cit, pp. 415, 416

<sup>70</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso...*, cit, p. 439

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, cit, p. 464

### 3.2.1 *Hipoteca de usufructo, constituida por su titular*

Las reglas de capacidad y legitimación en este caso son las reglas generales recogidas en los artículos 323 CC y 138 y 139 LH, además de los exigidos en los artículos 1857 y ss. CC. Dentro de las reglas generales de capacidad y legitimación hay que mencionar dos supuestos concretos:

En primer lugar, podemos hablar de una hipoteca de usufructo impuesta por el testador: sería el caso de un causante que deja un usufructo a favor de una persona y un derecho de hipoteca sobre ese usufructo a favor de otra, derecho de hipoteca que él mismo constituye a modo de legado a favor del acreedor (ahora hipotecario), para lo cual está el testador perfectamente legitimado. Se puede constituir tal hipoteca mediante testamento, incluso ológrafo, una vez adverbado y protocolizado, completando ese título con otros documentos propios de los actos testamentarios.<sup>72</sup>

En segundo lugar, nos encontramos con la hipoteca de usufructo impuesta judicialmente, en los casos en que ha lugar a hipoteca legal: en defecto de otros bienes hipotecables, y no constituida como voluntaria por el obligado a prestarla, puede hacerlo el Juez que ha dictado sentencia condenatoria en ejecución de la misma y en nombre del obligado-condenado: hipoteca sobre usufructo en ese caso, como podría serlo sobre otros bienes o derechos.<sup>73</sup>

### 3.2.2 *Hipoteca simultanea sobre el usufructo y la nuda propiedad constituida por sus respectivos titulares*

Este es el caso que recoge el artículo 217 RH al decir que “*si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos (...) la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución*”. Es decir, la constitución de una sola hipoteca, simultáneamente, por el usufructuario y el nudo propietario y de sus respectivos derechos, con la particularidad de que el objeto de la misma es el pleno dominio en su totalidad, no en los dos derechos integrantes del mismo, y que, como tal, no es necesaria la previa distribución del crédito garantizado. En ese caso, para que quede constancia de este tipo de hipoteca deberá indicarse expresamente que se

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, cit, p. 466

<sup>73</sup> *Ibidem*, cit, p. 466

constituye una sola hipoteca o, de manera indirecta, que se constituye al amparo del artículo 217 RH.<sup>74</sup>

### 3.2.3 *Hipoteca de usufructo por el propietario (pleno) de la cosa*

Este es el caso de la constitución de una hipoteca de usufructo no ya por el usufructuario, sino por el propietario pleno de la cosa, cuando todavía no ha surgido el usufructo a la vida jurídica como derecho separado del dominio. Sin embargo, la dificultad principal radica en la concepción del usufructo como un *ius in re aliena*, es decir, como un derecho que recae sobre “los bienes ajenos”; porque en la hipoteca de usufructo constituida por el titular del dominio pleno no hay todavía “bienes ajenos” ni un *ius in re aliena* objeto de la hipoteca.

Frente a la posición de quienes creían inviable la constitución de la hipoteca de usufructo por el pleno propietario, cabe decir que es ilógico impedir a quien puede hipotecar una finca, el constituir hipoteca sobre una “fracción jurídica” de esa misma finca: quien puede todo puede también la parte. Esta cuestión fue resuelta por la RDGRN de 27 de mayo de 1968 al defender que la constitución de este tipo de hipoteca no provoca infracción alguna de la exigencia de la alienidad de la cosa del artículo 467 CC, porque en el momento de ejecución de la hipoteca, si ha lugar, nacería un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario del mismo, y en ese momento versaría ya sobre cosa ajena, que quedaría en nuda propiedad en manos del hipotecante.<sup>75</sup>

En sentido contrario a la RDGRN de 27 de mayo de 1968 se pronuncia el profesor ÁNGEL CARRASCO PERERA al decir que “no es posible ser titular de un derecho de usufructo sobre cosa propia, el dueño del dominio pleno no puede constituir una hipoteca inmobiliaria que tenga por objeto la facultad de uso y disfrute de una finca propia”<sup>76</sup>.

### 3.3 **Mecánica funcional de la hipoteca de usufructo**

La hipoteca de usufructo funciona en la práctica como la hipoteca ordinaria. Hay, sin embargo, alguna particularidad, proveniente sobre todo de la concurrencia de intereses de más personas y una doble polaridad: usufructuario-nudo propietario, e hipotecante-acreedor hipotecario. Aunque el momento más importante de toda

---

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem*, cit, p. 466

<sup>75</sup> Cfr. *Ibidem*, cit, pp. 467 y 468

<sup>76</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos...* cit, pp. 747, 748

hipoteca es el de realización de valor (que no presenta aquí ninguna novedad), hay antes, en la fase de seguridad, importantes efectos, orientados hacia la efectividad de la ejecución de la hipoteca. Destaca el juego de relaciones que pueden existir entre usufructuario y nudo propietario, por un lado, y luego cada uno de ellos, o los dos, frente al acreedor hipotecario. En consideración a ello interesa mencionar la posición del nudo propietario y su relación con el usufructuario, referidas ambas al bien hipotecado, e influencia o límites que impone el interés del acreedor hipotecario; y la acción de devastación, y su conflicto con los derechos del nudo propietario.

Lo que en la hipoteca ordinaria son obligaciones del propietario de la cosa para el mantenimiento de su valor con vistas a su eventual ejecución, en la hipoteca de usufructo aquellas obligaciones se hallan repartidas desigualmente entre el usufructuario (titular del derecho hipotecado) y nudo propietario de la cosa; porque este no es un simple tercero ajeno respecto de la relación que existe entre el hipotecante y el acreedor hipotecario.

La hipoteca constituye una sujeción actual del bien hipotecado para asegurar la eficacia de la garantía prestada, y comporta, por un lado, un derecho del acreedor hipotecario de conservación de tal garantía de forma eficaz y una limitación de las facultades del hipotecante sobre el bien hipotecado y, por otro, una vinculación actual del bien y de su titularidad aquel fin y en ciertos poderes concedidos al acreedor para la conservación de dicha garantía.

En lo que se refiere a la hipoteca de usufructo se dan paralelismos funcionales y normativos muy particulares debido al cruce de las instituciones de la hipoteca y el usufructo: primero, si en la hipoteca compete al acreedor un derecho a exigir la conservación del valor de la cosa y de su eficaz garantía, en el usufructo tiene el nudo propietario un parecido derecho de control de la conservación de la cosa; y de forma semejante a la acción de devastación del acreedor hipotecario, el artículo 520 CC concede al nudo propietario, en caso de mal uso de la cosa por el usufructuario, el derecho de pedir al Juez que le entregue la cosa usufructuada para administrarla él mismo.

Este mal uso de la cosa por parte del usufructuario puede constituir también el supuesto de hecho de la acción de devastación, y esa base fáctica común puede

desencadenar, a la vez, la acción del nudo propietario del artículo 520 CC y la acción de devastación del acreedor hipotecario del artículo 117 LH.<sup>77</sup>

### **3.4 La extinción de la hipoteca de usufructo a la que se refiere el artículo 107 LH**

Haciendo un breve examen del artículo 107.1 LH podemos afirmar que esta hipoteca quedará extinguida cuando el usufructo concluya por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, la hipoteca subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido de no mediar el hecho voluntario que le puso fin. A diferencia de lo que sucede con la hipoteca de la nuda propiedad, y que sirva esto de precedente de cara al estudio de esta figura en el siguiente epígrafe, no prevé -el artículo 107.1 LH- que la hipoteca del derecho de usufructo se extienda al dominio pleno si el usufructo se extingue por consolidación de la propiedad.<sup>78</sup>

### **3.5 Usufructos no hipotecables**

Como ya mencioné en el apartado dedicado a los elementos reales de la hipoteca, la prohibición del artículo 108 LH debe entenderse referida al Derecho Foral, pues en el código civil no existe otro usufructo legal que el del cónyuge viudo, cuya hipotecabilidad está expresamente admitida. Sin embargo, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS el usufructo concedido al conyugue viudo por el código civil tampoco puede ser hipotecado. Este autor defiende que el usufructo recae sobre un conjunto patrimonial (una cuota de la herencia) y, por tanto, aunque en el patrimonio haya bienes inmuebles, no hay propiamente el derecho real que exige el artículo 1874 CC. Por todo ello Bernaldo de Quirós entiende que el artículo 108.2 LH debe referirse al usufructo conmutado en bienes inmuebles determinados por acto particional.

## **4 LA HIPOTECA SOBRE LA MERA (NUDA) PROPIEDAD. ARTÍCULO 107.2º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Una vez analizada la hipoteca que recae sobre el derecho de usufructo, debemos analizar la “otra cara de la moneda”, siendo esta, la hipoteca que recae sobre la nuda propiedad. Para comenzar con el estudio hay que llevar a cabo un brevísimo análisis y mención de la figura de la nuda propiedad y su titular, a fin de que se pueda entender la dinámica y efectos que produce una hipoteca sobre este derecho.

---

<sup>77</sup> Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso...*, cit, pp. 471, 472

<sup>78</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos...* cit, p. 748

#### 4.1 La nuda propiedad y el nudo propietario

La nuda propiedad es expresión de uso corriente e incuestionado, por regla general, en el campo del derecho, mediante la cual se describe la posición del propietario de una cosa usufructuada por otro, hablándose también, al respecto, de propiedad desnuda, mera, imperfecta, desmembrada e, incluso, de propiedad nula. Al margen de que pueda devenir en un futuro plena, perfecta, a la extinción del usufructo, mientras dure este se entiende, por muchos, que la propiedad está disminuida, al carecer, su titular, de las facultades de usar y disfrutar de la cosa objeto del derecho. Y, sin embargo, la expresión no aparece en el Código civil, siendo las razones esgrimidas para afirmar la desnudez de la propiedad más que discutibles por diversas razones.<sup>79</sup>

Más allá del uso y disfrute de la cosa, son muchas otras las facultades que integran el derecho de propiedad sobre la misma. El propietario, en efecto y constante el usufructo, tiene facultades de control de la cosa usufructuada, puede realizar mejoras en ella, puede reclamarla para sí en determinados casos, puede enajenar la cosa usufructuada e hipotecarla también, tiene facultades de uso y disfrute de las minas y tesoros que existan o aparezcan en la finca usufructuada, puede oponerse al uso abusivo de la cosa por el usufructuario... Se habla de nuda propiedad, en relación con el usufructo, desde el Derecho romano clásico, pasando por las Instituciones de Gayo y apareciendo también el Digesto.<sup>80</sup>

Siendo el usufructo un derecho real sobre cosa ajena, limitativo del dominio y distinto de este, es claro que junto con el usufructuario existirá un propietario. Nuestro código civil, dentro de la regulación del usufructo, al propietario lo llama simplemente propietario o, a veces, dueño de la cosa. Pero doctrina y jurisprudencia usan para referirse a él una denominación que, como he mencionado antes, es posible rastrear desde el derecho romano: el nudo propietario. La necesidad de que aparezca un nudo propietario viene determinada por el hecho de que, en principio, no son posibles los derechos reales limitados sobre una cosa que no pertenezca a nadie ya que un derecho real limitativo del dominio solo tiene sentido si hay un dominio al que limitar.<sup>81</sup>

Por todo ello, en toda relación usufructuaria interviene un nudo propietario; siempre que a alguien se le atribuye un derecho de usufructo sobre una o varias cosas,

---

<sup>79</sup> ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad*, 1ª edición, REUS, Madrid, 2015, pp. 7 y 8

<sup>80</sup> *Ibidem*, cit, pp. 8 y 9

<sup>81</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., "La nuda propiedad" *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Leciñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016, p. 232

tal derecho estará limitando la propiedad de otro, al que llamamos “nudo propietario”.<sup>82</sup> No obstante, algunas normas, atribuyen al nudo propietario, durante la vigencia del usufructo, ciertas facultades que, en su mayor parte, están relacionadas con la conservación de la cosa. Pero no se espera de él una relación activa e intensa ni con el usufructuario ni con la cosa.<sup>83</sup>

#### 4.2 Hipoteca sobre la nuda propiedad

Dice el artículo 107.2 LH que *“Podrán también hipotecarse: Segundo. La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario”*. En la hipoteca de la mera propiedad, el valor que finalmente la finca ostenta y proporciona para la hipoteca lo es no solo a través del mero dominio sino también, y especialmente, en cuanto expectativa de unión entre esa nuda propiedad y el usufructo, puesto que, entonces, y por efecto de la consolidación, la hipoteca recaerá sobre la cosa en su plenitud, bajo el concepto de pleno dominio. *“Si el usufructo se consolidará con ella – con la nuda propiedad- en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario”*. En este último caso se estará ante una típica hipoteca de finca del artículo 106.1 LH, en cuya virtud quedará hipotecada la propiedad sin ningún tipo de restricción o condicionamiento.<sup>84</sup>

De forma tácita se nos muestran las facultades de disposición que tiene el nudo propietario, que entre las mismas figura la de hipotecar el derecho del que es titular. Y no solo considera posible el artículo 107.2 LH la hipotecabilidad de la nuda propiedad, sino que, de conformidad con el mismo, si el usufructo se consolidase con la nuda propiedad en la persona del propietario, esta hipoteca se extenderá también al mismo usufructo si no se ha pactado lo contrario, gravando, de esta manera, la totalidad de la finca.<sup>85</sup>

La figura del nudo propietario y el derecho del que es titular aparece como algo necesario dentro de la institución del usufructo, por ello muchos autores y, en parte, la legislación positiva otorgan a esta figura un papel pasivo, contribuyendo así a la idea de que el usufructo y la nuda propiedad es un sistema antieconómico de explotación de los bienes que solo tiene sentido en relaciones entre familiares o entre personas muy

---

<sup>82</sup> Ibídem, cit, p. 233

<sup>83</sup> Ibídem, cit, p. 235

<sup>84</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1195

<sup>85</sup> Cfr. ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad...*, cit, pp. 42 y 45

próximas entre sí.<sup>86</sup> Entonces ¿en qué sentido puede tener valor la nuda propiedad y ser objeto de la hipoteca inmobiliaria? Del régimen de la nuda propiedad se ha destacado el hecho de que la nuda propiedad no es inútil ni carece de valor, pues, dada la naturaleza temporal del usufructo, la nuda propiedad tiene la seguridad de consolidarse algún día; perspectiva esta que ya criticaba COSSÍO señalando que nos llevaría en último término a admitir en el nudo propietario la existencia de un dominio a término suspensivo, y en el usufructuario la de un dominio supeditado a un término resolutorio.<sup>87</sup>

El valor asegurado por la hipoteca que recae sobre la nuda propiedad es, simplemente, una expectativa de que esta –la nuda propiedad– acabe consolidada en dominio pleno, haciendo así posible una hipoteca sobre la totalidad del derecho de propiedad de la finca, sin perjuicio del pacto celebrado para evitar la extensión de la garantía hipotecaria. “Así la operatividad del pacto de no extensión de la hipoteca al usufructo requerirá la determinación del plazo de duración del usufructo”.<sup>88</sup> “Es necesario que se determine en el pacto la duración de ese usufructo al que no se extendería la hipoteca en caso de consolidación, pues no se debe dejar la división entre usufructo y nuda propiedad a perpetuidad o con indeterminación”.<sup>89</sup>

No obstante, junto con todo lo anterior, podemos afirmar que el especial valor que garantiza la hipoteca sobre la nuda propiedad es, también, el que representa la aptitud y legitimidad que tiene el nudo propietario para exigir al usufructuario las indemnizaciones que correspondan, intereses o pedir que se le entregue la cosa usufructuada por mal uso (cfr. arts. 500, 503 y 520 CC). Todo esto, claro está, será posible que lo lleve a cabo el adjudicatario (nudo propietario) tras la ejecución.

## **5 LA HIPOTECA SOBRE BIENES O DERECHOS ANTERIORMENTE HIPOTECADOS. ARTÍCULO 107.3º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.3 LH que “*Podrán también hipotecarse: Tercero. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar*”. A primera vista escaso problema plantea el determinar cuál es su objeto, el caso de segunda hipoteca, esto es, la hipótesis en que se constituya una hipoteca (a favor de diverso o de igual

---

<sup>86</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., “La nuda propiedad” *Tratado de usufructo...*, cit, p. 236

<sup>87</sup> Cfr. *Ibidem*, cit, p. 236

<sup>88</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos...* cit, p. 748

<sup>89</sup> GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria...*, cit, p. 113

acreedor hipotecario) que recaiga sobre una cosa anteriormente ya hipotecada, aunque lógicamente con la restricción económica y el condicionamiento natural derivados de la existencia concurrente, pero preferente, de la primera hipoteca que afecta a la parte de valor de la finca gravada ahora por segunda vez.<sup>90</sup> Este apartado se refiere al supuesto de hipotecas sucesivas sobre la misma finca, aunque se pactara en la primera o en las demás, que no se podría volver a hipotecar.<sup>91</sup>

Este “tipo” de hipoteca no suscita ningún problema desde el punto de vista de la garantía real ya que se trata de una hipoteca inmobiliaria ordinaria, una hipoteca que grava una determinada finca, sin perjuicio de que sobre esta ya pesen otras cargas de anterior constitución.

De conformidad con este precepto y con el sistema de prioridad adoptado por la ley hipotecaria, las hipotecas posteriores son las constituidas sobre bienes anteriormente hipotecados y su puesto en la cadena sucesiva de gravámenes se determina cronológicamente, es decir, en función del momento en que se formalizan y del número de las que ya existan. En materia de concurrencia hipotecaria, nuestro Derecho, sigue un sistema elástico por lo que para la existencia de una segunda hipoteca se requiere ineludiblemente no solo que conste otra previamente inscrita en primer rango, sino, además, que esta se mantenga, ya que, si desaparece, la posterior avanza de puesto automáticamente y ocupa el lugar dejado por la anterior. En suma, la fecha de inscripción decidirá automáticamente el rango que corresponda a cada una de las hipotecas recayentes sobre un mismo bien. Obviamente, las hipotecas posteriores dependen de las anteriormente constituidas. Esto es así porque, desde un punto de vista jurídico, el gravamen anterior funciona a modo de condición que ha de darse y permanecer para la existencia y vigencia de los ulteriores con el rango adquirido al constituirse y también porque la realización de valor del bien gravado instada por el titular de la hipoteca precedente arrastra de manera inevitable la desaparición de las posteriores. Desde un punto de vista legal no hay límite para el número de hipotecas admisible sobre una finca. Dicho límite resultará, de hecho, del valor económico atribuido a la finca en el mercado hipotecario, de esta manera la multiplicidad de

---

<sup>90</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1196

<sup>91</sup> GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria...*, cit, p. 113

gravámenes hipotecarios, en un sistema de rigurosa publicidad, nunca perjudicará legítimos intereses de los acreedores preferentes.<sup>92</sup>

Además de lo expuesto anteriormente, la STS 1606/2020 establece que “lo que sí afecta al acreedor hipotecario son los actos dispositivos que en forma de gravámenes hipotecarios anteriores haya constituido previamente el dueño del bien hipotecado. El art. 107.3 LH establece que también pueden hipotecarse "los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar".

En la redacción originaria del precepto aparecía un inciso final conforme al cual tal posibilidad se condicionaba a que "quede a salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel a cuyo favor esté constituida la primera hipoteca". En la evolución legislativa del precepto desapareció tal inciso acogiendo el criterio doctrinal mayoritario que lo había considerado innecesario, pues tal prelación resulta de la propia publicidad del sistema registral, como ya explicara la exposición de motivos de la LH de 1861: la preferencia del acreedor hipotecario más antiguo sobre el más moderno se justifica como una consecuencia lógica del sistema de publicidad; en él, el segundo acreedor conoce el derecho adquirido antes por otro; sabe que este ha de serle antepuesto; contrata con pleno conocimiento de la extensión de sus derechos y de los demás que puedan concurrir a participar en su día del valor de la finca hipotecada.

Esta última idea condensa la esencia de la cuestión: la concurrencia de varios derechos de hipoteca sobre la finca transmuta, llegado el caso de la ejecución de una hipoteca preferente, en una concurrencia en la participación en el valor líquido de la finca hipotecada obtenido en la subasta”.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la garantía real no existe ninguna novedad, sin embargo sí considero necesario analizar la previsión que realiza el artículo 107.3 LH sobre el pacto que prohíbe volver a hipotecar los bienes anteriormente hipotecados y la importancia que presenta el rango hipotecario para las hipotecas sucesivas. De esta forma procederé a analizar los artículos 26 y 27 LH y el principio del rango hipotecario, ya que estas son las únicas especialidades que suscitan las hipotecas sucesivas.

---

<sup>92</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo VII, volumen 6, comentarios a los artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, coordinador Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 2000, pp. 147 y 148

## 5.1 Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 107.3 de la Ley Hipotecaria

El inciso final del artículo 107.3 LH prevé la prohibición del pacto de no volver a hipotecar el bien hipotecado, que, a pesar de su imperatividad y de restringir la autonomía de la voluntad, ha sido interpretado por la jurisprudencia ampliamente, en conexión con los artículos 26 y 27 LH, para entender como nulo, o cuando menos como válido pero con solo una eficacia personal (*inter partes*), cualquier pacto oneroso que prohíba, limite o restrinja de algún modo la facultad de disponer del bien hipotecado. La razón de esta interpretación tan flexible de una norma imperativa y tan limitadora viene dada porque en ningún caso aquella disponibilidad del bien hipotecado puede perjudicar al acreedor hipotecario. La hipoteca es una carga real, de modo que el acreedor hipotecario podrá instar su ejecución en caso de impago cualquiera que sea quien tenga el bien hipotecado en dicho momento.<sup>93</sup>

Asimismo, dice el artículo 27 LH que “*las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento*”; por lo tanto, este pacto de no volver a hipotecar bienes anteriormente hipotecados no es inscribible en el Registro.

Se hace notar que el artículo 107.3 LH es un precepto de *ius cogens*, en cuanto expresamente permite reiterar el gravamen sobre la finca, aunque la hipoteca anterior se haya constituido con el pacto de no volver a hipotecar, y que, negado todo valor a tal acuerdo, la ineficacia no se limita al establecido en la constitución de la hipoteca primera, sino que es extensiva a cualquier otro pacto celebrado en contrato oneroso y que la insuficiencia normativa debe integrarse con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 LH. Incluso la Resolución de 12 de noviembre de 1913 rechaza los pactos en cuya virtud, sin prohibir directamente las ulteriores hipotecas, se desnaturaliza el alcance de las que puedan constituirse sobre los mismos bienes, disminuyendo o haciendo ilusorios los derechos de los acreedores hipotecarios posteriores.<sup>94</sup>

## 5.2 Las hipotecas posteriores ante la ejecución hipotecaria

Me remito a lo dicho anteriormente en el apartado dedicado a la hipoteca y el Registro de la Propiedad. Por tratarse la hipoteca inmobiliaria de un derecho real que es

---

<sup>93</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1196

<sup>94</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 150

compatible entre sí, nuestro sistema registral la atribuye, respecto de otras hipotecas sucesivas sobre la misma finca, una prelación o rango basado en el aforismo *prior tempore potior iure*, es decir, que la hipoteca que primero accedió al Registro tendrá preferencia sobre las sucesivas que accedan al mismo. Poniendo este principio de prioridad en relación con los artículos 27 y 107.3 LH podemos afirmar que, por ejemplo, un acreedor hipotecario que es titular de un derecho de hipoteca que constituye la primera carga de una finca, gozará de preferencia en su derecho respecto de las sucesivas hipotecas que vayan gravando la finca. De esta forma es posible que la finca haya sido ejecutada por una hipoteca que ocupa el tercer puesto en el folio registral; posteriormente que también haya sido ejecutada por otra hipoteca que ocupa el segundo puesto en dicho folio, de tal manera que la finca haya pasado por dos adjudicatarios distintos y que, aun así, pueda el acreedor hipotecario que goza de la primera hipoteca ejecutar esta en caso de incumplimiento de su obligación.

Es indudable que al titular de una hipoteca posterior, cuya garantía tiene una indiscutible naturaleza real como la del primer acreedor hipotecario, le corresponden en conjunto los mismos derechos que a este. Sin embargo, como ya he dicho, será en el momento de la realización de valor de la cosa objeto de la concurrencia hipotecaria cuando la dependencia de las hipotecas posteriores respecto de las precedentes se manifiesta con su máxima trascendencia. Conviene, a tal efecto, distinguir dos situaciones, según sea el acreedor hipotecario posterior o el precedente el que inste la ejecución hipotecaria. En el primer caso, vencida e insatisfecha la obligación asegurada con la hipoteca posterior, su titular aparece plenamente legitimado para instar la realización de valor, independientemente de que hayan o no hayan vencido los créditos garantizados con las hipotecas de mejor rango. Esto producirá que: con la cantidad obtenida en la subasta se pagará el crédito del ejecutante y, también, subsistirán las hipotecas y gravámenes preferentes, y con ellos se adquiere la finca por el rematante. En caso de instarse la ejecución por el acreedor titular de la hipoteca preferente, las consecuencias<sup>95</sup> para el acreedor hipotecario posterior serán las siguientes: 1ª) la desaparición de su garantía, y 2ª) consignación de la cantidad que, después de satisfacer

---

<sup>95</sup> La ejecución de una hipoteca preferente tiene también consecuencias para los acreedores hipotecarios posteriores desde un punto de vista procesal (cfr. arts. 681 y ss. LEC)

el crédito del acreedor preferente, ha sobrado del precio obtenido en el remate y que servirá para pagar el crédito del acreedor posterior.<sup>96</sup>

En este mismo sentido se pronuncia, de nuevo, la STS 1606/2020 al exponer que “la realización del valor del bien gravado instada por el titular de una hipoteca anterior, impide el ejercicio de una nueva ejecución por parte del acreedor hipotecario posterior (desaparece su *ius vendendi*), pero no el derecho de cobro de su crédito, en la medida a que alcance su garantía, esto es, sobre el valor remanente que le corresponda en función de su cuantía y rango registral, siendo tal derecho de cobro el que está directamente vinculado con la causa de la hipoteca. Por tanto, desde un punto de vista económico la eficacia de las hipotecas posteriores estará determinada por la medida en que los gravámenes precedentes consuman el valor del bien hipotecado”.

## **6 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE HIPOTECA VOLUNTARIA. LA SUBHIPOTECA. ARTÍCULO 107.4º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.4 LH que “*Podrán también hipotecarse: Cuarto. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho*”. Especial dificultad suscita la hipoteca sobre la hipoteca, también denominada subhipoteca, que contempla este precepto. De todas las opiniones vertidas por la doctrina la que parece más acertada, y seguida posteriormente por la mayoría, ha sido la defendida por GULLÓN BALLESTEROS; en su opinión, al ser la hipoteca misma un bien inmueble (artículo 334.10º CC) puede ser objeto de otra hipoteca; pero al conformar, por su accesoriadad, una unidad con el crédito al que asegura, el llamado crédito hipotecario, este habrá inevitablemente de incluirse, como inmueble *ex* artículo 336 CC, como objeto de la segunda hipoteca. Ahora bien, dada la imposibilidad de explicar la subhipoteca como cesión del crédito hipotecario, pues una y otra implican actos jurídicos de disposición diversos, cada una con su propio régimen, y aun admitiendo que el objeto de la subhipoteca sea el crédito hipotecario, más bien pudiera creerse, con ROCA SASTRE, que ello no impide mantener que la subhipoteca, en el fondo, es una cesión o subrogación *ope legis* del acreedor hipotecario, ahora subhipotecante, en el ejercicio de la acción hipotecaria, que indirecta y finalmente recaerá sobre la finca hipotecada, pero no en propiedad, sino a través de la hipoteca

---

<sup>96</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, pp. 151 y 152

hipotecada, que es lo que directamente se grava. La exposición de motivos de la LH de 1861 dice: “La regla (...) de que nadie puede conceder a otro más derechos en la cosa que los que él mismo tiene, hace que esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada; así si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería, que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera a hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directa e inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una finca.”<sup>97</sup>

### **6.1 Las reglas aplicables**

La Ley Hipotecaria permite constituir hipoteca sobre el derecho de hipoteca voluntaria, caso en que la hipoteca que sobre el mismo –derecho- se constituya quedará pendiente a la resolución del derecho gravado. Por su parte, conforme al art. 175.4<sup>a</sup> RH, si la constitución de la subhipoteca no se hizo conforme al art. 149 LH, la inscripción de la subhipoteca podrá cancelarse cuando conste en escritura pública la resolución del derecho del subhipotecante. Si se cumplieron los requisitos del art. 149 LH será necesario, además, el consentimiento del acreedor subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca. Obsérvese que el art. 175.4<sup>a</sup> RH solo regula la cancelación de la inscripción de subhipoteca, no la inscripción de la hipoteca gravada.<sup>98</sup>

### **6.2 El objeto gravado**

A diferencia de la cesión y subrogación en créditos hipotecarios, la subhipoteca no comporta una transmisión del derecho de hipoteca (cfr. RDGRN 14 de septiembre de 1927), sino la constitución de una garantía sobre el derecho de hipoteca. Se trata, pues, de un gravamen sobre un derecho incorporal que, por referirse a un bien inmueble, tiene la condición de bien inmueble, razón por la cual la subhipoteca constituye un tipo de hipoteca inmobiliaria.<sup>99</sup>

### **6.3 Estructura de la subhipoteca**

La existencia de una subhipoteca implica siempre la realidad de dos créditos y dos garantías inmobiliarias distintas, por lo que, desde un punto de vista estructural, supone: 1º) La existencia de una hipoteca en garantía de una deuda concreta, es decir,

---

<sup>97</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1197

<sup>98</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos...* cit, pp. 988 y 989

<sup>99</sup> *Ibidem*, cit, p. 989

de un crédito hipotecario, convenientemente determinado en orden a su cuantía, extensión, vencimiento y modalidades del que resulta titular el acreedor de aquella. 2º) La existencia de un crédito del que resulta deudor el acreedor hipotecario-subhipotecante y acreedor el subhipotecario, y que aquel garantiza afectando a su cumplimiento la hipoteca voluntaria, obtenida previamente a su favor y que, como cualquier otra hipoteca, recaerá directa e inmediatamente sobre un derecho inmobiliario (cfr. art. 106.2 LH). 3º) Como respecto de cualquier otra hipoteca, para la constitución válida de la subhipoteca son precisas la escritura pública y la inscripción en el Registro, pero, además, y a efectos de la subsistencia de la garantía, será necesaria la notificación de su existencia al deudor de la obligación garantizada con la hipoteca (cfr. art. 175.4º RH).<sup>100</sup>

#### **6.4 Significado de la subhipoteca**

La constitución de una subhipoteca no significa que la hipoteca gravada pase ahora a asegurar el crédito del acreedor subhipotecario, pues el hecho de que se haya constituido una subhipoteca no puede determinar un cambio de la obligación asegurada ni tampoco puede impedir al deudor oponer las excepciones que deriven del crédito asegurado. Ello excluye la posibilidad de entender que la constitución de una subhipoteca implique una subrogación legal del acreedor subhipotecario en la titularidad de la hipoteca, que ahora garantizaría su propio crédito. La subhipoteca no constituye tampoco un acto de gravamen sobre el crédito asegurado, donde la hipoteca que lo garantiza quedaría gravada como accesorio, pues conforme al art. 107.4 LH la subhipoteca tiene por objeto el derecho de hipoteca, no el crédito asegurado.<sup>101</sup>

#### **6.5 Contenido del derecho de subhipoteca**

Como ya he indicado, la subhipoteca grava el derecho de hipoteca, derecho este que sigue asegurando la misma obligación en cuya garantía se constituyó y no, pues, la deuda asegurada con la subhipoteca. Por tanto, la subhipoteca no se ejecuta realizando la finca gravada para el cobro del crédito subhipotecario. Ahora bien, el hecho de que la subhipoteca tenga por objeto el derecho de hipoteca no significa que la subhipoteca deba ejecutarse enajenando el derecho de hipoteca o el crédito hipotecario. Por el contrario, hay que aplicar aquí la misma regla de ejecución que rige para la prenda de créditos: una vez vencido el crédito subhipotecario, la subhipoteca se ejecuta mediante

---

<sup>100</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 157

<sup>101</sup> CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos...* cit, p. 989

el ejercicio del derecho de hipoteca del subhipotecante y, por tanto, ejercitando el derecho de crédito del cual la hipoteca gravada es accesoria. Así pues, al vencimiento del crédito subhipotecario, el único legitimado para ejecutar la hipoteca gravada es el acreedor subhipotecario.<sup>102</sup>

## **6.6 Extinción y cancelación de la inscripción de la hipoteca gravada y de la subhipoteca**

La hipoteca gravada por la subhipoteca se extingue por las causas aplicables a la extinción de toda hipoteca, con la peculiaridad de que el acreedor hipotecario no está legitimado de por sí para realizar actos que tengan como consecuencia directa la extinción de la hipoteca gravada. Se requiere, pues, el consentimiento del acreedor subhipotecario para ejecutar la hipoteca gravada y para renunciar a la misma. En relación con la extinción de la subhipoteca, esta se extingue por las causas generales de extinción de cualquier hipoteca y cuando se extingue la hipoteca sobre la que recae.<sup>103</sup> Por lo tanto, podemos diferenciar causas que afectan de una manera directa a la extinción y causas que afectan de una manera indirecta a la extinción.

### *6.6.1 Causas que afectan de una manera directa a la extinción de la subhipoteca*

Podemos considerar como tales, en primer lugar, las que hacen referencia a la desaparición de la obligación garantizada por la subhipoteca: el pago, la compensación, la novación, la condonación, la pérdida de la cosa debida, etc. En general, cualquier medio de extinción de la obligación personal. El cumplimiento forzoso de la obligación, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes, extingue la subhipoteca también. Referente a las causas de extinción del derecho real exclusivamente, no presenta ninguna dificultad la cuestión. Todas aquellas que extinguen la hipoteca, son las que referidas a la subhipoteca acarrear su desaparición; la renuncia, el acuerdo extintivo de ambos acreedores, la confusión, etc.<sup>104</sup>

### *6.6.2 Causas que afectan de una manera indirecta a la extinción de la subhipoteca*

Pueden englobarse todas aquellas que extinguen el crédito hipotecario, base de la subhipoteca. Podemos hacer referencia a la confusión de las cualidades de acreedor hipotecario y deudor hipotecario o la renuncia de la hipoteca. En el primer caso, que es en el que me voy a detener, el problema fundamental que se plantea es el determinar si

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, cit, p. 990

<sup>103</sup> *Ibidem*, cit, p. 994

<sup>104</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., *El Derecho real de Subhipoteca*, 1ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, pp. 148

la subhipoteca desaparece, o bien queda convertida en una hipoteca. Se trata de la conversión de la subhipoteca en una hipoteca normal, que recae sobre la finca anteriormente hipotecada, y ahora en poder del acreedor hipotecario, deudor subhipotecante.<sup>105</sup> Este es el problema de la extinción de la hipoteca por confusión. Cundo el acreedor subhipotecante adquiere la finca gravada, es evidente que se extingue la hipoteca de la que era titular. Sin embargo, esto no debe suponer la extinción de la subhipoteca por analogía con lo previsto para la hipoteca del derecho de usufructo ya que, pese a la extinción de la hipoteca por acto voluntario de su titular, el derecho del acreedor subhipotecario subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada.<sup>106</sup>

## **7 LA HIPOTECA SOBRE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE, PASTOS, AGUAS, LEÑAS Y OTROS SEMEJANTES DE NATURALEZA REAL. ARTÍCULO 107.5º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.5 LH que “*Podrán también hipotecarse: Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real*”. En lo que se refiere a la hipoteca sobre el derecho de superficie, si bien lo que se grava, como objeto material directo de la hipoteca, es el propio derecho de superficie, la carga hipotecaria, indirecta y remotamente, terminará recayendo sobre el producto objetivo de la superficie, es decir, sobre el edificio, obra construida, o por construir, en suelo de dominio ajeno. En cualquier caso la hipoteca superficiaria estará siempre sujeta temporalmente a la propia duración máxima de la superficie. De este modo, como sucede con la hipoteca recayente sobre el usufructo, extinguida la superficie, con ella quedará extinguida la hipoteca como regla, con la salvedad de que dentro del plazo de duración la superficie esta se consolide con la propiedad del suelo en una misma persona, en cuyo caso la ley permite que perviva autónomamente la hipoteca sobre el suelo.<sup>107</sup>

Cuando se trate de la hipoteca de un derecho de aprovechamiento de pastos, de aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real (otros derechos reales de aprovechamiento parcial), cabe observar similar realidad objetiva, siendo además aplicable, por analogía, el artículo 107.1 LH sobre usufructo, al tratarse todas ellas de

---

<sup>105</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., *El Derecho real de Subhipoteca...*, cit, pp. 148 y 149

<sup>106</sup> En contra de esta solución véase la de Gullón Ballesteros: *El derecho real de subhipoteca*, pags. 155 a 158

<sup>107</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, pp. 1197 y 1198

servidumbres personales y, por tanto, a diferencia de las prediales, autónomamente disponibles. Debemos poner el artículo 107.5 LH en relación con el artículo 108.1 LH al decir este último que *“No se podrán hipotecar: Primero. Las servidumbres a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada”*. Resulta significativa la hipoteca de la servidumbre de aguas, donde lo hipotecado serían efectivamente las “aguas”, al ser estimable como bien inmueble (artículo 334.8 CC), susceptible de erigirse en finca registral independiente. Sucede, no obstante, que actualmente, según TRLA, las aguas susceptibles de aprovechamiento privado son muy excepcionales, y en cualquier caso indisponibles, no solo a título de dominio, sino también como posibles servidumbres, por su inseparabilidad de la finca; lo que solo deja como posible su hipoteca cuando, tratándose de aguas de dominio público, su uso es decidido a título particular mediante concesión administrativa<sup>108</sup>, aspecto que se estudiará en el apartado siguiente.

Este artículo muestra que los derechos reales de aprovechamiento de pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real son auténticas servidumbres personales y, como tales, hipotecables. Ocurre lo contrario con las servidumbres prediales, que deben de ser hipotecadas juntamente con el predio dominante por su carácter de inseparables del mismo. Para las prediales queda vetada su hipoteca no porque sean de suyo o absolutamente indisponibles, sino porque no lo son autónomamente, sino con la propiedad de la que son cualidad inseparable e inherente. Solo cabría su hipoteca si se hipotecaran con la propiedad de la finca, lo que, en el fondo, sería una hipoteca normal (con inclusión de la servidumbre como accesorio inseparable de la propiedad hipotecada)<sup>109</sup>. En cambio, cuando se trate de servidumbres personales (como lo son el derecho de aprovechamiento de pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real) sí sería posible su hipoteca por las razones expuestas anteriormente.

Comentado el precepto, procederé a realizar un análisis por separado de la hipoteca que recae sobre cada uno de estos derechos.

### **7.1 La hipoteca del derecho de superficie**

Con la finalidad de comprender de la mejor manera posible la hipoteca sobre el derecho de superficie, debo, en primer lugar, elaborar un breve análisis sobre este derecho, siguiendo, para ello, a FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO.

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, cit, p. 1198

<sup>109</sup> *Ibidem*, cit, p. 1203

El derecho de superficie es aquel derecho real que confiere a su titular el poder de edificar (en su variedad urbana) o plantar (en su variedad rustica), y mantener la edificación o plantación de su propiedad, en suelo, subsuelo o vuelo propiedad de otra persona (concedente del derecho). De este concepto se deduce que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, con sustantividad propia y del tipo de los de goce, además de ser evaluable económicamente, haciéndose, de esta manera, un derecho real enajenable de los referidos en el artículo 106.2 LH y, por lo tanto, hipotecable. El derecho de superficie es regulado en los artículos 53 y 54 TRLS.

Para su debida constitución, el propietario del suelo, sea público o privado, ha de tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos y el superficiario basta con que tenga la capacidad para contratar. El derecho de superficie es uno de los derechos de constitución registral junto con la hipoteca, por lo que para su existencia debe de estar consignado en escritura pública y debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, su duración será temporal que no podrá exceder de 99 años.<sup>110</sup>

La hipotecabilidad del derecho de superficie (urbana), como he dicho antes, no solo viene dada por su carácter de derecho autónomo, sino que también viene dada por las facultades de disposición que tiene el superficiario<sup>111</sup> sobre su propio derecho, sin perjuicio de las limitaciones acordadas en su constitución. El superficiario, titular de un derecho real enajenable, que recae sobre un inmueble y que es susceptible de inscripción, dispone, indudablemente, de la facultad de afectar su derecho a gravamen hipotecario. En definitiva, y como he dicho anteriormente, el derecho de superficie resulta uno de los derechos reales a que se refiere el artículo 106 LH y 1874 CC.

El derecho de superficie es susceptible de ser gravado con hipoteca, la cual podrá afectar tanto al derecho como la propiedad superficiaria, con exclusión, claro es, de la finca sobre la que se apoya pues, como es natural, no puede disponer su titular de más derechos de los que ostenta ni tampoco en condiciones diferentes a aquellas en que fueron adquiridos. Si las partes nada específico pactaron, la hipoteca no podrá extenderse sobre las construcciones o edificaciones que se lleven a cabo con

---

<sup>110</sup> SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “El derecho de superficie”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 341, 342, 343 y 344.

<sup>111</sup> Para la disposición del derecho ver a GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Universidad de Sevilla, 1960, pp 90 y siguientes.

posterioridad, ni tampoco sobre los frutos (art. 110 LH). Tratamiento particular merece esta hipoteca por las consecuencias de su extinción y extensión.<sup>112</sup>

Si la hipoteca ha sido constituida *antes* que el propio derecho de superficie, si el dueño grava luego la finca con un derecho de superficie, el acreedor tendrá tres opciones: la primera es dar vencida la obligación de acuerdo con el art. 1129 CC; la segunda es pactar la extensión de la garantía a las edificaciones que haga suyas el propietario, a la extinción del derecho. Habrá que estar, en lo que se refiere a este extremo, al contenido del artículo 110 LH ya que, de acuerdo con el mismo, una vez extinguido el derecho de superficie, el dueño del terreno adquiere la propiedad de la construcción y la hipoteca se extiende al citado elemento. GUILARTE ZAPATERO dice que el derecho real de superficie es hipotecable, luego el objeto de la hipoteca es propiamente este derecho real de superficie que está integrado por la facultad de construir, por la facultad de mantener la construcción y por la de adquirir la propiedad temporal de lo edificado, con las ventajas económicas que ello representa. Para Guilarte Zapatero existen dos momentos distintos: el primero va desde que se pacta la concesión hasta que el derecho real se ha cumplido, dando lugar a la propiedad superficiaria. El segundo momento va desde que existe la propiedad superficiaria hasta el término de la concesión. Si la hipoteca se constituye en un primer momento, el derecho a construir sobre suelo ajeno está desprovisto o desconectado de la propiedad temporal careciendo, así, de contenido económico. De esta manera Guilarte defiende que constituida una garantía real hipotecaria sobre el derecho de superficie antes de iniciada la construcción, la misma abarca todas las facultades integrantes del derecho de superficie, por lo tanto una vez surgida la construcción superficiaria a ella se extenderá automáticamente el vínculo hipotecario. Advierte también el autor que el artículo 110 LH no sería de aplicación. Los supuestos que contempla, y para los que determina que no se entenderán hipotecados los edificios de una construcción, forzosamente ajenos al caso. Si se trata de derechos reales hipotecables lógicamente no se extenderá la hipoteca a aquellos edificios que surjan con posterioridad al derecho, porque estos no son contenido de aquel. Pero es indiscutible que, en última instancia, el objeto de la hipoteca es el contenido del derecho de superficie y la edificación forma parte integrante fundamental, desde el punto de vista económico, del contenido.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> VILALTA NICUESA A E., *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 210

<sup>113</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pp. 249 a 255

La tercera es ejercitar la acción de devastación por el acreedor al considerar, según GULLÓN, que la renuncia al principio de accesión que exige la constitución del derecho de superficie no resultaría eficaz ni perjudicaría al tercero hipotecario, de manera que lo que se construya quedará afecto a la hipoteca.<sup>114</sup>

Si la hipoteca se constituye *con posterioridad* a un derecho de superficie y este vence en un momento posterior al de la propia hipoteca, supondría una disminución de la garantía que el acreedor valorará para decidir si concede el derecho o renuncia a ello. La hipoteca gravará la superficie no afecta, a no ser que se cuente con el consentimiento del superficiario para afectar a la totalidad.<sup>115</sup>

Si la hipoteca recayera sobre el derecho de superficie y los bienes que conforman la propiedad superficiaria y se extinguiere este, de acuerdo con Guilarte, como acontece con el resto de derechos reales de uso y garantía, se extingue la hipoteca.

Como ejemplo se debe confrontar la Resolución de 27 de Septiembre de 2011<sup>116</sup>, de la DGRN –ahora DGSJFP-, en el recurso interpuesto contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Dénia nº2 a la inscripción de la resolución de un derecho de superficie y la cancelación de la hipoteca constituida sobre el mismo. Lo destacable de la resolución no son tanto los defectos procesales de los que adolece el título presentado en el Registro (mandamiento judicial unido a testimonio de sentencia y auto aclaratorio), sino de la dinámica que sigue el derecho real de superficie gravado con una hipoteca y su eventual extinción.

La resolución parte de una sentencia judicial que declara la resolución de un contrato de superficie con la obligación de abonar los daños y perjuicios y “con la extinción de todas las cargas correspondientes”, es decir, con la extinción del derecho real de hipoteca que grava la superficie. Del Registro resulta de la finca registral 8.915 y según su inscripción 3ª constituido un derecho de superficie por un plazo de 25 años a contar desde su inscripción (...), y según la inscripción 4ª el derecho de superficie aparece gravado con una hipoteca. Seguidamente, la resolución hace referencia al contenido del artículo 42.5 de la Ley del Suelo, contenido que actualmente se regula en el artículo 54 TRLSRU, señalando que “la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o

---

<sup>114</sup> VILALTA NICUESA A E., *El derecho de superficie...*, cit, pp. 210 y 211

<sup>115</sup> *Ibidem*, cit, p. 212

<sup>116</sup> BOE-A-2011-19118, de 5 de Diciembre de 2011

personales impuestos por el superficiario. Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeran sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie”. Ante el precepto, la Registradora considera que del contenido del mismo se deriva una prohibición legal tácita de cancelar las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la del derecho de superficie en tanto no transcurra el tiempo de duración del mismo establecido en el título por el que se constituyó, precepto este que resulta de aplicación en tanto en cuanto el fallo de la sentencia no determina expresamente la cancelación de la hipoteca que grava el derecho de superficie que declara resuelto.

En este aspecto concreto la Dirección considera que si la sentencia ordena la resolución del derecho de superficie, su desaparición debe de llevar consigo la cancelación de los derechos que recaen sobre el mismo. Por ello, en el presente caso, la resolución del derecho de superficie debe conllevar la extinción de la hipoteca inscrita con posterioridad (cfr. art. 175 RH).

## **7.2 Breve referencia a la hipoteca sobre los derechos de pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real**

Las servidumbres personales son aquellas constituidas a favor no de un predio y, como consecuencia, no a favor del titular del mismo en cada momento, sino que lo son a favor o en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada. En este caso estas servidumbres se establecen no como las prediales en beneficio de una finca, sino en consideración a una persona o grupo de personas determinado, al que se le atribuye, con eficacia real, cualquier utilidad parcial y determinada que un predio sea susceptible de proporcionar. En definitiva, servidumbre personal puede serlo todo gravamen parcial de que sea susceptible un predio en beneficio de una persona; y su contenido cabe que, en principio, lo constituya el de una predial, siempre que se establezca a favor de una persona y no en beneficio de otro predio. El principio de intransmisibilidad recogido en el artículo 534 CC no es aplicable a las servidumbres personales, pues estas, desde el lado activo, son transmisibles, salvo pacto en contrario.<sup>117</sup> Además de lo anterior, el propio derecho de servidumbre personal, en cuanto que otorga a su titular el aprovechamiento de una determinada

---

<sup>117</sup> Lo relativo a las servidumbres personales: SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “Las servidumbres personales” *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 313 y siguientes

utilidad que pueda dar un predio, este tendrá un valor económico evaluable y susceptible de ser utilizado como garantía de una obligación pecuniaria.

Respecto la hipoteca de los derechos de pastos y leñas, así como del resto de servidumbres personales<sup>118</sup>, que la doctrina también considera hipotecables, parece suficiente señalar que si bien la norma guarda silencio en orden a la solución procedente cuando el derecho gravado se extingue por renuncia de su titular o por redención del dueño de la finca gravada, la opinión común estima que, en el primer caso, deberá entenderse subsistente la hipoteca, como en el caso del usufructo, y, en el segundo, si bien se extinguirá la carga, el precio de redención quedará afectado en garantía sustitutoria a disposición del acreedor hipotecario.<sup>119</sup>

La hipoteca de estos derechos gravará lo que es el derecho real de aprovechamiento parcial. De acuerdo con el art. 106.2 LH, el derecho real de aprovechamiento parcial que sea enajenable podrá ser hipotecado siempre que aquel se haya constituido sobre un bien inmueble. Ello tiene sentido porque la hipoteca podrá llevar a la ejecución forzosa del bien.<sup>120</sup>

## **8 LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. ARTÍCULO 107.6º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.6 LH que *“Podrán también hipotecarse: Sexto. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario”*. En algunos supuestos regulados en el artículo 107 LH la hipoteca, que en principio afecta a una titularidad jurídico-real de objeto inmobiliario, finalmente recae sobre el valor económico o pecuniario contenido en ella. Es, precisamente, el caso de la hipoteca de concesión

---

<sup>118</sup> Discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de los aprovechamientos de pastos y leñas: CUADRADO IGLESIAS, M., *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1961

<sup>119</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 169

<sup>120</sup> NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 307

administrativa que termina recayendo sobre los rendimientos líquidos de los bienes concedidos.<sup>121</sup>

Autores como GUILARTE ZAPATERO opinan que el artículo 107.6 LH contempla dos hipotecas distintas: una, la susceptible de recaer sobre las concesiones administrativas que precisa, y, otra, la que puede tener por objeto los edificios o terrenos que no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados aquellas obras. Para Guilarte Zapatero la redacción legal del artículo 107.6 LH es desafortunada al referirse a los edificios o terrenos pertenecientes al dominio particular, que se encuentren no solo agregados, sino destinados directa y exclusivamente al servicio público, en el sentido de que no procederá extender la hipoteca tales elementos, que forzosamente deben quedar al margen de aquella ya que, tratándose de propiedad particular del concesionario, en ningún caso cabe entenderlos como integrantes del derecho hipotecado, y su posible destino para ser utilizado al servicio de la concesión solo puede deberse a la voluntad de su dueño. Entonces ¿es viable que el concesionario hipoteque conjuntamente la concesión y alguno de los elementos de su propiedad a que alude la normativa en gratina de una misma obligación? La solución a esta pregunta es confusa ya que mientras la hipoteca de la concesión se extingue por la resolución del derecho del hipotecante, tal modo extintivo resulta ajeno a la garantía que recae sobre los bienes particulares del deudor hipotecario.<sup>122</sup>

El precepto, en rigor, se refiere a la hipoteca de las concesiones administrativas, cuya hipotecabilidad resulta indiscutible, ya que tienen la consideración de bienes inmuebles, de conformidad con el artículo 334.10 CC, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, en los términos del artículo 31 RH y tienen la condición de enajenables cuando la concreta concesión autorice su transmisibilidad. El objeto, pues, de esta hipoteca está constituido por las concesiones administrativas que recaigan sobre bienes inmuebles de dominio público y las de servicio público referidas al uso, aprovechamiento o explotación de bienes de dominio público y que consten registralmente. Del artículo 31 RH extraemos que: 1º) Será objeto de esta hipoteca la concesión administrativa con la extensión y condiciones del título que la otorga y en los términos en que conste registralmente. 2º) Que, tratándose de fincas o derechos afectos

---

<sup>121</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1198

<sup>122</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, pp. 170 y 171

a una concesión, únicamente cabe hipotecarlos juntamente e integrando la hipoteca que se constituya sobre esta. 3º) Que la hipoteca sobre una concesión solo podrá inscribirse cuando conste registralmente que la Administración otorgante la autoriza.<sup>123</sup>

El precepto declara como hipotecables las concesiones de minas, ferrocarriles, aguas, puentes y, en general, otras destinadas al servicio público. La especial naturaleza del objeto de la concesión que, en cada caso, se rige por normas propias, determina que la hipoteca que se constituya estará sujeta al apuntado régimen de cada concesión.

Finalmente, desde una perspectiva económica, la eficacia de esta hipoteca se centra en el valor de los rendimientos susceptibles de producir la concesión, determinante del interés de futuros rematantes. Su singularidad radica en el carácter temporal y revocable del derecho objeto de gravamen, cuyas contingencias y condicionamientos, al proyectarse sobre la garantía, hacen incierta su efectividad, básicamente por estar subordinada su existencia a la eventual resolución del derecho del hipotecante, que, de sobrevenir, la extingue automáticamente. Sin embargo el derecho de hipoteca no se extinguirá cuando la concesión se extinga por la concurrencia de causa distinta a la prevista legalmente o imprevisible como, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario.<sup>124</sup>

Además del comentario a los preceptos de la Ley Hipotecario debemos hacer referencia a los artículos 97 y 98 de la Ley de patrimonio de las Administraciones Públicas. Dice el artículo 97 LPAP que *“El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos (...), los derechos y obligaciones del propietario”*.

A su vez, dice el artículo 98 LPAP que *“Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.*

---

<sup>123</sup> Ibidem, cit, p. 172

<sup>124</sup> Ibidem, cit, p. 173

*En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción. Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión”.*

En sentido contrario, por ejemplo, dice el artículo 273 párrafo 2º LCSP que “*No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente*”.

De estos preceptos extraemos la idea de que el titular de una concesión administrativa goza de un derecho real sobre los inmuebles construidos y afectos al servicio público, si bien el título de concesión es de carácter temporal, a su titular le serán otorgados los derechos y obligaciones de un propietario. La disponibilidad del derecho por su titular es limitada al establecer los supuestos tasados de transmisión y gravamen del derecho. También la disponibilidad del derecho se encuentra limitada por la propia naturaleza de la concesión, debido a que esta es de carácter temporal. Por su parte, la administración deberá de autorizar la transmisión o gravamen del derecho, a fin de comprobar que el adquirente del mismo reúne los requisitos exigidos por la legislación.

Una limitación más es la que recae sobre el propio concesionario al únicamente poder hipotecar su derecho en garantía de créditos destinados o que guarden relación con la concesión. En este caso también deberá de existir una previa autorización administrativa para constituir el gravamen. Finalmente, al término del plazo de la concesión, el derecho de hipoteca se extinguirá al no existir ya objeto al que gravar.

### **8.1 El contrato de concesión de obras y su hipoteca**

La naturaleza jurídica de la concesión administrativa ha constituido un sonado debate entre la doctrina, un debate que no ha llegado a resolverse del todo, pero que, sin embargo, se adopta y acepta la opinión de la corriente mayoritaria. Lo que no es la concesión es un acuerdo de voluntades, puede ser un contrato (discutible) pero en el que la administración presenta unos pliegos que debe aceptar el empresario. Como el contratista no puede negociar ningún aspecto sobre la concesión con la administración, nos estaríamos acercando más a que la concesión constituye una especie de acto administrativo (algo también discutible) al o existir un acuerdo de voluntades en sentido estricto.

Podemos definir la concesión como un contrato administrativo en el que el empresario o contratista se hace cargo de la explotación económica del servicio, la retribución viene dada por la percepción de tarifas o precios pagados por los usuarios y gestiona el servicio a su riesgo y ventura. Para ejemplificar la dinámica de un derecho de hipoteca sobre una concesión voy a utilizar el ejemplo del contrato de concesión de obra de una autopista.

El artículo 14 LCSP establece que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones propias del contrato de obras del que se diferencia, sin embargo, porque en este caso la contraprestación no consiste exclusivamente en la percepción de un precio, sino en el derecho a explotar la obra ejecutada o bien en este derecho acompañado del de percibir un precio.<sup>125</sup>

Por lo tanto, este contrato tiene por objeto la construcción de una obra (o su restauración, reforma, modernización, reposición o reparación) y en todo caso su conservación y mantenimiento, consistiendo la contraprestación a favor del contratista en el derecho a explotar la obra o en ese derecho acompañado de un precio.<sup>126</sup>

Para que esta hipoteca sea más visual utilizaré un ejemplo práctico acerca de la hipoteca de concesión de obras, regulada en los artículos 273 y ss. LCSP.

Imaginemos, pues, una sociedad concesionaria llamada ObsCivil S.A. encargada de construir y explotar mediante peajes una autopista. Se da la circunstancia, al iniciar el proyecto, de que la sociedad concesionaria necesita financiación para llevar a cabo el proyecto, procediendo así a solicitar un préstamo a una entidad de crédito (Banco Santander) e hipotecar la concesión (autopista) conforme a los artículos 97 y 98 LPAP. En virtud de los cuales el titular de la concesión (ObsCivil S.A.) dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por la concesión; así como que los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones solo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización de las citadas obras, construcciones e instalaciones. En todo caso, para constituir la hipoteca ObsCivil S.A. necesitará la previa autorización de la autoridad administrativa

---

<sup>125</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E, FERNÁNDEZ T, R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 20ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 784

<sup>126</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo Parte General*, 17ª edición, tecnos, Madrid, 2021, pp. 596 y 597

competente para el otorgamiento de la concesión y que los bienes sean hipotecables conforme a la legislación hipotecaria.

El artículo 273 LCSP ratifica el contenido del artículo 98 LPAP al establecer que no se admitirá la hipoteca de concesiones de obras en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente.

El Banco Santander, como acreedor hipotecario, gozará de los derechos que le otorga el artículo 274 LCSP, que no son muy diferentes de los contenidos en la legislación hipotecaria. En primer lugar el acreedor hipotecario (Banco) gozará de una especie de acción de devastación del artículo 117 LH, pero en el ámbito administrativo. De esta manera, cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar al órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si este deterioro se confirma podrá solicitar a la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a este hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación del artículo 117 LH. Sin embargo, si el acreedor ejercita la acción administrativa, se entenderá que renuncia a la acción del artículo 117 LH. Por lo tanto, el Banco Santander tiene la posibilidad, que no obligación, de ejercitar esta especie de acción de devastación del ámbito administrativo a costa de la verdadera acción de devastación del artículo 117 LH. En este sentido entiendo que también el acreedor podrá optar directamente por la acción del artículo 117 LH, renunciando, así, a la acción de carácter administrativo.

Otro de los derechos de los que goza el acreedor hipotecario (Banco Santander) es que si ObsCivil S.A incumple algunas de las obligaciones de la concesión, la administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si este ofreciera subrogarse en el cumplimiento de las citadas obligaciones y la administración considera compatible tal ofrecimiento con el fin de la concesión. En este sentido, ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de ObsCivil S.A, el Banco Santander, como acreedor hipotecario, puede concurrir en audiencia ante la administración ofreciendo la subrogación en todos los derechos y obligaciones del concesionario, quedando la eventual subrogación pendiente de la decisión de la administración, tras comprobar que el ofrecimiento es compatible con la concesión.

También, si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, antes de promover la ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades siempre que así se hubiera previsto en la escritura de constitución de hipoteca. La primera facultad es la de solicitar a la administración que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la administración tuviese que hacer efectivas al concesionario; la segunda es que si existiesen bienes aptos para ello solicitar a la administración que le otorgue la explotación durante un determinado periodo de tiempo de todas o parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En caso de que estos bienes estuvieran siendo explotados por un tercero mediante una relación jurídica privada con el concesionario, se notificará al tercero de que los pagos que debería de realizar al concesionario los deberá realizar al acreedor hipotecario.

Por lo tanto, si el banco Santander ve insatisfecha su deuda a tiempo de su vencimiento podrá optar, por una parte, que ObsCivil S.A. le satisfaga determinadas cantidades a medida que vaya rentabilizando la obra mediante las recaudaciones que lleve a cabo, y, por otra parte, solicitar a la administración que si ObsCivil S.A. posee bienes aptos para su explotación se los otorgue durante un determinado periodo de tiempo, que en caso de ser explotados dichos bienes por un tercero, los pagos que le corresponderían por dicha explotación a ObsCivil S.A irán destinados al banco Santander.

Este artículo 274 LCSP muestra una clara intención de evitar todo lo que sea posible una eventual ejecución hipotecaria de la concesión gravada, así el precepto otorga diferentes soluciones al acreedor hipotecario a fin de satisfacer la deuda sin llegar a un proceso de ejecución.

El artículo 275 LCSP trata la ejecución hipotecaria de la concesión que, como he dicho anteriormente, recae sobre una autopista. Por su parte, la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión se regula por una ley sectorial especial que es la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Menciono dicha Ley con el fin de poner en relieve la especialidad que prevé en su artículo 28 sobre la ejecución hipotecaria.

Ante un eventual procedimiento de ejecución hipotecaria de la concesión, el adjudicatario quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa. Además, todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la autorización administrativa, que dicha autorización se concederá si el petitionerario cumple los requisitos exigidos al concesionario. Ahora bien, en caso de haber finalizado la construcción de la obra (autopista), solo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.

En este sentido y por recaer la concesión sobre una autopista, el artículo 28 de la Ley 8/1972 establece que en caso de ejecución hipotecaria, solo podrán ser licitadores en la subasta quienes se comprometan a constituir, en el plazo de 3 meses a contar desde el remate, una sociedad anónima con los requisitos exigidos para ser concesionario. La adjudicación quedará condicionada a esta constitución de la sociedad, la cual tendrá, desde dicho momento, la consideración legal de concesionario, subrogándose en los derechos y obligaciones de su causante (cfr. art. 274.2 LCSP).

De esta manera, el banco Santander, si desea instar la ejecución hipotecaria de la concesión, deberá solicitar, previamente, la autorización administrativa correspondiente para poder iniciar el procedimiento de ejecución, de acuerdo con el artículo 275 LCSP. Y, además, el banco Santander, en caso de ser adjudicatario y de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 8/1972, deberá de constituir en el plazo de 3 meses desde el remate una sociedad anónima que cumpla los requisitos exigidos al concesionario (ObsCivil S.A.) para continuar con la explotación de la concesión (autopista).

La STS 595/2017 de 4 de Abril<sup>127</sup> resuelve un recurso de casación que plantea la cuestión de si es posible la indemnización a favor del concesionario culpable de la extinción de la concesión. Lo que interesa de esta Sentencia es su FD 3º donde expone las diferentes hipotecas constituidas por el concesionario, así dice “que la parte recurrente constituyó una primera hipoteca el 9 de julio de 2007, coincidiendo con la fecha de adquisición de la concesión de su anterior titular, por un importe máximo de 9.000.000 euros, en garantía del cumplimiento del contrato de financiación sindicada suscrito con seis entidades bancarias, y tiempo después, el 25 de mayo de 2009, la recurrente constituyó en favor de la Autoridad Portuaria de Barcelona hipotecas

---

<sup>127</sup> Roj: STS 1393/2017-ECLI:ES:TS:2017:1393 (nº de recurso 2454/2014)

unilaterales segunda y tercera, en garantía de deudas por importe respectivo de 710.092,92 euros y 1.377.265,67 euros, correspondientes a tasas portuarias del ejercicio 2008 y otros conceptos, sin que la parte justifique la infracción del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que ampara la constitución de las hipotecas sobre la concesión en los años 2007 y 2009”.

## **8.2 La extinción de la hipoteca sobre concesión administrativa**

En cuanto la extinción<sup>128</sup> se refiere cabe hablar de modos normales y anormales de extinción. Al respecto existen dos formas de extinción consideradas normales, en cuanto que determinan la conclusión de la garantía, cumpliendo, en el primer caso, la función que le corresponde, y, en el segundo, extinguiéndola por causa previsible al momento de constituirse; y una tercera, representada por la resolución del derecho del hipotecante antes de llegado el momento en que, de acuerdo con el título de otorgamiento, debió haber tenido lugar.

Como primera forma de extinción, vencido e insatisfecho el crédito garantizado, el acreedor, como en las restantes hipotecas podrá ejecutar la concesión que concluirá con el consiguiente remate. El adjudicatario, mediante el pago, que se destinará en primer término a satisfacer la obligación incumplida, sustituirá al primitivo concesionario en el derecho que le correspondía hasta que llegue su vencimiento por el transcurso del plazo que faltare por cumplir. Hay quien opina que la ejecución de esta hipoteca debe dirigirse contra los rendimientos líquidos de la empresa o sobre el precio de remate de la obra, aunque esto solo procederá si ha sido previsto en el título de constitución o en la normativa específica de la concesión. Pero, al margen de lo anterior, no debe de existir obstáculo para que, mediante la correspondiente subasta, se adjudique la concesión administrativa al rematante que reúna los requisitos exigidos al concesionario. En resumen, la ejecución de la hipoteca de concesiones de obras y servicios públicos recaerá sobre los rendimientos líquidos que obtenga el concesionario, mientras que si la concesión es puramente dominical, la ejecución tendrá forma ordinaria, de no existir norma especial que lo prohíba.

Como segunda forma de extinción, transcurrido el término de la concesión, la hipoteca se extinguirá de modo automático y con independencia de que haya vencido o no la obligación asegurada. También estamos ante un supuesto de extinción normal,

---

<sup>128</sup> La extinción de la hipoteca de concesión: GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, pp. 173, 174, 175 y 176

pues la resolución del derecho del hipotecante arrastra la garantía como consecuencia de la naturaleza temporal del bien hipotecado, o de causa consignado en el título de constitución y en el asiento registral, conocidos, en todo caso, por el acreedor.

En cuanto al supuesto anómalo de extinción de esta hipoteca tiene lugar cuando la concesión se resuelve, antes del transcurso del término establecido, por la concurrencia de causa distinta a esta o no prevista en el título de aquella, y que, puede no haber previsto el acreedor. De esta extinción resulta que: resuelto el derecho del concesionario, la hipoteca recayente sobre la concesión se extingue y, para cancelarse no es preciso consentimiento de los titulares de derechos que la graven (cfr. art. 175. 3º RH); que no siempre que se resuelva la concesión administrativa hipotecada, el concesionario tendrá derecho a indemnización, pero cuando esta proceda deberá de consignarse en pago del crédito garantizado. Debe aclararse que la hipoteca extinguida no recae sobre la cantidad consignada, sino que el depósito sustituye automáticamente a la garantía respecto del mismo crédito. Y no existiendo indemnización, si el derecho del concesionario se resuelve por causa imputable a este, el acreedor podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios.

## **9 LA HIPOTECA SOBRE BIENES VENDIDOS CON PACTO DE RETRO O CARTA DE GRACIA. ARTÍCULO 107.7º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.7 LH que *“Podrán también hipotecarse: Séptimo. Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causababiente 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”*. La hipoteca que se constituye sobre los bienes vendidos con pacto de retro o carta de gracia parece recaer sobre el derecho, sobre el dominio inmobiliario resoluble por el comprador, más en el caso de que se ejercite el retracto el verdadero objeto de la hipoteca será la suma de dinero que reste de la que entrega el vendedor una vez ejercitado por este el retracto. Lo que el comprador hipoteca es el propio inmueble que ha adquirido, pero no lo hace en una situación normal u ordinaria, bajo el título de simple e incondicional dominio, sino en concepto de un título de propiedad que tiene y que está sujeto al posible derecho de retracto del vendedor, quien podría ejercitar ese su derecho y así recuperar el inmueble vendido al amparo de dicho pacto de retroventa, en tal caso sin hipoteca. De no

ejercitarse dicho derecho y alcanzada la madurez de la hipoteca vencido ya el crédito, podrá ejecutarse a instancia del acreedor hipotecario dicho inmueble, aunque, por supuesto, el adjudicatario no adquirirá el inmueble en plena propiedad, sino sujeto y condicionado aún por aquel pacto de retroventa. Y para el caso en que, sin realizarse ni extinguirse todavía la hipoteca, el vendedor decidiese retrotraer el bien previamente vendido, dado que con ello la cosa retornaría al dominio pleno del vendedor y esto supondría la extinción de la hipoteca y el consiguiente perjuicio para el acreedor hipotecario, prevé el precepto, para dicha hipótesis, que el acreedor pueda satisfacer con la parte necesaria y suficiente del precio de la venta que ahora el vendedor retrayente devuelve al comprador hipotecante. Por tanto, la hipoteca, en este último supuesto, se trasladará objetivamente al precio del retracto. El inmueble será sustituido o reemplazado por su precio.<sup>129</sup>

### **9.1 Objeto y particularidades de esta hipoteca**

El objeto de esta hipoteca, de conformidad con lo señalado por la norma, son los bienes vendidos adquiridos con pacto de retro, al estar vinculados inevitablemente a la eventual repercusión del vendedor, dentro del plazo acordado por los interesados, y mediante el reembolso del precio establecido, convierten al comprador en titular de un dominio resoluble o revocable. Por tanto, el hipotecante, cuando grava tales bienes, constituye una hipoteca sobre el expresado dominio revocable, cuya naturaleza, al incidir sobre el gravamen hipotecario determina que la única particularidad de la garantía es su dependencia de una condición resolutoria y la consiguiente incertidumbre que deriva de la existencia de tal circunstancia. Esta situación es similar a la contemplada en el artículo 107.10 LH, relativa a la hipoteca de bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas y respecto de la cual la norma se limita a declarar su extinción resuelto el derecho del hipotecante. En el mismo sentido, la norma, tratándose de hipoteca de bienes sujetos a pacto de retro, debió limitarse a la misma declaración, ya que el ejercicio del retracto, en su caso, extingue la hipoteca al resolverse el derecho de quien la constituyó, y añadir que el vendedor no devolverá el precio del retracto sin conocimiento del acreedor, pues de ello no deriva perjuicio para el retrayente. Desde la perspectiva del dueño de los bienes sujetos a retro, es indudable que no existiría obstáculo alguno para hipotecar el dominio que le corresponde, si bien el carácter revocable de este se proyectará sobre la hipoteca dotándola de la consiguiente particularidad en orden a su existencia y eficacia en función de que se

---

<sup>129</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1199

ejercite o no el retracto de los bienes por el vendedor. Circunstancias conocidas por el acreedor hipotecario y que habrá ponderado de cara a la aceptación de la garantía.<sup>130</sup>

El artículo 107.7 y 107.8 LH guardan una íntima relación entre sí, según estos dos preceptos parece que la compraventa con pacto de retro produce una especie de desdoblamiento dominical del que resulta como consecuencia dos tipos de derechos: uno por la adquisición del dominio resoluble por el comprador a retro y el otro por la retención por el vendedor del derecho de retracto convencional, apareciendo ambos como distintos valores patrimoniales, con sus respectivas titularidades. Ante ello el art. 107 LH considera ambos derechos perfectamente susceptibles de hipoteca, respectiva y aisladamente, destinando la hipoteca del dominio al apartado 7º de dicho precepto y al derecho de recuperar el número 8º del mismo.<sup>131</sup>

## 9.2 Requisitos legales y funcionamiento de la hipoteca

La hipoteca sobre estos bienes comprados con pacto de retro la constituirá, naturalmente, el comprador, o quien de él haya adquirido el dominio resoluble<sup>132</sup>, o sea, que en todo caso la constituirá el que sea propietario o titular de este dominio sujeto a posible resolución. Dicho artículo 107 establece que en este caso se limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir (el dueño hipotecante) en caso de resolverse la venta, o sea, cuando el vendedor ejercite su derecho de retracto. Claro que esto no quiere significar que la hipoteca recaiga sobre dicha cantidad, ni tampoco que no pueda la misma constituirse por un mayor importe que ella, sino que, si bien la hipoteca pesa sobre el dominio resoluble, no obstante, en caso de actuar el retracto, la acción del acreedor deberá concretarse a la suma que el retrayente deba abonar al dueño hipotecante.<sup>133</sup>

Se produce una restricción en el caso de hipotecas sobre el dominio sujeto a derecho de retracto, que consiste precisamente en el juego resolutorio de este derecho. Al retraerse la finca o derecho enajenado con pacto de retro queda resuelta esta enajenación, o sea, se cumple una condición que, según declara la RDGRN de 26 de mayo de 1925, “repone las cosas en el estado que tendrían si la venta no se hubiese

---

<sup>130</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, pp. 177, 178 y 179

<sup>131</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario tomo VIII*, 9ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 426

<sup>132</sup> El art. 107 habla de “*comprador o causahabiente*”, sin embargo el concepto no expresa claramente la intención del legislador. Roca Sastre entiende que con esta expresión el legislador quiso referirse a aquel que, por cualquier clase de título, adquiriera el dominio resoluble y lo mismo cabe decir del derecho de retracto.

<sup>133</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 429

realizado”. Por su parte el art. 1520 CC dispone que el titular del derecho de retracto recobrará la cosa vendida, recibéndola libre de toda carga o hipoteca impuesta por el titular del dominio resoluble. El ejercicio del derecho de retracto provoca, pues, la extinción de la hipoteca constituida sobre el dominio adquirido con pacto de retro. Pero dicho ejercicio supone la necesidad de satisfacer al hipotecante una determinada suma de dinero, que es justo que quede afecta a la hipoteca constituida. Por ello el art. 107 LH exige notificación de la hipoteca al titular del retracto.<sup>134</sup>

Por lo tanto, los bienes vendidos con pacto de retro serán hipotecables si, uno, el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, y, dos, se da conocimiento del contrato al vendedor a los fines que el precepto señala. El precepto incide en el reflejo de la limitación cuantitativa de la hipoteca en la escritura de constitución, de tal suerte que si dicha limitación no aparece en la escritura, la hipoteca no llegará a nacer.

#### *9.2.1 La limitación de la hipoteca a la cantidad que deba recibir el comprador en el caso de resolverse la venta*

El ejercicio del retracto al tiempo que resuelve el derecho del hipotecante extingue el del acreedor hipotecario. De modo que, aun sin que constara la limitación que señala el precepto, el resultado sería el mismo. Ha de advertirse que la limitación de la cuantía impuesta por la norma es ajena a los principios de nuestro sistema que se desenvuelve con arreglo a la regla general de libertad de endeudamiento. Por lo mismo ha de entenderse que la limitación de la cuantía de la hipoteca impuesta por la norma, determina, en opinión de Guilarte, la intranscendencia de que la obligación asegurada sea o no superior al precio del retracto, ya que la finalidad perseguida por el precepto se obtiene con la sola reducción de la garantía, de modo que el mayor importe de la deuda asegurada no impedirá el nacimiento del gravamen hipotecario. Acertadamente se dice que nada impide que se constituya hipoteca por cantidad mayor que la que suponga el precio del retracto; lo que ocurrirá es que, en cuanto al exceso, no operará más que en el supuesto de que el retrayente no ejercitase su derecho en el plazo que para ello se le haya reconocido, extinguiéndose de este modo su derecho de retracto, y quedando la finca libre de esta causa de resolución de la propiedad. En el caso de que en la escritura de constitución no se hubiera fijado el importe máximo garantizado por la hipoteca,

---

<sup>134</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 430

sería causa más que suficiente para denegar su inscripción en el Registro. De forma contraria, la falta de referencia a la limitación no debe suponer ningún obstáculo para el nacimiento de la hipoteca, sino que deberá entenderse que, ejercitado el retracto, la acción del acreedor se concretará exclusivamente a la suma que el retrayente debe abonar al dueño hipotecante.<sup>135</sup>

### 9.2.2 *La notificación de la hipoteca al titular del derecho de retracto*

Dispone el precepto que se dará “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”. Se trata esta de una medida en beneficio del acreedor hipotecario, al que extinguida la hipoteca al resolverse la enajenación del adquirente del dominio revocable, la ley pretende otorgar una especie de compensación por la pérdida de la garantía. Desde la perspectiva del retrayente, debe de cumplir el mandato que impone la ley poniendo en conocimiento del acreedor su propósito de pagar el precio convenido al comprador. Ha de advertirse que, si bien la cantidad representativa de aquel precio supone, en cierto sentido, una sustitución del mismo, en rigor, ni técnicamente, tiene lugar una subrogación real, ni la expresada cantidad constituye una nueva garantía en sustitución de la extinguida. Por lo tanto, el precepto se limita a imponer al retrayente el referido deber de poner en conocimiento del acreedor hipotecario su propósito de pagar, pero no el de entregar esa cantidad, ni ponerla disposición del acreedor. Así, el conocimiento del acreedor no impide al retrayente pagar el precio al comprador tras ejercitar su derecho ya que únicamente lo que exige el precepto es que se ponga en conocimiento del acreedor que el retrayente va a llevar a cabo el pago. Es decir, que mediando tal conocimiento del acreedor, el retrayente podrá pagar para recuperar el bien sujeto a retro.<sup>136</sup>

Finalmente, debe entenderse que, si caduca el retracto y tal caducidad se hace constar en la inscripción de la hipoteca, el dominio gravado queda libre de la amenaza de resolución y la finca responderá íntegramente del crédito garantizado.

---

<sup>135</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, pp. 180, 181 y 182

<sup>136</sup> *Ibidem*, cit, pp. 182 y 183

## 10 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL. ARTÍCULO 107.8º DE LA LEY HIPOTECARIA

Dice el artículo 107.8 LH que “*Podrán también hipotecarse: Octavo. 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 este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que esta recaerá directamente sobre los bienes retraídos*”. Con este precepto se deja en claro que la Ley Hipotecaria prevé varios supuestos en los que si inicialmente la hipoteca presenta como objeto material directo una titularidad jurídico-real (de poder o gravamen) restringida o condicionada, finalmente recaerá, y de modo inmediato ya, sobre la propia finca por mutarse la originario hipoteca en hipoteca de la plena propiedad. Así cabe destacar la hipoteca prevista en este artículo 107.8 LH. En esta hipótesis, si bien el objeto próximo de la hipoteca es el derecho de retracto en sí mismo, su objeto material final es el propio objeto al que tiende y mira dicho derecho de adquisición preferente, es decir, la cosa sobre la que el acreedor hipotecario, en nombre del deudor que es el vendedor del bien y el titular del derecho de retracto, tiene las facultades de retraerla y expropiar su valor. Y si es el propio deudor como titular del derecho de retracto el que lo ejercita, la hipoteca recaerá, sin más, sobre los bienes ya retraídos por el deudor-vendedor, y el acreedor hipotecario, por ser titular activo de la hipoteca, podrá en su caso dirigirse ejecutivamente sobre tales bienes retraídos que ahora están ya en poder del deudor, en plena propiedad de este.<sup>137</sup>

### 10.1 Breve referencia al derecho de retracto convencional

El retracto convencional se regula en los artículos 1507 a 1520 CC y podemos definirlo como “el convenio establecido con ocasión de la compraventa (también otro negocio traslativo) a favor del vendedor, y consiente a este, durante un determinado tiempo, ejercitar un derecho de recuperación de la cosa enajenada frente al comprador o ulterior poseedor que traiga su derecho en este último, mediante la devolución del precio de venta y otros desembolsos legítimos”.<sup>138</sup>

La doctrina coincide mayoritariamente en reconocer el carácter real de este derecho, pues es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad cuando recaiga

---

<sup>137</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1199

<sup>138</sup> RIVERA SABATÉS, V., *El retracto convencional*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 51

sobre bienes inmuebles, haciéndolo así, también, hipotecable. El vendedor, por consiguiente, puede readquirir la cosa vendida, no solo del comprador, sino también de cualquier adquirente posterior, salvo que este sea un tercero protegido por la fe pública registral. Otra consecuencia del carácter real del derecho es que el vendedor, si ejercita con éxito el retracto, recobra la cosa vendida libre de todo gravamen impuesto por el comprador. La venta con pacto de retro produce todos los efectos propios del contrato de compraventa, ahora bien, en virtud del pacto, la venta queda sometida a la condición resolutoria consistente en que el vendedor ejercite el derecho de retracto. Si el vendedor lo ejercita, la venta quedará resuelta con efecto retroactivo, volviendo las cosas al ser y estado que tenían al tiempo de celebrarse el contrato.<sup>139</sup>

## 10.2 La hipoteca sobre el derecho

El artículo 107.8 LH dispone que podrá también hipotecarse el derecho de retracto convencional. La hipoteca sobre el derecho de retraer la constituirá, naturalmente, el vendedor o quien de él hubiese adquirido este derecho. La verdadera restricción existente en la hipoteca constituida sobre el derecho de retracto consiste en el carácter caducable del mismo, ya que, una vez transcurrido el plazo para retraer, caduca dicho derecho, extinguiéndose con él la hipoteca sobre el mismo constituida. Aunque en opinión de ROCA SASTRE, no es probable que se dé este supuesto, porque ya se habrá procurado que el crédito hipotecario venza antes del plazo para ejercitar el retracto, teniendo entonces expedito el acreedor hipotecario el derecho de ejercitar el retracto por vía de acción subrogatoria, con lo cual impedirá su caducidad.<sup>140</sup>

Cuando la hipoteca del derecho de retracto acuda a la ejecución, el art. 107.8 LH, no permite que la misma se produzca en el sentido normal de toda enajenación forzosa en la realización del expresado derecho hipotecado, sino que, bajo la preocupación de que lo que se hipoteca por el vendedor es la finca en sí y no el derecho de retraer, exige que el acreedor hipotecario ejercite previamente el retracto, para, una vez los bienes en poder del deudor, proceder ejecutivamente contra ellos. Roca Sastre opina que si el derecho de retracto es perfectamente enajenable por qué no se permite su enajenación directa por vía de ejecución hipotecaria. En vez de esta forma sencilla, la Ley exige en todo caso que el acreedor, en nombre del deudor, ejercite previamente el retracto, en el

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “Los derechos reales de adquisición preferente”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 458 y 549

<sup>140</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, pp. 432 y 433

tiempo en que aquel tenga derecho a hacerlo y anticipando para ello la cantidad que sea necesaria. El acreedor hipotecario deberá, pues, literalmente interpretado el artículo 107.8 LH, empezar por anticipar la cantidad necesaria para el retracto, lo cual constituye un serio obstáculo, sobre todo cuando el mayor valor de la finca no alcance a cubrir el importe de su crédito. Una vez efectuado el retracto deberá de proceder ejecutivamente contra la finca.<sup>141</sup>

En opinión de GUILARTE ZAPATERO, si se parte de la realidad evidente de que el retracto que soporta el gravamen hipotecario es un derecho transmisible y tiene valor económico propio, en cuanto que mediante su ejercicio se recupera el objeto vendido, debiera concluirse, en principio, que la ejecución directa de aquel constituye el medio natural de realización de valor de la hipoteca de que se trata. Por lo tanto, siguiendo el procedimiento de ejecución ordinario, el precio obtenido por la venta del retracto irá destinado a satisfacer el crédito del acreedor, y el adjudicatario-rematante, ya fuera extraño o el mismo acreedor, tendrá derecho a retraer los bienes como titular del derecho adquirido. Aquí Guilarte Zapatero se pregunta si el silencio sobre la ejecución directa del derecho debe interpretarse en el sentido de que no se alude a esta forma de realizar el valor de la carga por entenderla consecuencia natural e implícita en el reconocimiento de la hipotecabilidad del derecho de retracto convencional, y concluir, en consecuencia, que el mecanismo previsto por la norma se limita al caso de que el acreedor quiera repetir directamente contra los bienes objeto del derecho de adquisición, o entender que tal mecanismo, en cuya virtud se impone al titular de la garantía retraer los bienes previamente en nombre del deudor a fin de ejecutarlos después, es único y debe seguirse obligatoriamente en todo supuesto de realización de valor de esta hipoteca. Guilarte Zapatero, al igual que otros autores como DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, opina que la previsión del artículo 107.8 LH corresponde con el sentido de que el retracto es un derecho real transmisible con valor económico propio y, en consecuencia, directamente ejecutable, no solo por las razones expuestas anteriormente, sino porque el propio precepto no prohíbe expresamente la ejecución del retracto. Así, además, el acreedor podrá acudir al mecanismo previsto en este precepto cuando la subasta del retracto haya quedado desierta, siempre que no haya transcurrido el plazo para retraer.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, cit, p. 433

<sup>142</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 188

En cuanto se refiere a la facultad de retraer otorgada en el precepto al acreedor hipotecario cabe destacar lo siguiente: 1º) El supuesto implica un reconocimiento legal de una legitimación extraordinaria para ejercitar un derecho ajeno, otorgada al titular de la garantía a partir del vencimiento de la obligación asegurada. 2º) En principio, el ejercicio del retracto por el acreedor hipotecario solo podrá efectuarse una vez insatisfecho el crédito garantizado, correspondiendo hasta entonces la posibilidad de ejercitarlo al verdadero titular del derecho. Sin embargo, se ha sostenido que incluso antes del vencimiento de la obligación y ante el temor de que el deudor deje caducar el retracto, el acreedor hipotecario podrá ejercitarlo con apoyo en el artículo 1.111 CC y 117 LH. 3º) Ejercitado el retracto por el acreedor en la forma indicada, se consuma a favor del deudor la adquisición de los bienes retraídos, integrándose en su patrimonio y convirtiéndose estos en objeto directo de la garantía en sustitución del retracto hipotecado inicialmente. A partir de tal momento estará el acreedor en condiciones de dirigirse contra los bienes del deudor, no solo por el importe de la deuda insatisfecha, sino también por la cantidad anticipada. 4º) Transcurrido el plazo para ejercitar el retracto y extinguido este, la hipoteca correrá la misma suerte.

Finalmente, el precepto prevé que si el vendedor ejercita el derecho de retracto, naturalmente durante la vigencia de la hipoteca constituida sobre tal derecho, esta subsistirá recayendo directamente sobre los bienes retraídos. Para CAMY este precepto supone uno de los pocos casos de subrogación real recogidos en nuestro ordenamiento, cuyo fundamento radica en haber entendido el legislador que tal fue la voluntad de los interesados al constituir el gravamen hipotecario.<sup>143</sup>

## **11 LA HIPOTECA SOBRE BIENES LITIGIOSOS. ARTÍCULO 107.9º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.9 LH que “*Podrán también hipotecarse: Noveno. 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*”. Ningún problema ofrece la hipoteca sobre bienes litigiosos en tanto que recaer sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la efectividad ejecutiva, o en su caso la inoperancia o la extinción, de la hipoteca recayente sobre el bien quedará pendiente, a sabiendas efectiva o potencial (gracias a la anotación) del acreedor, de la

---

<sup>143</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 435

resolución del litigio según favorezca o no al hipotecante litigante en su derecho sobre la cosa hipotecada y que por el momento es objeto de enjuiciamiento.<sup>144</sup>

El precepto dispone que son hipotecables los bienes litigiosos<sup>145</sup>, es decir, los bienes inmersos en un proceso judicial. El supuesto es claro: cuando sobre bienes inscritos se esté ventilando una contienda judicial acerca de la propiedad –por ejemplo una acción reivindicatoria-, la persona a cuyo nombre figuren inscritos los bienes (y que será el demandado) podrá hipotecarlos, pero la hipoteca que constituya quedará supeditada a las resultas del juicio entablado. Todo dependerá de que prospere la demanda, en cuyo caso la hipoteca queda sin efecto; o que se dicte sentencia absolutoria, y entonces la hipoteca queda consolidada. La ley exige, para que se produzca la posible extinción de hipoteca, que la demanda origen del pleito se haya anotado preventivamente, o que se haga constar en la inscripción de hipoteca que el acreedor tenía conocimiento del litigio. Constando anotada preventivamente la demanda, se produce uno de tantos supuestos de acciones rescisorias, resolutorias o de nulidad, cuya causa figura registrada y, por tanto, afecta a terceros adquirentes (cfr. Art. 34 y 37 LH). Y en esto radica la particularidad de la hipoteca de estos bienes, pues, anotada la demanda de propiedad, la sentencia que da lugar a la misma, o sea, que condena al titular inscrito, provoca la cancelación de las transmisiones o actos de disposición inscritos con posterioridad, al modo de una condición resolutoria expresa (cfr. RDGRN 30 de mayo de 1934).<sup>146</sup>

Por otra parte, el artículo 1291.4º CC menciona, entre los contratos sujetos a rescisión, aquellos que “*se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente*”. Más allá de la posibilidad de que el acto dispositivo del demandado haya sido realizado contando con la preceptiva autorización de los restantes interesados o con la aprobación judicial, hay que preguntarse si, en ciertos casos, la eficacia de determinados actos de disposición que pueda realizar el demandado podrá considerarse inatacable aun cuando se haya realizado sin contar con tal autorización o aprobación. Este es el supuesto que prevé el artículo 107.9 LH que admite expresamente la posibilidad de hipotecar válidamente bienes inmuebles litigiosos, si la demanda que dio origen al pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar

---

<sup>144</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1200

<sup>145</sup> En orden a la cancelación de las inscripciones de hipotecas constituidas sobre bienes litigiosos: art. 175.5º RH

<sup>146</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 435 y 436

en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, quedando, en cualquier caso, pendiente la hipoteca a la resolución del pleito. Atendiendo a un criterio de especialidad, es evidente que, dándose las circunstancias previstas en este precepto, el negocio constitutivo de la hipoteca será inatacable por la vía del art. 1291.4º CC aun en el caso de que no se haya contado con el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o con la autorización del órgano judicial competente en el proceso que dio lugar a que la finca adquiriese la condición de litigiosa.<sup>147</sup>

La explicación de esta especial regulación ha de buscarse en el hecho de que la hipoteca así constituida en ningún caso puede poner en riesgo la efectividad de la resolución que se dicte en el proceso anterior, ya que, concurriendo cualquiera de los requisitos que de forma alternativa prevé la norma, se garantiza la oponibilidad de la resolución que ponga fin al proceso frente al titular del derecho de hipoteca. Obsérvese que es la propia norma la que supedita la eficacia de la hipoteca constituida al resultado del pleito correspondiente. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las previsiones del art. 107.9 LH tienden a proteger también la posición del acreedor hipotecario, en la medida en que la exigencia alternativa de que se haya anotado la demanda o de que conste que el acreedor conocía la existencia del litigio, permiten garantizar que el mismo tuvo o, al menos, pudo tener conocimiento de que el derecho que estaba adquiriendo quedaba supeditado en cuanto su eficacia al derecho del demandante.<sup>148</sup>

No obstante, el Registrador no puede controlar el posible carácter litigioso de los bienes sobre los que se pretende constituir la hipoteca, de esta manera puede darse el caso de que el Registrador llegue a inscribir una hipoteca sobre bienes litigiosos sin que se hayan cumplido los requisitos establecidos por el art. 107.9 LH. Ante tal hipótesis, cabría pensar que el negocio constitutivo de la hipoteca deberá de considerarse nulo por infringir una norma imperativa (art. 107 LH). Sin embargo, en opinión de Carlos Manuel Díaz Soto, el negocio constitutivo de la hipoteca no será nulo, pero, si no se hubiera obtenido la oportuna aprobación de las partes litigantes o la autorización del órgano judicial, el demandante tendrá expedita la vía para rescindir el negocio constitutivo de la hipoteca por la vía del art. 1291.4º CC, por no estar en tal caso

---

<sup>147</sup> DÍEZ SOTO C M., *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, 1ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2013, pp. 1 y 85

<sup>148</sup> *Ibidem*, cit, pp. 86 y 87

garantizada la inocuidad de dicho negocio respecto a la efectividad de la resolución que haya de poner fin al pleito.<sup>149</sup>

Por otro lado, el art. 107.9 LH solo hace referencia a aquellos supuestos en los que bienes que se pretenden hipotecar hubieran adquirido la condición de litigiosos en virtud de una demanda fundada en una acción real o personal susceptible de ser anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad. Para Díaz Soto no sería aplicable el precepto, en cambio, a los casos en que el bien en cuestión haya sido objeto de un embargo previo. En estos casos, cabría pensar que el acreedor que no tenga su posición garantizada mediante la anotación preventiva de embargo con carácter previo a la constitución de la hipoteca también tendrá la posibilidad de rescindir el negocio constitutivo de esta, por aplicación del art. 1291.4º CC, cuando dicho negocio no hubiera sido previamente aprobado o autorizado con arreglo a lo dispuesto en este precepto; frente al ejercicio de la rescisoria no cabría alegar la consideración del acreedor hipotecario como un tercero protegido por la fe pública registral, ya que el juego de esta no pone al tercero a salvo de las causas de impugnación que puedan afectar a su propio título adquisitivo.<sup>150</sup>

## **12 LA HIPOTECA SOBRE BIENES SUJETOS A CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPRESAS.**

### **ARTÍCULO 107.10º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.10 LH que *“Podrán también hipotecarse: Décimo. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante”*.

Respecto de los bienes sujetos a condiciones suspensivas hay que estimar, en principio, que son susceptibles de ser hipotecados como tales, lo que implica que la hipoteca queda supeditada, en su plena efectividad, a que la condición suspensiva se cumpla para que la hipoteca constituida sea efectiva, ya que de lo contrario perecerá el gravamen hipotecario por falta de objeto que soportaba condicionadamente la hipoteca. En este sentido dice GUILARTE ZAPATERO que los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas pueden ser objeto de una plena hipotecabilidad, pero, como consecuencia de la condición resolutoria que los afecta, la hipoteca que se constituya sobre ellos dependerá de las vicisitudes que aquella experimente, de modo

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, cit, p. 88

<sup>150</sup> *Ibidem*, cit, p. 89

que si se cumple, resolviéndose el derecho del hipotecante se extinguirá también la garantía, que, por el contrario, se consolidará de no cumplirse la condición, desapareciendo cualquier vestigio de la anterior especialidad.<sup>151</sup>

En sentido favorable de la hipotecabilidad de derechos inmobiliarios sujetos a condiciones suspensivas se muestra la RDGRN de 17 de marzo de 1966. Por consiguiente, este tipo de hipoteca constituye un supuesto de hipotecabilidad asimilable a la de los bienes futuros, o sea, de los que no existen todavía al tiempo de la concesión de la hipoteca. En opinión de ROCA SASTRE, la Ley Hipotecaria debería haberse expresado mejor, pues la condición suspensiva se refiere a la “titularidad” de los bienes, no a estos en sí. Este apunte permite distinguir este supuesto de la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutoria, regulado en el art. 142 LH, en cuyo caso el condicionamiento afecta a la obligación garantizada, no a la titularidad del bien que se ofrece en garantía de la obligación.<sup>152</sup>

Por lo que refiere a la hipoteca de bienes sujetos a condiciones resolutorias, según Roca Sastre, es inadecuada la exigencia de que la condición resolutoria sea expresa, al menos tratándose de hipotecas impuestas por el fiduciario sobre los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional. Mientras está pendiente de cumplimiento la condición, los bienes sujetos a la misma son susceptibles de ser hipotecados, si bien corriendo el acreedor hipotecario los riesgos derivados de la contingencia de tal condición, según esta se cumpla o deje de cumplirse. Si se cumple, desaparece el derecho del hipotecante, y entonces queda automáticamente extinguida la hipoteca constituida. Si la condición no se cumple, queda consolidado el derecho del hipotecante y, en consecuencia, subsiste la hipoteca. Claro está que, para que los efectos resolutorios se den en perjuicio del acreedor hipotecario, será preciso que la condición resolutoria conste en el Registro. De lo contrario, no le afectará el cumplimiento de dicha condición si el acreedor hipotecario reúne la consideración de tercero hipotecario (cfr. art. 34 LH). La lógica contenida en el precepto es clara: nadie puede hipotecar más de lo que tiene, ni en modo distinto de cómo lo tiene. Los bienes sometidos a condición resolutoria conservan la consideración de tales, y como tales son hipotecados, de modo que la hipoteca sobre ellos constituida queda sujeta a la contingencia del cumplimiento de la condición. Por esta razón el titular de dichos

---

<sup>151</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 192

<sup>152</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 436 y 437

bienes no puede hipotecar el dominio pleno o libre de los mismos, sino su dominio resoluble, revocable o condicionado.<sup>153</sup>

El precepto habla de “condiciones resolutorias expresas”, entiendo por las mismas el pacto comisorio en caso de precio aplazado de la compraventa; de la compraventa con reserva de retracto convencional; revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones impuestas por el donante; pacto reversional de las donaciones; y del gravamen de sustitución fideicomisaria condicional. En todos estos casos se trata de una condición incorporada a un negocio jurídico, y que, por tener carácter de resolutoria, hace depender de un hecho incierto la cesación de un efecto derivado de dicho negocio jurídico. Figurando inscrito el negocio junto con la condición resolutoria, todo tercer adquirente y, por ende, el acreedor hipotecario, queda sometido a la contingencia de que tal condición se cumpla. Sin embargo, el concepto de resolución tiene un sentido más amplio, pues no solo entra dentro de él la extinción del derecho del disponente por efecto de una condición resolutoria, sino también la operada por la propia naturaleza o contenido del acto o contrato inscrito. Así podemos incluir la división de la cosa común, la partición de herencia, caducidad de concesiones o la subhipoteca. En todos estos casos la resolución no es consecuencia de una condición resolutoria, sino de la propia sustancia o estatuto jurídico del acto inscrito. Por ello existe una amenaza resolutoria latente que consta en el Registro ya que forma parte inherente del acto inscrito, y afectará a todo adquirente, incluido el acreedor hipotecario. De esta manera la hipoteca<sup>154</sup> quedará sometida a los efectos extintivos provocados por el cumplimiento de la afección resolutoria. Estos supuestos de resolución que no derivan de una condición resolutoria expresa, no están comprendidos en el art. 107.10 LH, pues el precepto habla solamente de “condiciones resolutorias expresas”. Pero no cabe duda de que, para ROCA SASTRE, el resultado ha de ser el mismo, por imperio de lo dispuesto en los arts. 34 y 37 LH.<sup>155</sup>

Desde un punto de vista estrictamente registral, el artículo 23 LH señala que “*el cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse*”.

---

<sup>153</sup> Ibídem, cit, pp. 438, 450 y 451

<sup>154</sup> En orden a la extinción de estas hipotecas: art. 175.6º, párrafo 2º RH

<sup>155</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, pp. 452, 453 y 454

## **13 LA HIPOTECA SOBRE LOS PISOS O LOCALES DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. ARTÍCULO 107.11º DE LA LEY HIPOTECARIA**

### **13.1 Hipoteca sobre los diferentes pisos o locales**

Dice el artículo 107.11 LH que “*Podrán también hipotecarse: Undécimo. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo octavo*”. Un caso más en que sin mayor complejidad la hipoteca sujeta directamente los bienes inmuebles sobre los que se impone es este supuesto de hipoteca recayente sobre los pisos o locales de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, siempre que tales elementos privativos se hayan independizado materialmente como objeto de dominio y registralmente como finca, de acuerdo con los arts. 8.5 y 107.11 LH.<sup>156</sup>

La ley de 21 de julio de 1960 dio redacción al artículo 107.11 LH que ratifica la posibilidad de hipotecar los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Esta hipoteca, que tiene por objeto elementos privativos e independientes del inmueble en su consideración singular y es distinta de la que puede constituirse afectando al edificio en su conjunto, supone una excepción del criterio que preside la regulación del artículo 107, ya que, no presenta especialidad o restricción alguna ni en su constitución, ni en su funcionamiento, constituyendo un supuesto normal de garantía hipotecaria.

Respecto de esta hipoteca, según GUILARTE ZAPATERO, cabe señalar lo siguiente: 1º) Que la hipoteca de pisos o locales puede constituirse cualquiera que sea la forma en que estos aparezcan inscritos, bien en folio independiente del que corresponde al edificio, bien en folio general de este, aunque no conste el piso o local objeto de gravamen a constituir en folio separado como finca registral independiente, bien en el folio del edificio y en el propio. 2º) Que si el piso o local constan inscritos separadamente pero no el edificio en su conjunto, cierto sector doctrinal considera que procederá su hipoteca. En este extremo Guilarte Zapatero opina que no será posible la hipoteca de los pisos o locales al no estar inscrito el edificio en régimen de propiedad horizontal de acuerdo con lo que señala el artículo 8.5 y 107 LH, derogando estos dos el artículo 218.c RH. En este caso es imprescindible que tal régimen de propiedad

---

<sup>156</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1200 y 1201

horizontal se halle inscrito previamente sobre la finca matriz en su conjunto. 3º) Que tratándose de un edificio cuya construcción no esté concluida, sino solo comenzada, y los pisos o locales solamente tengan una constancia puramente registral, debe estimarse que no son susceptibles de hipoteca ya que nos encontraríamos con una mera declaración de propósitos o intenciones configurando, a lo mas, una hipoteca futura. 4º) Será viable la hipoteca de una participación indivisa de finca destinada a garajes, cuando suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada.<sup>157</sup>

Siguiendo ahora a ROCA SASTRE<sup>158</sup>, en la hipoteca de pisos o locales de edificios en régimen de propiedad horizontal pueden darse, también, diferentes casos, como ya he señalado anteriormente siguiendo a Guilarte.

Puede darse la situación de que el piso o local en régimen de propiedad horizontal, cuya construcción se halla *concluida*, consta inscrito como finca registral independiente del edificio, el cual a su vez está inscrito en el folio separado del régimen de propiedad horizontal de la total finca (situación más normal de figurar inscritos tales pisos o locales). Contemplando este supuesto Roca Sastre menciona que se trata de una hipoteca de piso o local previsto en el art. 8.5 LH, en contra de lo previsto en el art. 8.4 LH. No obstante, desde la reforma de la LPH por la Ley de 6 de abril de 1999 se ha aplicado este régimen a situaciones de pre-horizontalidad. Así si se ha declarado la obra nueva y constituido el régimen de propiedad horizontal, con inscripción separada de cada elemento privativo, nada obsta a su hipotecabilidad.

Puede darse también la situación de que el piso o local, en régimen de propiedad horizontal, cuya construcción se halla *concluida*, consta inscrito en el folio registral del edificio en conjunto, y no, además, en folio separado como finca registral independiente. En este caso, la hipoteca también será inscribible, pero, al no figurar inscrita la finca o local especialmente hipotecado como finca filial figurante en el Registro con inscripción separada, dicha hipoteca constará inscrita en el folio u hoja abierta a la finca matriz, o sea, la finca edificada en su conjunto.

Otra situación es que el piso o local, en régimen de propiedad horizontal, cuya construcción está *meramente proyectada*, solamente tiene mera constancia registral en la inscripción del solar o del edificio en conjunto. En principio no hay más remedio que

---

<sup>157</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil...*, cit, p. 194, 195 y 196

<sup>158</sup> Supuestos de hipoteca de pisos o locales: ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, pp. 456 a 464

concluir que, por falta de la previa inscripción de tales pisos o locales, estos no serán susceptibles de ser verdaderamente hipotecados, debido a que la hipoteca es un derecho real de constitución registral, cosa imposible debido a no ser factible la inscripción de hipoteca alguna sobre los mismo, por más que conste inscrito el inmueble en su unidad. Sin embargo, al admitir las inscripciones de situaciones de pre-horizontalidad se admite también la consiguiente hipoteca sobre elementos privativos inscritos individualmente.

Finalmente, puede darse la situación de que el piso o local conste *inscrito separadamente*, pero sin que en el folio, hoja o registro particular de la finca-edificio, en su conjunto, figure determinadamente inscrito o constado. Esta situación es permitida por el art. 218.c) RH, sin embargo hay que entenderlo tácitamente derogado por no permitir la hipoteca de pisos o locales en esta situación registral el art. 107 LH.

En este y el resto de sentidos la hipoteca se extiende a los elementos comunes (cfr. art. 396 CC). Esta extensión objetiva se deriva de la misma naturaleza de la propiedad horizontal y de las propias normas legales, en especial el art. 396 CC y art. 3 LPH. Así cada propietario podrá disponer de su derecho, y este derecho está constituido conjuntamente por la propiedad exclusiva del piso o local y por la copropiedad de las partes comunes. Claro que también la hipoteca se extiende sobre los anejos que expresamente se hayan señalado en el título.

Y, extinguido el régimen de propiedad horizontal, las hipotecas constituidas sobre aquellos bienes quedan subrogadas en las cuotas atribuidas a los hipotecantes en la copropiedad ordinaria surgida como consecuencia de la desaparición de tal régimen.

### **13.2 Hipoteca unitaria de casa dividida en pisos pertenecientes a distintos dueños. La hipoteca de la propiedad horizontal.**

Este es el caso regulado en artículo 218 RH que permite a los diferentes propietarios de pisos o locales pertenecientes a una misma casa (finca) la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos y mediando siempre acuerdo entre los citados dueños. Este precepto regula la hipoteca conjunta o unitaria sobre la totalidad de un edificio en régimen de propiedad horizontal, es decir, la que podría calificarse de propia y verdadera hipoteca de la propiedad horizontal. Se trata de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los pisos o

locales que la integran, diferenciando, así, el caso de este art. 218 RH del previsto en el 107 LH, donde la responsabilidad se distribuye entre los diferentes pisos o locales. La no distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos pisos o locales del edificio, cuando se hipoteque este en su conjunto, no implica que suja una hipoteca solidaria. De ahí que el art. 218 RH prevea que el acreedor hipotecario solo podrá hacer efectivo su derecho, en estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio, no vulnerando, así, el principio de especialidad.<sup>159</sup>

Esta hipoteca se constituye sobre el edificio, considerado en su conjunto o totalidad. Grava únicamente el dominio conjunto del edificio, aunque este dominio pertenezca a varios dueños en propiedad separada, exclusiva o singular por pisos o locales, con una copropiedad sobre los elementos comunes. Dicha hipoteca no se constituye sobre varias fincas, los pisos o locales, sino sobre una sola finca, el edificio. Además, esta hipoteca debe de ser constituida por voluntad y acuerdo de todos los propietarios, es decir, debe de ser constituida por unanimidad (cfr. art. 397 CC).<sup>160</sup>

#### **14 LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DEL REMATANTE SOBRE LOS INMUEBLES SUBASTADOS EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. ARTÍCULO 107.12º DE LA LEY HIPOTECARIA**

Dice el artículo 107.12 LH que *“Podrán también hipotecarse: Duodécimo. El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados”*. Este es otro caso, al igual que los anteriores, en el que la hipoteca inicialmente presenta como objeto material directo una titularidad jurídico-real (de poder o gravamen) restringida o condicionada, y donde, como los casos anteriores, finalmente la hipoteca recae, de modo inmediato ya, sobre la propia finca por mutarse la originaria hipoteca en hipoteca de la plena propiedad. Esto ocurre con el supuesto que introduce la LEC, donde la hipoteca que recae sobre el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial (o extrajudicial), una vez

---

<sup>159</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, pp. 464, 465 y 468

<sup>160</sup> *Ibidem*, cit, p. 470

satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.<sup>161</sup>

Se trata de un apartado introducido por la disposición final 9ª de la LEC de 7 de enero de 2000, con la finalidad de facilitar la financiación del pago del precio del remate. Su texto se coordina con el art. 670.6 LEC al decir que “*cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el Letrado de la Administración de Justicia expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante*”. Observa García García que se trata de una excepción a la norma general de hipotecabilidad de derechos reales del art. 106.2 LH, ya que en realidad, sin la tradición inmobiliaria que proporciona el testimonio del auto firme de adjudicación, estamos ante un *ius ad rem*. En cuanto a la práctica registral, hay que considerar que en el acta de inscripción se refleja la hipoteca del derecho del rematante, pero sin una inscripción propia de este, que no puede ser objeto de tráfico jurídico independiente. Finalmente, la inscripción posterior del dominio sobre el bien adjudicado conlleva que se mantenga la prioridad de rango.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria...*, cit, p. 1202

<sup>162</sup> ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario...*, cit, p. 481

## Conclusiones

Comprendiendo de forma global el trabajo y la investigación realizada puedo afirmar que:

Primero. El derecho real de hipoteca de los supuestos del artículo 107 LH genera fenómenos verdaderamente complejos. Esto es así debido al especial objeto sobre el que recae la garantía, diferente al clásico bien inmueble. Esto se puede comprobar en el supuesto de la subhipoteca ya que se trata de una figura muy abstracta debido a que la garantía de hipoteca recae sobre un derecho incorporal, que es otra hipoteca. Considero que es la figura más compleja del artículo 107 LH debido a que, si bien existen en el precepto otros derechos susceptibles de ser hipotecados, la subhipoteca genera una dinámica difícil de comprender.

Segundo. Acerca del artículo 107 LH existe mucha información teórica en distintos manuales o tratados, pero muy poca información práctica o litigiosa. La escasez de Sentencias y de Resoluciones, así como los testimonios que he podido recabar de diferentes oficiales de los Registros de la Propiedad, demuestra la casi inexistente utilidad práctica del artículo 107 LH. No obstante, de todos los supuestos del artículo 107 LH el que sí que tiene mayor utilidad práctica es el de la concesión administrativa. Considero que el resto de casos del artículo 107 (usufructo, nuda propiedad, otros bienes hipotecados...) están ideados para el ámbito civil y las relaciones entre particulares, sin embargo la hipoteca de concesión se desarrolla en el ámbito administrativo donde las cuantías que se manejan suelen ser mucho más mayores que en el ámbito civil. Es casi inevitable la constitución de una hipoteca por un concesionario que tenga el deber de construir el inmueble destinado a la concesión.

Tercero. Considero que los casos especiales del artículo 107 LH son una suerte de alternativa al clásico objeto de la hipoteca, de esta forma se amplía el abanico del deudor en cuanto los bienes o derechos que puede poner en garantía. Y, por otra parte, el acreedor tendrá un mayor número de bienes y derechos contra los que se puede dirigir. Todo ello se consolida en la idea de facilitar el crédito territorial. Por lo tanto, si el deudor que ha solicitado un crédito no tiene en su propiedad un bien inmueble o teniéndolo no es apto para servir como garantía, podrá acudir a la lista que presenta el artículo 107 e ir comprobando si alguno de los bienes o derechos que aparecen en ella se encuentran dentro de su patrimonio. De esta manera se puede comprobar, sin prelación alguna, si el deudor

tiene en su patrimonio un derecho de usufructo, un derecho real de hipoteca a su favor, algún bien litigioso o un inmueble que vendió con pacto de retro.

Cuarto. El Registro de la Propiedad en España tiene una importancia mayúscula en materia de publicidad de los derechos y seguridad jurídica preventiva. Con el breve análisis histórico que he realizado en el trabajo se puede comprobar que históricamente las hipotecas no contaban con un sistema de publicidad y, al ser un derecho real no ostensible, proliferaban las hipotecas clandestinas. Debido a los problemas que surgían por esta clandestinidad nacieron por necesidad los Registros de la Propiedad tal y como los conocemos hoy. Actualmente no se puede entender el tráfico jurídico y económico en España sin la intervención de los Registros de la Propiedad, siendo este la piedra angular de la protección jurídica de la operación y de los terceros en el tráfico. Y sobre todo, también, el Registro de la Propiedad tiene la finalidad fundamental de publicitar los derechos reales que recaigan sobre los bienes inmuebles proporcionando una información y protección jurídica a los terceros que deseen intervenir en negocios jurídicos que recaigan sobre aquellos.

Quinto. El artículo 107 LH no trata únicamente del derecho real de hipoteca, sino que también trata de los diferentes derechos y situaciones en las que se encuentran los bienes susceptibles de ser hipotecados. Para comprender la totalidad del precepto no basta con conocer la figura de la hipoteca, sino que además hay que conocer también el derecho o la situación del bien sobre el que recae esta. Al tratarse de supuestos especiales, para comprenderlos en su totalidad hay que asimilar e interiorizar también el especial objeto de la hipoteca. Habrá que conocer bien el derecho de usufructo, los sujetos que intervienen así como sus derechos y obligaciones, la extensión del derecho... Lo mismo ocurrirá, por ejemplo, con la concesión administrativa ya que supone ciertas especialidades debido a que la concesión, que es objeto de la hipoteca, afecta a un inmueble destinado al servicio público. Lo mismo ocurre con los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, habrá que tener bien presente la LPH y las especialidades en cuanto la extensión de la hipoteca. Todo esto nace de la idea que he expuesto al principio: hay que conocer bien y entender los derechos y situaciones en las que se encuentran los bienes que van a ser objeto de la hipoteca.

Sexto. El artículo 107 LH no prevé expresamente, aunque sí tácitamente, la hipoteca sobre censo que reconoce el artículo 148 LH. El artículo 107 lo prevé de forma tácita en el apartado 5º al admitir la hipotecabilidad de otros derechos de naturaleza real,

una categoría donde estarían incluidos los censos. Si bien los censos están prácticamente apartados de la vida jurídica, considero que es necesario mencionar este aspecto ya que estos no dejan de ser derechos reales autónomos que recaen sobre bienes inmuebles, enajenables y con un determinado valor económico, por lo tanto también hipotecables. Para confirmar esto el artículo 108 LH no menciona en ningún momento a los censos como derechos no hipotecables.

## Bibliografía

ATAZ LÓPEZ, J., “La nuda propiedad” *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Leciñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016

CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo II*, REUS, S.A., Madrid, 1978

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Artículo 106” *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, coordinador Andrés Domínguez Luelmo, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2019

CUADRADO IGLESIAS, M., *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1961

DÍEZ SOTO C. M., *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, 1ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2013

DIGESTO, párrafo segundo, fragmento 9º, título VII, libro XIII

GARCÍA DE ENTERRÍA E, FERNÁNDEZ T, R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 20ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2022

GARCÍA GARCÍA, J M., *Legislación hipotecaria*, 1ª edición de 2020, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020

GARCÍA PÉREZ, C L., “La disposición del derecho de usufructo” *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Leciñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016, pp. 406

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “El derecho de hipoteca inmobiliaria”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 107 de la Ley Hipotecaria” *Revista de Derecho Privado, comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo VII, volumen 6, comentarios a los artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, coordinador Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 2000

GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1966

GULLÓN BALLESTEROS, A., *El Derecho real de Subhipoteca*, 1ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1957

GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Universidad de Sevilla, 1960

MANZANO SOLANO, A., *Estudios sobre la hipoteca*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil III, Derechos reales*, Edisofer, S.L., Madrid, 2020

MORENO QUESADA, B., “La configuración del Derecho Real”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

- MUÑIZ ESPADA, E., “El Usufructo”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020
- NAVARRO EGEA, M., “Aspectos tributarios del usufructo” *Tratado de usufructo*, coordinador Ascensión Leciñena Ibarra, 1ª edición, Wolters Kluwer España, 2016
- NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia 10ª edición*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, España, Madrid, 2022
- OSSORIO SERRANO, J.M., “Los derechos reales de garantía en general. Prenda posesoria y anticresis”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- PRETEL SERRANO, J., “La Hipoteca inmobiliaria”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020,
- RIVERA SABATÉS, V., *El retracto convencional*, Editorial Comares, Granada, 2001
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2020
- ROCA SASTRE R.M., ROCA SASTRE MUNCUNILL L., BERNÁ I XIRGO J., *Derecho Hipotecario tomo VIII*, 9º edición, editorial Bosch, Barcelona, 2009
- ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad*, 1ª edición, REUS, Madrid, 2015
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo Parte General*, 17º edición, tecnos, Madrid, 2021
- SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “El derecho de superficie”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I): Sujetos, objeto y forma” *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador SÁNCHEZ-CALERO, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “Los derechos reales de adquisición preferente”, *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, coordinador Sánchez-Calero F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., “Derecho inmobiliario registral”, *Lecciones de Derecho Privado, tomo III, Derechos Reales*, coordinador Rivera Fernández, M., y Espejo Lerdo de Tejada M., Tecnos, Madrid, 2020
- VILALTA NICUESA A E., *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008

## **Jurisprudencia**

CENDOJ., STS de 29 de Enero de 1996 (Sala de lo civil, sección 1ª) con nº de recurso 1811/1992

Roj: STS 455/1996-ECLI:ES:TS:1996:455 (nº recurso 1811/1992)

CENDOJ., STS 606/1997 (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 3 de julio de 1997 (recurso 1910/1993)

Roj: STS 4716/1997-ECLI:ES:TS:1997:4716 (nº recurso 1910/1993)

CENDOJ., STS 595/2017 de 4 de Abril, (Sala de lo civil, sección 1ª) con nº de recurso 2454/2014

Roj: STS 1393/2017-ECLI:ES:TS:2017:1393 (nº de recurso 2454/2014)

CENDOJ., STS 463/2019 (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014)

Roj: STS 2761/2019-ECLI:ES:TS:2019:2761 (nº recurso 1752/2014)

## **Resoluciones**

Resolución de 26 de Mayo de 1925, DGRN, La Gaceta de Madrid nº 152 de 1925, página 1488

Resolución de 14 de Septiembre de 1927, DGRN, La Gaceta de Madrid nº 286 de 1927, página 259

Resolución de 30 de Mayo de 1934, DGRN, La Gaceta de Madrid nº 185 de 1936, página 107

Resolución de 17 de Marzo de 1966, DGRN, BOE de 12 de Abril de 1966. BOE-A-1966-5573

Resolución de 27 de Mayo de 1968, DGRN, BOE de 16 de Octubre de 1968. BOE-A-1968-48371

Resolución de 20 de Julio de 2010, DGRN, BOE de 10 de Agosto de 2010. BOE-A-2010-12943

Resolución de 27 de Septiembre de 2011, DGRN, BOE de 5 de Diciembre de 2011. BOE-A-2011-19118

Resolución de 7 de Noviembre de 2012, DGRN, BOE de 11 de Diciembre de 2012. BOE-A-2012-15007

Resolución de 10 de Diciembre de 2015, DGRN, BOE de 28 de Diciembre de 2015. BOE-A-2015-14178

Resolución de 7 de Marzo de 2016, DGRN, BOE de 6 de Abril de 2016. BOE-A-2016-3305

Resolución de 24 de Abril de 2017, DGRN, BOE de 16 de mayo de 2017. BOE-A-2017-5420

