

CARLOS LASARTE

Catedrático de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid)  
Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil  
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

# **DERECHOS REALES Y DERECHO HIPOTECARIO**

## **PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL**

Tomó Quinto  
8.<sup>a</sup> edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Abreviaturas</b> .....	XXV
<b>Prólogo a la octava edición</b> .....	XXIX

## PARTE PRIMERA LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

### CAPÍTULO 1 LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

1. Introducción .....	4
1.1. Observaciones sistemáticas .....	4
1.2. Advertencia pedagógica.....	4
2. La sistemática básica del Código Civil .....	5
2.1. La regulación en sede contractual .....	5
2.2. Las reglas generales de contenido jurídico-real relativas a la prenda y a la hipoteca .....	5
3. Los presupuestos técnicos de la Codificación en la sistematización de los derechos reales de garantía.....	6
3.1. La condición de los bienes objeto de garantía real.....	6
3.2. La posesión de los bienes gravados .....	7
4. La evolución legislativa posterior al Código: las garantías reales mobiliarias.....	7
5. Caracterización general de los derechos reales de garantía .....	9
5.1. La amplitud de la obligación garantizada y la accesoriedad de los derechos reales de garantía .....	9
5.2. La indivisibilidad de los derechos reales de garantía .....	10
5.3. La especialidad.....	11
5.4. La reipersecutoriedad.....	12

	Pág.
6. Las facultades de venta del bien gravado y de cobro preferente .....	13
6.1. La facultad de instar la venta del bien gravado (o <i>ius distrahendi</i> ).....	13
6.2. El <i>ius distrahendi</i> y la prohibición del pacto comisorio .....	14
6.3. El derecho de preferencia en el cobro (o <i>ius praelationis</i> ) .....	14
7. La titularidad de los bienes gravados .....	15
7.1. Capacidad dispositiva y propiedad del constituyente.....	15
7.2. Deudor y constituyente.....	15
Nota bibliográfica .....	16

## CAPÍTULO 2

### LA PRENDA

1. La prenda como garantía .....	18
2. Constitución del derecho real de prenda .....	18
2.1. El contrato de prenda .....	18
2.2. La eficacia frente a terceros: la documentación pública del contrato.....	19
2.3. Otras formas de constitución .....	20
A) La constitución <i>mortis causa</i> .....	20
B) La constitución por usucapión .....	20
3. Contenido de la garantía pignoraticia .....	20
4. La posición del deudor pignoraticio.....	21
4.1. El deudor pignoraticio como pignorante .....	21
4.2. La pertenencia de la cosa pignorada a tercero: el pignorante no deudor.....	22
5. Derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio .....	22
5.1. Las obligaciones del acreedor pignoraticio.....	22
5.2. Los derechos del acreedor pignoraticio.....	22
5.3. El derecho de retención .....	23
5.4. El llamado <i>pignus gordianum</i> .....	24
5.5. El ejercicio de las acciones reales .....	25
5.6. El <i>ius distrahendi</i> : la enajenación de la cosa pignorada .....	26
5.7. El derecho preferente de cobro .....	27
6. Extinción.....	27
7. Supuestos especiales de garantía real pignoraticia .....	28
7.1. La prenda de cosa fungible: la prenda irregular .....	28
7.2. La prenda de derechos.....	29
7.3. La prenda de créditos .....	30
7.4. La prenda de valores.....	31
7.5. Las prendas constituidas en favor de los Montes de Piedad .....	33
Nota bibliográfica .....	34
Anexo. Cuadro estadístico sobre las prendas constituidas en favor de los Montes de Piedad .....	36

**CAPÍTULO 3  
LA HIPOTECA**

1. Concepto y evolución de la hipoteca .....	38
1.1. Apunte histórico.....	38
1.2. La noción legal contemporánea .....	39
2. Notas fundamentales y características de la hipoteca.....	40
2.1. La inscripción registral como requisito constitutivo .....	40
2.2. La hipoteca como derecho de garantía de carácter accesorio .....	41
2.3. La hipoteca como derecho real sin desplazamiento posesorio: relaciones entre el crédito y la hipoteca.....	41
2.4. La hipoteca como instrumento crediticio .....	42
2.5. La transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios: Orden de 5 de mayo de 1994 y Ley 2/2009, de 31 de marzo .....	44
3. Clasificación de las hipotecas .....	45
4. Las hipotecas voluntarias y legales.....	46
4.1. Noción general .....	46
4.2. Supuestos de hipoteca legal .....	47
5. Los créditos preferentes denominados hipotecas legales tácitas .....	47
5.1. Los créditos tributarios .....	48
5.2. Los créditos de los aseguradores .....	48
5.3. La naturaleza de crédito preferente.....	48
6. Las hipotecas legales en el ámbito familiar .....	49
6.1. La hipoteca legal en favor de la mujer casada .....	50
6.2. La hipoteca legal en favor de los hijos sometidos a patria potestad .....	50
6.3. La hipoteca legal en favor de menores e incapacitados en relación con los tutores.....	51
7. La constitución de la hipoteca .....	51
7.1. Planteamiento general: la opción innovadora del Código Civil .....	52
7.2. El carácter constitutivo de la hipoteca en la LEC-2000.....	53
7.3. La constitución de las hipotecas voluntarias .....	54
7.4. La constitución de las hipotecas legales.....	54
Nota bibliográfica .....	55

**CAPÍTULO 4  
LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA**

1. La obligación garantizada con la hipoteca, en general .....	58
1.1. El planteamiento tradicional.....	58
1.2. La flexibilización del mercado hipotecario y la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 .....	58

	Pág.
2. Hipoteca de tráfico, de seguridad y de máximo .....	59
2.1. Hipoteca de tráfico u ordinaria.....	59
2.2. Hipoteca de seguridad .....	60
2.3. Hipoteca de máximo o <i>hipoteca flotante</i> .....	60
3. Los intereses de la obligación asegurada .....	61
3.1. Introducción.....	61
3.2. Bienes hipotecados en poder del tercer poseedor.....	62
3.3. Continuidad de la pertenencia de los bienes al deudor hipotecario.	62
3.4. Precisiones complementarias.....	63
3.5. Los intereses variables.....	64
3.6. El llamado euribor hipotecario.....	65
3.7. Los intereses moratorios .....	66
3.8. Las costas y gastos .....	67
4. Especialidades hipotecarias en atención a la obligación asegurada .....	67
4.1. Obligaciones futuras y sometidas a condición.....	67
A) Obligaciones futuras y sometidas a condición suspensiva .....	68
B) Obligaciones sometidas a condición resolutoria.....	68
4.2. Obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador .....	68
4.3. Cuentas corrientes de crédito.....	69
4.4. Rentas o prestaciones periódicas.....	71
4.5. La hipoteca unilateral.....	72
4.6. La hipoteca inversa .....	75
Nota bibliográfica .....	76

## CAPÍTULO 5

### EL OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

1. Bienes susceptibles de hipoteca.....	80
2. Peculiaridades de ciertas hipotecas por razón del objeto .....	81
2.1. La hipoteca del derecho de usufructo .....	81
2.2. La hipoteca de la nuda propiedad .....	82
2.3. La hipoteca de los bienes previamente hipotecados.....	82
2.4. La subhipoteca .....	83
2.5. La hipoteca del derecho de superficie y otros derechos análogos.	83
2.6. La hipoteca de las concesiones administrativas .....	84
2.7. La hipoteca del retracto convencional y de los bienes vendidos con pacto de retro .....	84
2.8. La hipoteca de los bienes litigiosos .....	85
2.9. La hipoteca de los bienes sujetos a condiciones resolutorias ex- presas.....	85
2.10. La hipoteca de los pisos y/o locales sometidos al régimen de pro- piedad horizontal.....	85
2.11. La hipoteca del remate .....	85
3. Los derechos reales no hipotecables .....	86

	Pág.
3.1. Las servidumbres .....	86
3.2. Los usufructos legales.....	87
3.3. Los derechos de uso y habitación .....	87
4. La extensión objetiva de la hipoteca.....	87
4.1. La extensión natural de la hipoteca .....	88
A) Acciones naturales .....	88
B) Mejoras.....	89
C) Indemnizaciones.....	89
D) Otros aspectos .....	89
4.2. La extensión convencional de la hipoteca .....	89
4.3. La extensión objetiva de la hipoteca respecto al tercer poseedor ...	90
5. Distribución de la responsabilidad hipotecaria .....	91
5.1. Agrupación o agregación de fincas .....	92
5.2. División o segregación de la finca hipotecada .....	92
5.3. La cotitularidad del crédito hipotecario .....	93
5.4. La hipoteca de cuotas indivisas: el artículo 217 del Reglamento Hi- potecario.....	94
5.5. La hipoteca conjunta sobre edificios en régimen de propiedad ho- rizontal.....	94
Nota bibliográfica .....	95

## CAPÍTULO 6

### CONTENIDO Y EFECTOS DE LA HIPOTECA

1. Contenido y efectos de la hipoteca .....	98
2. La venta de finca hipotecada .....	99
2.1. La subrogación del adquirente: la asunción liberatoria .....	100
2.2. La transmisión de la finca: el tercer poseedor .....	101
3. La subrogación hipotecaria a instancia del deudor: la Ley 2/1994 .....	103
3.1. La Ley 2/1994 de subrogación y modificación de los préstamos hi- potecarios .....	103
3.2. La ampliación de supuestos novatorios de carácter modificativo operada por la Ley 41/2007 .....	103
4. La fase de seguridad de la hipoteca: facultades del acreedor hipotecario.	105
4.1. La acción de deterioro o devastación .....	105
4.2. La subrogación real .....	106
5. La cesión del crédito hipotecario.....	107
5.1. La escritura pública .....	108
5.2. La inscripción registral de la cesión .....	108
5.3. La puesta en conocimiento del deudor.....	108
5.4. Reglas particulares.....	109
6. Referencia al mercado hipotecario.....	109

	Pág.
6.1. La creación del mercado hipotecario por la Ley 2/1981.....	109
6.2. La modernización del mercado hipotecario: la Ley 41/2007 .....	111
6.3. El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril.....	112
7. El cambio de rango.....	113
7.1. La posposición de hipoteca .....	113
7.2. La permuta de rango hipotecario .....	113
Nota bibliográfica .....	114

## CAPÍTULO 7

### LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

1. La ejecución de la hipoteca.....	116
2. La acción real y la acción personal del acreedor hipotecario.....	116
3. El procedimiento especial de ejecución hipotecaria .....	117
3.1. Introducción: de la Ley Hipotecaria a la LEC-2000.....	117
3.2. Presupuestos de aplicación .....	118
3.3. Referencias de carácter procesal: demanda y subasta.....	119
3.4. La posesión interina de la finca hipotecada y el pacto anticrético.....	122
3.5. La cancelación de las cargas y gravámenes posteriores .....	122
3.6. La ejecución hipotecaria y la subsistencia de los arrendamientos.	123
3.7. La anticipación del vencimiento del crédito hipotecario .....	124
3.8. Cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusivas por la STC 792/2009 .....	127
3.9. Otras formas de realización de los bienes hipotecados.....	128
A) Convenio de realización .....	129
B) Realización del bien por persona o entidad especializada .....	129
C) Subasta judicial .....	129
4. El procedimiento ejecutivo ordinario .....	130
4.1. La regulación en la LEC de 1881 .....	130
4.2. El ejercicio de la acción hipotecaria en el juicio ejecutivo conforme a la LEC-2000.....	131
5. La venta extrajudicial del bien hipotecado .....	132
5.1. El Real Decreto 290/1992 .....	133
5.2. El domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones.....	134
5.3. Pacto expreso y estipulación separada .....	134
5.4. Limitación a las hipotecas ordinarias.....	135
5.5. Otros aspectos .....	135
6. Plazo de ejercicio de la acción hipotecaria .....	136
6.1. La prescripción de la acción hipotecaria.....	136
6.2. La caducidad de la hipoteca.....	137

	Pág.
7. Extinción de la hipoteca.....	137
7.1. Derivada de la extinción de la obligación asegurada.....	138
7.2. Extinción de la hipoteca pese a la subsistencia de la obligación asegurada.....	138
Nota bibliográfica .....	139

CAPÍTULO 8

**LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS  
SIN DESPLAZAMIENTO POSESORIO**

1. Introducción .....	142
1.1. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento .....	143
1.2. Precedentes legislativos .....	143
1.3. Los presupuestos básicos de la nueva formulación legislativa .....	144
1.4. Significado y alcance actuales de las garantías reales mobiliarias.....	145
2. Bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria .....	146
2.1. La hipoteca del establecimiento mercantil.....	146
2.2. La hipoteca de los vehículos de motor .....	147
2.3. La hipoteca de las aeronaves.....	148
2.4. La hipoteca de maquinaria industrial .....	148
2.5. La hipoteca de la propiedad intelectual e industrial .....	150
3. La prenda sin desplazamiento de la posesión.....	150
3.1. El deudor pignorante.....	150
3.2. Bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento .....	151
A) Prenda agraria .....	151
B) Prenda industrial o comercial .....	152
C) Prenda artística o histórica .....	152
D) Prenda de titularidades administrativas .....	152
E) Prenda de créditos.....	152
3.3. La identificación de los bienes sujetos a prenda sin desplazamiento .....	152
4. Disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de la posesión .....	153
4.1. Relativas a los bienes afectos a las garantías .....	153
4.2. La constitución de las garantías mobiliarias: la inscripción constitutiva.....	154
4.3. La extensión legal de la garantía a las indemnizaciones .....	155
4.4. La preferencia del titular de la garantía real mobiliaria .....	155
4.5. Plazo de prescripción de la acción real .....	156
5. Referencia a los procedimientos de ejecución.....	156
Nota bibliográfica .....	157

**CAPÍTULO 9**  
**LA ANTICRESIS**

1.	Concepto y características .....	160
1.1.	Introducción .....	160
1.2.	Características básicas .....	160
1.3.	Clases de anticresis .....	161
2.	Naturaleza de la anticresis .....	162
3.	Constitución de la anticresis .....	163
4.	El contenido de la anticresis .....	164
5.	Derechos, facultades y obligaciones del acreedor anticrético .....	164
5.1.	El goce posesorio y la percepción de frutos .....	164
5.2.	La obligación de conservación de la cosa .....	165
5.3.	El derecho de realización del valor .....	165
5.4.	El derecho de retención .....	166
6.	La posición del deudor anticrético .....	166
	Nota bibliográfica .....	166

**PARTE SEGUNDA**  
**LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

**CAPÍTULO 10**  
**LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

1.	La categoría sistemática de los derechos de adquisición preferente .....	170
1.1.	Facultad de disposición y derechos reales de adquisición preferente .....	170
1.2.	Origen legal y convencional de los derechos de adquisición preferente .....	171
1.3.	El contenido jurídico-real de los derechos de adquisición preferente .....	172
2.	El tanteo y el retracto .....	173
2.1.	Concepto .....	173
2.2.	Identidad de función y momento temporal divergente .....	173
2.3.	Interdependencia entre el tanteo y el retracto .....	174
3.	El retracto en el Código Civil: el retracto legal .....	174
3.1.	El llamado retracto legal .....	175
3.2.	Retracto de comuneros o copropietarios .....	177
3.3.	Retracto de colindantes .....	178
3.4.	Retracto de coherederos .....	179
3.5.	Tanteo y retracto enfiteúticos .....	179

	Pág.
4. Otros supuestos de derechos de adquisición preferente de origen legal: los retractos arrendaticios.....	180
4.1. Tanteo y retracto en favor del arrendatario de fincas rústicas.....	180
4.2. Tanteo y retracto en favor del arrendatario de fincas urbanas (TR-LAU 1964).....	181
4.3. Tanteo y retracto en favor del arrendador de locales de negocio (TR-LAU 1964).....	181
4.4. Los derechos de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994).....	182
5. El denominado retracto convencional .....	182
5.1. El retracto convencional.....	182
5.2. La función de la venta con pacto de retro .....	183
5.3. Régimen jurídico básico .....	183
5.4. El pacto de retroventa como derecho real.....	184
6. El derecho de opción.....	185
6.1. La opción de compra y la opción de venta .....	185
6.2. La opción de compra como derecho real .....	185
Nota bibliográfica .....	186

**PARTE TERCERA**  
**LA POSESIÓN**

**CAPÍTULO 11**  
**LA POSESIÓN**

1. Perfil histórico y formulaciones de la posesión .....	192
1.1. Introducción.....	192
1.2. La Ley de Bases de 1888: la posesión como emanación del dominio .....	193
1.3. La ubicación normativa y sistemática de la posesión .....	194
1.4. La posesión como hecho .....	194
1.5. <i>Ius possidendi</i> e <i>ius possessionis</i> .....	195
2. La naturaleza de la posesión.....	197
3. El fundamento de la protección posesoria.....	198
4. Las clases de posesión .....	199
4.1. Posesión civil y posesión natural: la posesión en concepto de dueño .....	199
4.2. Posesión en concepto de titular y de no titular .....	200
4.3. La posesión en nombre propio o en nombre ajeno: el denominado «servidor de la posesión».....	201
4.4. Posesión mediata e inmediata.....	203
4.5. Posesión injusta o viciosa.....	204

	Pág.
4.6. Posesión de buena y de mala fe .....	205
4.7. La tolerancia posesoria y la posesión precaria .....	207
Nota bibliográfica .....	209

## CAPÍTULO 12

### ADQUISICIÓN, CONTINUACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

1. Sujetos de la posesión .....	212
1.1. Las reglas de capacidad .....	212
1.2. La coposesión .....	212
2. El objeto de la posesión .....	213
2.1. La posesión de las cosas .....	213
2.2. La posesión de los derechos .....	213
2.3. La susceptibilidad de apropiación .....	214
3. Adquisición de la posesión .....	215
3.1. La ocupación material .....	215
3.2. La transmisión de la posesión .....	216
3.3. La transmisión por ministerio de la ley: la llamada posesión civilí- sima .....	217
4. Adquisición por sí y por representante .....	218
4.1. La representación en la adquisición de la posesión .....	218
4.2. La adquisición de la posesión por el gestor sin mandato .....	218
5. La continuación de la posesión: las presunciones posesorias .....	219
5.1. Presunción de buena fe .....	220
5.2. Presunción de continuidad posesoria .....	220
5.3. Presunción de titularidad o de legitimidad posesoria .....	221
5.4. Presunción de posesión accesoria de bienes muebles .....	222
5.5. Presunción de posesión intermedia .....	222
6. La pérdida de la posesión .....	222
6.1. El abandono de la cosa .....	222
6.2. La cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito .....	223
6.3. La destrucción o pérdida total de la cosa .....	223
6.4. La posesión ajena: el despojo posesorio .....	224
Nota bibliográfica .....	225

## CAPÍTULO 13

### LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN

1. Los efectos de la posesión en general .....	228
1.1. El goce y disfrute de la cosa .....	228
1.2. Las presunciones favorables al poseedor (remisión) .....	228
1.3. Otros efectos .....	229

	Pág.
2. La liquidación del estado posesorio .....	229
2.1. Noción general .....	229
2.2. El criterio de la buena o mala fe .....	230
2.3. El régimen de los frutos.....	230
2.4. Los gastos .....	231
A) Gastos necesarios .....	232
B) Gastos útiles o mejoras .....	232
C) Gastos suntuarios .....	232
2.5. La responsabilidad del poseedor por deterioro o pérdida de la cosa.	233
2.6. El prorrateo de las cargas.....	234
2.7. La virtualidad de las reglas del Código Civil sobre la liquidación del estado posesorio.....	234
3. La eficacia legitimadora de la posesión de bienes muebles: la adquisi- ción <i>a non domino</i> .....	235
3.1. Planteamiento del tema.....	235
3.2. El artículo 85 del Código de Comercio.....	236
3.3. El artículo 464 del Código Civil: la equivalencia entre posesión y título.....	237
A) Tesis romanista .....	237
B) Tesis germanista .....	237
C) La jurisprudencia .....	238
4. La protección de la posesión.....	240
4.1. Los interdictos de retener y recobrar la posesión.....	240
A) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.....	241
B) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 .....	241
C) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.....	242
4.2. La acción publiciana.....	243
4.3. El denominado interdicto de adquirir: la posesión de los bienes he- reditarios .....	245
Nota bibliográfica .....	246
Bibliografía monográfica sobre el artículo 464 del CC.....	247

**PARTE CUARTA**  
**DERECHO HIPOTECARIO**

CAPÍTULO 14

**DERECHO HIPOTECARIO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

1. Introducción: forma y publicidad en las relaciones jurídico-inmobilia- rias .....	254
2. Derecho hipotecario o Derecho registral inmobiliario.....	254
2.1. La precedencia temporal de la Ley Hipotecaria respecto del Cód- igo Civil.....	254

	Pág.
2.2. «Sistemas» y «principios» hipotecarios.....	255
2.3. La legislación hipotecaria española.....	256
2.4. La Ley 24/2005, de reformas para el impulso de la productividad.....	257
3. El Registro de la Propiedad .....	258
3.1. La publicidad registral en general .....	258
3.2. El Registro de la Propiedad en cuanto institución .....	259
3.3. La publicidad formal del Registro de la Propiedad .....	261
4. Sistema del folio real y libros registrales .....	261
4.1. Folio real y Libro de Inscripciones .....	261
4.2. Libros Índices.....	262
4.3. Libro Diario.....	262
4.4. Libro-Registro de entrada .....	263
4.5. Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición.....	264
4.6. Otros libros del Registro.....	264
5. El Registrador de la Propiedad.....	264
Nota bibliográfica .....	264

## CAPÍTULO 15

### EL OBJETO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

1. La finca registral.....	268
1.1. Las fincas propiamente dichas.....	268
1.2. Las fincas especiales .....	268
A) Las fincas discontinuas .....	268
B) El agua .....	269
C) Las concesiones administrativas .....	269
1.3. La descripción de la finca.....	270
2. La inmatriculación de la finca.....	271
2.1. La inmatriculación o primera inscripción del dominio .....	271
2.2. La inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas .....	271
2.3. Los medios de inmatriculación .....	272
2.4. El expediente de dominio .....	272
2.5. Los títulos públicos de adquisición, complementados en su caso por acta de notoriedad.....	273
2.6. La certificación de dominio de Entidades públicas (art. 206 de la LH).....	274
2.7. La doble inmatriculación .....	275
3. Modificaciones de la finca registral.....	277
3.1. Agrupación de fincas .....	277
3.2. División de finca .....	277
3.3. Segregación de fincas .....	277
3.4. Agregación de fincas .....	278

	Pág.
4. Actos y derechos inscribibles .....	278
5. La inscripción de los derechos reales inmobiliarios como regla .....	279
5.1. Los pasajes normativos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria .....	279
5.2. Crítica del casuismo del precepto .....	279
6. La inscripción de relaciones jurídicas de naturaleza personal .....	281
6.1. La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles.....	281
6.2. La inscripción de la opción de compra .....	283
7. La inscripción de las resoluciones judiciales relativas a la capacidad de las personas.....	283
Nota bibliográfica .....	284

**CAPÍTULO 16**  
**EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO**

1. El procedimiento hipotecario .....	286
1.1. Concepto.....	286
1.2. Naturaleza del procedimiento hipotecario.....	286
2. El acceso de los títulos al Registro de la Propiedad .....	287
2.1. El carácter público de los documentos susceptibles de inscripción.....	288
2.2. La admisión excepcional de los documentos privados.....	288
2.3. La presentación del título y la petición de inscripción.....	289
2.4. El asiento de presentación .....	290
A) Prioridad en sentido formal .....	292
B) Prioridad en sentido material .....	292
3. La función calificadora del Registrador.....	292
3.1. Las materias objeto de calificación.....	292
3.2. El resultado de la calificación: faltas subsanables e insubsanables.	294
3.3. El llamado recurso gubernativo .....	295
4. La dinámica de las inscripciones registrales .....	299
4.1. La exigencia del tracto sucesivo .....	299
4.2. La prioridad registral.....	300
5. La prioridad registral: títulos compatibles e incompatibles .....	301
5.1. Los títulos incompatibles y el cierre registral .....	301
5.2. El rango registral de los títulos compatibles.....	302
6. Quiebra y reanudación del tracto sucesivo .....	302
7. La vigencia de los asientos: referencia a la caducidad y la cancelación.	302
Nota bibliográfica .....	304

**CAPÍTULO 17**  
**LA INSCRIPCIÓN Y SUS EFECTOS**

1.	Inscripción y asiento registral.....	306
1.1.	El concepto técnico de inscripción.....	306
1.2.	Clases de inscripciones y significado de la inscripción en Derecho español.....	307
A)	Inscripción constitutiva.....	307
B)	Inscripción obligatoria.....	307
C)	Inscripción declarativa.....	308
1.3.	Los estímulos a la inscripción: el artículo 319 de la Ley Hipotecaria.....	308
1.4.	Valor de la inscripción en relación con la tradición.....	309
2.	Los efectos de la inscripción, en general.....	309
2.1.	Noción inicial de la legitimación registral.....	310
2.2.	Noción inicial de la fe pública registral.....	310
3.	La legitimación registral.....	311
3.1.	En general: la exactitud del Registro.....	311
3.2.	La realización de actos dispositivos: la presunción de pertenencia.....	311
3.3.	La presunción posesoria.....	312
4.	La eficacia de la inscripción registral respecto de la usucapión.....	312
4.1.	La usucapión en favor del titular inscrito (o <i>secundum tabulas</i> )....	313
4.2.	La usucapión <i>contra tabulas</i> o en contra del titular inscrito.....	313
A)	Carencia en el titular inscrito de la condición de tercero hipotecario.....	313
B)	Titular registral con condición de tercero hipotecario.....	314
4.3.	Las reglas sobre usucapión liberatoria o <i>usucapio libertatis</i> .....	314
4.4.	Referencia a la prescripción extintiva.....	316
5.	La legitimación desde la perspectiva procesal.....	316
5.1.	Eficacia probatoria de la inscripción.....	317
5.2.	Sobreseimiento de los procedimientos de apremio: la tercería registral.....	317
5.3.	Ejercicio del procedimiento sumario regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.....	318
5.4.	El ejercicio del juicio verbal por los titulares de los derechos reales inscritos conforme a la LEC-2000.....	318
6.	Las restricciones de los efectos de la inscripción.....	319
6.1.	La intrascendencia sanatoria <i>inter partes</i> de la inscripción.....	319
6.2.	La prueba en contrario: las inexactitudes registrales y su rectificación.....	320
	Nota bibliográfica.....	321

**CAPÍTULO 18**  
**LA FE PÚBLICA REGISTRAL**

1. La protección del tercero: la fe pública registral .....	324
1.1. La fe pública registral en sentido positivo.....	325
1.2. La fe pública registral en sentido negativo.....	325
2. Concepto de tercero hipotecario.....	325
3. Presupuestos de la condición de tercero .....	326
3.1. La adquisición a título oneroso.....	327
3.2. La adquisición de buena fe.....	327
3.3. La adquisición del titular registral anterior .....	328
3.4. La inscripción de su propia adquisición .....	329
4. Alcance y ámbito de la fe pública registral .....	330
4.1. La eficacia respecto de terceros .....	330
4.2. Circunstancias excluidas de la fe pública registral .....	330
4.3. La ineficacia de la adquisición del transmitente .....	331
A) Las acciones rescisorias y resolutorias.....	332
B) La revocación de donaciones.....	332
C) El ejercicio de los retractos legales.....	333
D) La rescisión por fraude de acreedores .....	333
Nota bibliográfica .....	334

**CAPÍTULO 19**  
**LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS Y LOS RESTANTES**  
**ASIENTOS REGISTRALES**

1. Concepto y caracterización general de las anotaciones preventivas .....	336
2. Enumeración y clasificación de las principales anotaciones.....	337
3. Las anotaciones preventivas representativas de otro asiento .....	338
4. Las anotaciones preventivas relativas a los derechos en litigio: la anotación preventiva de demanda .....	339
4.1. Ámbito de aplicación de la anotación preventiva de demanda.....	339
4.2. Práctica de la anotación .....	340
4.3. Plazo de vigencia de la anotación preventiva de demanda .....	340
4.4. Los efectos de la anotación preventiva de demanda.....	341
A) Desestimación de la demanda .....	341
B) Estimación de la demanda.....	341
5. Las anotaciones preventivas en función de garantía.....	342
5.1. La anotación preventiva de embargo.....	342
A) Título e inscripción posterior a la anotación preventiva de embargo.....	343

	<u>Pág.</u>
B) Inscripciones posteriores a la anotación preventiva de embargo basadas en títulos anteriores .....	343
5.2. La anotación preventiva de los créditos refaccionarios .....	344
5.3. La anotación preventiva de derechos de ciertos cesionarios .....	347
5.4. Las anotaciones preventivas a favor de los legatarios .....	347
6. Las anotaciones preventivas de valor negativo .....	347
6.1. Anotaciones preventivas de demanda sobre la capacidad de las per- sonas .....	348
6.2. Anotaciones preventivas de secuestro y de ciertas prohibiciones de disponer .....	348
7. Los restantes asientos registrales .....	349
7.1. Las notas marginales .....	349
A) Notas marginales representativas de asientos principales.....	350
B) Notas marginales que publican modificaciones.....	350
C) Notas marginales de oficina .....	350
7.2. Las menciones registrales.....	351
Nota bibliográfica .....	351

## PRÓLOGO A LA OCTAVA EDICIÓN

*La inexistencia de suficiente número de ejemplares en distribución de la anterior edición, cerrada el pasado verano de 2009, ha aconsejado revisar y completar algunos aspectos de la obra, aunque naturalmente este tomo de Derechos reales y Derecho hipotecario, conocido ya en el ámbito universitario desde hace ya algunos lustros y contrastado por la utilización diaria de millares de personas, se mantiene en sus acreditadas líneas esenciales.*

*La presente edición ha tenido por objeto central dar cuenta de la relevante Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, dictada con ocasión de un recurso de casación planteado por la Organización de Consumidores y Usuarios en materia de cláusulas abusivas insertadas en los contratos de préstamo hipotecario. La sentencia es extensa y rica en matices, por lo que, verdaderamente, ha dado lugar a su consideración en distintos pasajes de la obra, atendiendo sobre todo a los tipos de cláusulas que han sido declaradas ilegales por el Tribunal Supremo.*

*Así pues, en la presente ocasión no hay disposiciones legislativas que reseñar, dada la absoluta actualización de la obra. En efecto, la sexta edición (2008) tuvo por objeto principal atender a las numerosas novedades normativas de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, mientras que en la séptima (2009) llevamos a cabo la adaptación del texto de la obra a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, además de incorporar las oportunas referencias al Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (que desarrolla reglamentariamente la Ley del Mercado Hipotecario), revisar cuestiones de detalle y, sobre todo, realizar la valoración del nuevo momento económico desencadenado por la crisis financiera mundial del año 2007, radicalmente preterida y desconocida por la primera de las leyes citadas, cuyos parámetros normativos partían de la base de la indiscutible bondad de un sistema financiero, especulativo al máximo, que hacía aguas en los mismos meses en los que nuestros parlamentarios nacionales debatían en las Cortes Generales dicha Ley 41/2007.*

*Interesa seguir destacando que la pretendida flexibilización y sobre todo abstracción del mercado financiero que subyace a lo largo del tenor literal de la Ley 41/2007, ha quedado en la práctica convertida en agua de borrajas por mor de las circunstancias económicas reales, a nivel mundial ciertamente, y probable-*

*mente muchas de sus normas no llegarán a encontrar aplicación práctica alguna, por mucho que fuera el voluntarismo del legislador de 2007, obsesionado con la movilización del crédito hasta el extremo de que, como es sabido, una de sus preocupaciones señeras era establecer «un marco adecuado que permitiera] la posibilidad de movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento» (punto VII de la Exposición de Motivos), continuando así con la perspectiva especulativa hasta su grado máximo, «vendiendo puro humo», como tanto se ha denunciado en los medios de comunicación, hasta el propio colapso del sistema.*

*Por tanto, debemos seguir advirtiendo en el pórtico de esta obra de la necesidad de abordar el estudio de las reformas introducidas por la Ley 41/2007 con especial espíritu crítico y con sano escepticismo, pues aunque otra cosa parezca el BOE no santifica las meras ocurrencias injustificadas.*

*De otro lado, advertíamos en las dos anteriores ediciones que, conforme a nuestra costumbre habitual de no confundir leyes o proyectos in itinere in itinere con normas ciertamente aplicables, no tuvimos en cuenta algunos proyectos de ley, limitándonos a recordar que el proyecto sobre jurisdicción voluntaria había de ser tenido en cuenta en relación con el expediente de dominio, en su caso. Y que algo parecido debíamos decir en relación con el proyecto de ley de prelación de créditos en casos de ejecución singular, dada la importancia del tema y su incidencia en la posición del acreedor hipotecario en relación con los demás acreedores. Ambos proyectos decayeron al finalizar la legislatura 2004-2008 y, al día de hoy, todavía no han sido presentados de nuevo a la Cortes Generales. Así pues, acertamos en las dos anteriores ediciones, dado que no había seguridad alguna de que tales proyectos fueran a convertirse en ley por muy relevantes e insistentes que fueran las intervenciones mediáticas de algunas personalidades del actual stablishment político que convierten los anuncios de reforma en sistemáticas ocasiones perdidas y hueras intenciones.*

*Para lo dicho o para cualesquiera otros extremos, desearíamos animar a todas las personas que utilicen este libro a transmitirnos las sugerencias, críticas u observaciones que consideren pertinentes, pues es seguro que tales consideraciones resultarán siempre enriquecedoras para la mejora de la obra. Gracias anticipadas.*

Madrid, julio de 2010.

Carlos LASARTE

Facultad de Derecho/UNED  
Apartado 60.140  
28040-Madrid  
[clasarte@der.uned.es](mailto:clasarte@der.uned.es)

# CAPÍTULO 1

## LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

### SUMARIO

#### 1. Introducción.

- 1.1. Observaciones sistemáticas.
- 1.2. Advertencia pedagógica.

#### 2. La sistemática básica del Código Civil.

- 2.1. La regulación en sede contractual.
- 2.2. Las reglas generales de contenido jurídico-real relativas a la prenda y a la hipoteca.

#### 3. Los presupuestos técnicos de la Codificación en la sistematización de los derechos reales de garantía.

- 3.1. La condición de los bienes objeto de garantía real.
- 3.2. La posesión de los bienes gravados.

#### 4. La evolución legislativa posterior al Código: las garantías reales mobiliarias.

#### 5. Caracterización general de los derechos reales de garantía.

- 5.1. La amplitud de la obligación garantizada y la accesoriedad de los derechos reales de garantía.
- 5.2. La indivisibilidad de los derechos reales de garantía.
- 5.3. La especialidad.
- 5.4. La reipersecutoriedad.

#### 6. Las facultades de venta del bien gravado y de cobro preferente.

- 6.1. La facultad de instar la venta del bien gravado (o *ius distrahendi*).
- 6.2. El *ius distrahendi* y la prohibición del pacto comisorio.
- 6.3. El derecho de preferencia en el cobro (o *ius praelationis*).

#### 7. La titularidad de los bienes gravados.

- 7.1. Capacidad dispositiva y propiedad del constituyente.
- 7.2. Deudor y constituyente.

#### Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. OBSERVACIONES SISTEMÁTICAS

En contra de cuanto ocurre con la agrupación sistemática de los derechos de adquisición preferente, como veremos en su momento, la categoría doctrinal de los derechos reales de garantía no responde sólo a un prurito organizador de los autores (y, por tanto, a una «idea teórica»), sino que, al menos, en igual forma, ha de considerarse una categoría sistemática del propio legislador decimonónico y, siguiéndolo, del legislador a nosotros contemporáneo.

El problema estriba precisamente en definir con precisión si la agrupación sistemática llevada a cabo por los Códigos en el siglo XIX fue una consecuencia del *status* doctrinal en aquella época existente o si, al contrario, la opción legal de «codificar» agrupados los derechos de prenda, hipoteca y anticresis constituyó el punto de partida del desarrollo teórico de la categoría.

La cuestión reviste desde luego interés para los tratadistas, pero es más dudoso que, desde el punto de vista pedagógico, sus efectos perniciosos no superen a la posible utilidad conceptual del tratamiento de la cuestión. Eso mismo ocurre, en general, con la mayor parte de las cuestiones y extremos que debemos afrontar en este capítulo introductorio. Si, en términos tipográficos y formales, el capítulo desempeña una función introductoria, es sumamente inseguro que para quien se acerque por primera vez al estudio de los derechos reales de garantía las páginas siguientes representen una habilitación para el aprendizaje de la materia, pues se encuentran quintaesenciados en ellas principios generales del sector normativo en cuestión, que sólo se comprenden *uno ictu* cuando previamente se conoce el régimen propio de los distintos derechos reales de garantía.

### 1.2. ADVERTENCIA PEDAGÓGICA

Equivale ello a aconsejar al destinatario natural de esta obra que realice una lectura reflexiva de este capítulo una vez que haya procedido al acercamiento, al menos inicial, del contenido fundamental de los capítulos sucesivos de esta primera parte del libro. Pues, haciéndolo así, conseguirá sin duda aprehender en seguida cuanto, de otra forma, podría resultarle necesariamente abstracto y generalizante.

Es más, de seguir tal procedimiento de acercamiento a la materia, probablemente el estudio de este capítulo resulte utilísimo, pues sirve de *memorándum* del conjunto del sistema y, en consecuencia, permite fijar y memorizar los aspectos fundamentales de cada uno de los derechos reales de garantía, incluidos los preceptos capitales de nuestro Derecho positivo. Así pues, si el lector lo considera oportuno, puede pasar directamente al estudio de los sucesivos capítulos y, después, volver a éste.

## 2. LA SISTEMÁTICA BÁSICA DEL CÓDIGO CIVIL

### 2.1. LA REGULACIÓN EN SEDE CONTRACTUAL

Advertido ello, debemos partir de un dato normativo de gran importancia: nuestro Código Civil agrupa en el Título XV del Libro IV («De las obligaciones y contratos») el tratamiento *De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*. Resalta, pues, el Código la base contractual de la trilogía típica de los derechos reales de garantía, en vez de subrayar su característica esencial y determinante: constituir figuras propias de derechos reales en función de garantía.

Aunque con variantes, sigue nuestro Código el patrón utilizado por el Código francés (y otros Códigos de la familia latina) que responde básicamente a la idea del momento liberal de reordenar las garantías reales sobre principios esquemáticos muy fáciles de formular y explicar, superando así las borrosas fronteras que históricamente habían existido entre las diversas figuras de los derechos reales de garantía (sobre todo, en Roma) y, en particular, entre prenda e hipoteca.

Además, en nuestro caso concreto, el Código podía permitirse con absoluta tranquilidad la relativa imprecisión de acentuar el momento genético de los derechos reales de garantía (es decir, el aspecto contractual) y dejar en la sombra los aspectos jurídico-reales propiamente dichos de tales derechos, dada la circunstancia de que el sempiterno retraso en la publicación del Código había determinado la publicación en 1861 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, los aspectos jurídico-reales de la figura estelar de los derechos reales de garantía, la hipoteca, habían sido ya determinados legalmente, resultando claro e indiscutible en el ambiente de la época que los aspectos jurídico-reales de los derechos reales de garantía superaban con mucho cualesquiera otras consideraciones.

Partiendo de ello, el Código pudo optar por plasmar en su articulado una escasa regulación de la hipoteca (más que escasa, podríamos incluso decir *mezquina* en relación con la importancia de la figura), remitiéndose en general a la Ley Hipotecaria, y regular, también someramente, la prenda y la anticresis.

### 2.2. LAS REGLAS GENERALES DE CONTENIDO JURÍDICO-REAL RELATIVAS A LA PRENDA Y A LA HIPOTECA

En ratificación de cuanto venimos diciendo, debe subrayarse el contenido y carácter de los artículos integrados en el capítulo I del Título XV del Libro IV (arts. 1.857 a 1.862), que el propio Código intitula como *Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca* y que, como en seguida comprobaremos con cierto detalle, responden a la preocupación del legislador de determinar los caracteres esenciales de los derechos reales de garantía, aunque al redactar el Código —por razones de comodidad expositiva— se decidieran sus autores a excluir de tales «disposiciones comunes» la problemática propia de la «pieza extraña» de la anticresis.

Esto es, aunque la rúbrica del Título XV sugiera que el legislador va a establecer las reglas propias de los contratos de prenda e hipoteca (y anticre-

sis), lo que hace realmente es establecer los principios básicos de alcance jurídico-real de los derechos dimanantes de aquéllos en favor del acreedor hipotecario o pignoraticio. La sede normativa, pues, es lo de menos. De lo que se trata es de fijar la preeminencia de los aspectos jurídico-reales respecto de los aspectos puramente jurídico-obligatorios (*obligacionales*, gustan decir otros autores) presentes en el origen del derecho real correspondiente en el caso de que haya coincidido con la celebración de un contrato *ad hoc* (lo que, por otra parte, suele ser lo más frecuente).

De ahí también la oportunidad del presente capítulo introductorio, sobre todo cuando las ideas doctrinales coinciden con las propias pautas sistematizadoras del legislador, como ocurre en el presente caso.

### **3. LOS PRESUPUESTOS TÉCNICOS DE LA CODIFICACIÓN EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA**

Al igual que en los restantes Códigos, superando la oscuridad histórica en la materia (que hemos de remitir a los pertinentes estudios de otras disciplinas generalmente ya cursadas en la Licenciatura), los criterios decisivos de la regulación de los derechos reales de garantía en el nuestro vienen representados por la naturaleza o condición del bien gravado, de una parte, y, de otra, de la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio del bien gravado al ámbito propio de actuación del titular del correspondiente derecho real.

Los codificadores, transidos como sabemos de espíritu liberal y racionalista, actúan buscando líneas de clarificación y formulando pronunciamientos generales que conforman una nueva forma de entender el Derecho y, en este caso, consideran oportuno establecer dos principios básicos que permitan deslindar con facilidad las diversas formas de las garantías reales. Dicho resultado puede, naturalmente, enjuiciarse de forma negativa o positiva y desarrollarse con mayor o menor extensión, pero es indiscutible: en el momento de la Codificación las diferencias entre prenda e hipoteca adquieren una nitidez que no se había conocido en ninguna otra época histórica anterior. La anticresis, convertida por obra y gracia de la Codificación en derecho real autónomo, se distingue también con claridad de cualquiera de ambas figuras.

En adelante, como es natural, nos referiremos exclusivamente al Código Civil español.

#### **3.1. LA CONDICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE GARANTÍA REAL**

Atendiendo al carácter o a la naturaleza del bien sobre el que recaen, para nuestro Código, se establece una precisa frontera entre el campo de actuación de las figuras de derechos reales de garantía que acepta y configura:

1. La prenda queda reservada para los bienes muebles (art. 1.864);
2. Por el contrario, el objeto propio de la hipoteca son los bienes inmuebles (arts. 1.874 del CC y 106 y ss. de la LH), al igual que ocurre en el caso de la anticresis (art. 1.881).

Así pues, atendiendo al criterio del carácter de los bienes, existe una cerrada coincidencia entre hipoteca y anticresis (aunque, como veremos, la amplitud de los «bienes inmuebles» susceptibles de hipoteca es mayor que el objeto propio de la anticresis).

Naturalmente, la decisión no es caprichosa ni extravagante, sino que se conjuga a la perfección con la segunda de las premisas adoptadas como presupuesto de desarrollo de la materia: la existencia o inexistencia de desplazamiento posesorio en favor del acreedor que, a su vez, es titular del derecho real de garantía.

### 3.2. LA POSESIÓN DE LOS BIENES GRAVADOS

Teniendo en cuenta el criterio del desplazamiento posesorio del bien sujeto o afecto a la garantía, habrían de realizarse básicamente las siguientes observaciones:

1. La prenda requiere que la posesión de la cosa se transmita al acreedor (denominado técnicamente *acreedor pignoraticio*; «prenda» es una derivación romance del término latino *pignus*), al titular del derecho real de garantía.

De añadidura, mientras dicho desplazamiento posesorio no sea efectivo, el derecho real de prenda no habrá nacido, ni tampoco se habrá perfeccionado el contrato de prenda en sí mismo considerado, pues se trata de un *contrato real* (comp. arts. 1.863 y 1.862 del CC).

2. La hipoteca, en cambio, al recaer sobre bienes inmuebles (difícilmente sustraíbles *de facto* a la acción del acreedor) y estar garantizada por el control *jurídico* que representa el Registro de la Propiedad, no requiere que se produzca desplazamiento posesorio alguno: el deudor hipotecario, por tanto, seguirá conservando la posesión y el goce efectivos de la cosa inmueble (o derecho real inmobiliario) objeto de la garantía.

3. Pese a recaer sobre bienes inmuebles, la anticresis presupone, sin embargo, la posesión de la cosa por el acreedor anticrético.

Por tanto, atendiendo al criterio ahora considerado, la hipoteca se separa nítidamente de las otras dos figuras de derechos reales de garantía; mientras que, al contrario, se produce un notorio acercamiento entre el goce posesorio y la adquisición de los frutos de la cosa poseída por parte del acreedor pignoraticio y el del acreedor anticrético, para imputarlos en primer lugar al pago de los intereses y, en caso de no existir, al capital garantizado.

## 4. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA POSTERIOR AL CÓDIGO: LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS

Los criterios sistematizadores propios de la Codificación (y, en nuestro caso, a tales efectos ha de considerarse que la Ley Hipotecaria forma parte del propio Código, tal y como ocurría en el Proyecto de 1851) fueron generalmente bien aceptados en su momento, como manifestación de una regla de racionalidad en la materia que no en pocos aspectos fue recibida incluso con alivio por los juristas dedicados a la práctica del Derecho. Acompañados, además, de la instauración del nuevo mecanismo del Registro de la Propie-

dad y el consiguiente fortalecimiento de la seguridad de la garantía hipotecaria, los criterios elegidos aparecían con todas las bazas ganadas para ser, si no imperecederos, sí al menos francamente duraderos. El paralelismo parecía realmente insuperable: la hipoteca como derecho real recayente sobre los bienes inmuebles; los bienes muebles objeto idóneo de la prenda con desplazamiento posesorio.

Tales principios, en efecto, se mantuvieron incólumes con cierta galanura durante algún tiempo (en nuestro caso, la verdad, escaso, dado el enorme retraso sufrido en la tarea codificadora), pero tras la revolución industrial, ya a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se puso de manifiesto que el ensamblaje entre la prenda y los bienes muebles, tal y como había salido de la fragua codificadora, seguía planteando graves problemas de soldadura. La aparición de bienes muebles de extraordinario valor y la dificultad de obtener garantía en base a tales bienes se manifestó en seguida como una grave falla, insuperable para los criterios codificados.

El primer escollo serio al respecto, representado en España por los buques, que habían de surcar los mares hacia las magras colonias todavía (aunque por poco tiempo) existentes y otros menesteres, lo superó la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 recurriendo a la ficción de que, aunque obviamente no lo fueran, los *buques* habían de ser considerados *inmuebles* a efectos de hipoteca.

La idea de un *buque inmueble*, al menos, no deja de ser divertida y cautivante, una brisa refrescante para el mundo del Derecho, pero su generalización recurrente hubiera resultado, cuando menos, absurda y a la postre insostenible. Tanto que la mayor parte de los países no tuvieron más remedio que «revisar» el planteamiento codificado y, de forma paulatina, pero imparable, se fueron aceptando garantías reales que no se correspondían con el esquema de los Códigos.

La quiebra comienza a producirse en relación con ciertos bienes muebles destinados al servicio de las explotaciones agrarias y con la misma producción agraria, cuya pérdida de posesión por el titular hubiera correspondido a privarle de la continuidad en tales explotaciones. Se acepta, así, la idea de derechos de prenda que siguen recayendo sobre bienes muebles, pero que se estructuran negando el desplazamiento posesorio en favor del acreedor pignoraticio, esto es, continuando en posesión del deudor. Dando un paso imaginativo más, algo después, se llega a la admisión de ciertos derechos de hipoteca que recaen sobre bienes muebles de reconocido valor e identificabilidad, bienes de naturaleza mobiliaria, de la hipoteca mobiliaria.

El final del proceso es obvio: los parámetros del Código han perdido su significado, aunque en reconocimiento del mérito de los codificadores hay que decir que las garantías mobiliarias no han llegado a alcanzar, ni de lejos, la importancia de la figura estelar de los derechos reales de garantía: la hipoteca. Sin embargo, tal resultado definitivo (por ahora) de la evolución legislativa, acarrea de entrada un cierto problema terminológico y la necesidad de distinguir entre los siguientes tipos de garantía real y, en su caso, sus correspondientes variantes:

1. Hipoteca (por supuesto inmobiliaria o propia).
2. Prenda (común u ordinaria, con transferencia o desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor).
3. Anticresis.
4. Hipoteca mobiliaria, y
5. Prenda sin desplazamiento de la posesión.

En general, debe entenderse en esta exposición que cuando algo se diga respecto de la hipoteca y de la prenda sin utilizar calificativo alguno o cualquier otro tipo de precisión complementaria, estamos hablando de la hipoteca inmobiliaria y de la prenda ordinaria con desplazamiento posesorio.

En líneas generales, pues, la creación legal de las garantías mobiliarias afecta a la línea de flotación de lo que antes hemos denominado «presupuestos de la Codificación», evidentemente alterados o modificados con la aparición legislativa de las nuevas formas *mobiliarias* de garantía. Sin embargo, yendo al fondo de la regulación a nosotros contemporánea, ha de subrayarse que la disciplina o reglamentación de las garantías reales mobiliarias no ha supuesto una alteración o desfiguración de las características propias de los derechos reales de garantía que, en base a las «disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca» ínsitas en el Código Civil, vamos a considerar a continuación.

Todo ello, por supuesto, a salvo de posteriores precisiones, como se comprenderá, pues un capítulo introductorio no puede convertirse en términos lógicos en la exposición vicaria, por muy compendiada que se pretenda, de los correspondientes y restantes capítulos.

## **5. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA**

Las diferencias señaladas entre la prenda y la hipoteca, de una parte, y, de otra, la posterior creación de las garantías reales mobiliarias, no pueden ocultar, sin embargo, que el régimen básico de las figuras apuntadas es, en lo fundamental, coincidente (de lo contrario, obsérvese, resultaría incomprensible e ilógica su agrupación bajo el común denominador de derechos reales de garantía).

Así pues, una vez resaltada la diferenciación entre las diversas figuras de derechos reales de garantía, vamos a dedicar las siguientes páginas de este capítulo a poner de relieve los rasgos comunes a todas ellas, avanzando desde luego que el concreto desarrollo normativo y la complejidad del alcance de tales características es incomparablemente mayor en la hipoteca que en las restantes figuras.

Pero, con independencia de ello, es correcto, en principio, afirmar que todos los derechos reales pueden ser caracterizados con arreglo a las notas que a continuación vamos a considerar.

### **5.1. LA AMPLITUD DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y LA ACCESORIEDAD DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA**

Los derechos reales de garantía se constituyen siempre para asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente (el préstamo, por ejemplo, no

se libra mientras el deudor no constituya hipoteca sobre la finca o entregue en prenda una diadema de brillantes), denominada técnicamente, por lo común, en la doctrina *obligación garantizada*, pese a que legalmente priman las expresiones de *obligación principal* u *obligación asegurada* (el art. 1.857.1.º del CC, por ejemplo, considera que es requisito esencial de la prenda e hipoteca «Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una *obligación principal*»).

Naturalmente, las expresiones resaltadas son todas sinónimas y, por tanto, la utilización de cualquiera de ellas es plenamente correcta, dependiendo el uso de una u otra sencillamente de premisas gramaticales y, en particular, de la evitación de la redundancia.

Los derechos reales de garantía (como afirma textualmente el art. 1.861 respecto de los contratos de prenda e hipoteca) «pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria».

Aunque nada se indique al respecto en las «disposiciones comunes» que estamos contemplando, la obligación garantizada debe ser evaluable económicamente y quedar fijada, en el momento de la constitución de la garantía real, en un montante pecuniario, en una cifra o cantidad dineraria (o criterios o fórmulas que permitan determinarla) que, comprendiendo tanto la obligación principal cuanto sus accesorias, delimiten su cuantía.

De la preexistencia de la obligación garantizada se deduce lógica y técnicamente la característica de la *accesoriedad* de los derechos reales de garantía, que, en principio, sólo pervivirán mientras la obligación principal se encuentra subsistente y pendiente de cumplimiento.

Semejante característica, en términos de pura lógica formal, es ciertamente paradójica, pues determina el resultado de que un derecho real se constituya como accesorio y dependiente de un derecho de crédito, cuando éste es un derecho subjetivo de menor entidad, alcance y eficacia que el propio derecho real, ejercitable *erga omnes* y directamente sobre los bienes.

La paradoja reseñada tiene tal fuerza argumental que ha originado uno de los característicos debates teóricos del siglo XIX y ha llevado a algunos relevantes autores a negar el carácter de derecho real a los derechos de garantía, configurándolos como créditos especialmente protegidos o como singulares prerrogativas procesales. No nos extenderemos en semejante debate, pues quienes tal cosa pretenden son radicalmente minoritarios y además, a nuestro juicio, olvidan datos fundamentales de nuestro propio sistema positivo, que han sido objeto de reiterados pronunciamientos por la jurisprudencia.

## 5.2. LA INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

La eficacia y pervivencia temporal de las garantías reales será efectiva hasta que no se produzca el total e íntegro cumplimiento de la obligación garantizada y, en su caso, de las obligaciones accesorias de ella dimanantes.

Por tanto, el cumplimiento parcial o la división de la obligación principal no conllevará la división del derecho real de garantía. Tal y como dispo-

ne el artículo 1.860.1 del Código: «La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor».

En tal sentido, se habla de *indivisibilidad* de los derechos reales de garantía. Para resaltar que el acreedor (pignoraticio o hipotecario) no deja de serlo en las mismas condiciones iniciales que tuviera en el momento de constitución de la garantía (esto es, con las mismas facultades y prerrogativas) porque el deudor haya pagado, supongamos, la mitad o las tres cuartas partes de cuanto debe. En defensa de tal regla, entre otras razones, cabe apuntar ahora las siguientes:

1. En términos lógicos, resultaría quimérico pensar que puede dividirse la condición de acreedor y su cualidad accesoria de titular de la garantía en cuotas o en porciones (*medio acreedor* o *tres cuartas partes de acreedor*, como si se tratara de la venta minorista de carne en el mercado), en dependencia del grado cuantitativo de satisfacción de su crédito (cfr. art. 1.169 y lo sobre él dicho en el tomo segundo).

2. En términos técnicos, la garantía real asegura el cumplimiento íntegro de la obligación garantizada.

Por tanto, si, como es frecuente en la materia, la obligación asegurada es una deuda a largo plazo y pagadera periódicamente (imaginemos una hipoteca a quince años, pagadera mediante amortizaciones trimestrales), a efectos de la eventual realización del valor o enajenación del bien gravado, puede resultar igualmente determinante el impago durante el tercer año que durante el decimotercero.

Según el cuarto párrafo del artículo 1.860, la única excepción posible a la regla de indivisibilidad será «... el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito». Se trata, pues, un supuesto de distribución del crédito, inicialmente establecido, que más adelante consideraremos en relación con el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, y que, respecto de la prenda, artículo 1.860 aparte, no lo contempla específicamente el Código Civil, pero es fácil de ejemplificar (se solicitan 150.000 pesetas de préstamo pignoraticio que se considera fragmentado en tres o cuatro cuotas, iguales o desiguales, por entregar el deudor al Monte de Piedad cuatro relojes diversos, pero de parecido valor).

En casos de semejante índole «El deudor [...] tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la *parte de deuda de que cada cosa responda especialmente*» (art. 1.860.5). Esto es, la cancelación parcial del valor del préstamo pignoraticio, por valor supongamos de 85.000 pesetas, implica la posibilidad de rescatar uno de los relojes empeñados.

### 5.3. LA ESPECIALIDAD

Hemos resaltado el último inciso del artículo 1.860.5 porque en él se indica que las cosas gravadas responden *especialmente*. En efecto, cuando se habla de *especialidad de los derechos reales de garantía*, se pretende dar a entender que el objeto sobre el que recae la garantía se ha de encontrar *especialmente determinado*.