

EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS ACCESIONES Y MEJORAS DE LA FINCA HIPOTECADA, SEGÚN NUESTRA JURISPRUDENCIA

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla Colaborador honorario
del despacho «Pimentel & Asociados»

SUMARIO: I. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA A LAS ACCESIONES Y MEJORAS PRODUCIDAS SOBRE LA FINCA HIPOTECADA. II. RAZÓN DE LA REGLA GENERAL, RELATIVA A LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA. III. RAZÓN DE LAS EXCEPCIONES, O DE LA NO EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS DE LA FINCA HIPOTECADA. Y LA POSIBLE INCLUSIÓN DE NUEVOS CASOS DE NO EXTENSIÓN. IV. MODO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NO EXTENDIDA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS. V. EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA. VI. BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: ¿Por qué, como regla que marcan los arts. 109 LH y 1877 CC, la hipoteca se extiende a las accesiones y mejoras que sobre la finca hipotecada haya? ¿Por qué, en cambio, excepcionalmente la hipoteca no se extiende a otras accesiones y mejoras, cuando por ejemplo se trata de nuevas edificaciones, de agregaciones de terrenos (art. 110.1º LH in fine), de los muebles del art. 111 LH, o cuando la accesión o mejora es realizada por un tercer poseedor (art. 112 LH)? Y en tales casos excepcionales, ¿cómo se ejecuta, entonces, la hipoteca? A ello responde el art. 113 LH, pero refiriéndose sólo al caso de no extensión en pro del tercer poseedor; ¿cómo se ejecuta la hipoteca en los demás casos en que tampoco hay extensión, pero la finca permanece en manos del propietario que la hipotecó? ¿Son aquella regla y sus salvedades imperativas o dispositivas, pueden ser interpretadas ampliamente o deben serlo restrictivamente? ¿Cabría incluso

ABSTRACT: The author of this paper examines the existing case law on the extension of mortgage accessions and existing improvements on the mortgaged property.
A continuación...

ver, más allá de la letra de la Ley, otras excepciones, contenidas en su espíritu? ¿Son válidos, y, en su caso, eficaces erga omnes" (especialmente, frente a los terceros poseedores), los pactos tan usuales en la práctica bancaria de concesión de préstamos hipotecarios que, frente a la excepción legal, incluyen accesiones como las edificaciones o las agregaciones de terrenos al hipotecado en la extensión de la hipoteca? Solo algunas de estas cuestiones han encontrado respuesta en la propia jurisprudencia, habiéndola en ocasiones contradictoria, que para su elogio, crítica o su aclaración, a nuestro juicio merece ser tratada en esta crónica.

PALABRAS CLAVE: HIPOTECA. EXTENSIÓN. EDIFICACIÓN.

KEYWORDS: MORTGAGE. EXTENSION. CONSTRUCTION.

I. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA A LAS ACCESIONES Y MEJORAS PRODUCIDAS SOBRE LA FINCA HIPOTECADA

Que la finca, como objeto básico de la hipoteca inmobiliaria común, es una entidad de suyo compleja y «dinámica», susceptible de experimentar cambios naturales y artificiales en el lapso temporal comprendido entre la constitución y la ejecución de la garantía, se ha convertido, en la doctrina y en la propia jurisprudencia, en una afirmación un tanto manida desde que ya la STS de 21 diciembre 1990 (RJ 1990, 10359) dijera: «*En realidad para juzgar cómo actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende, y, como resultado de este examen, se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución*». Reproduciéndola, le siguen las SSTS de 28 febrero 1991 (RJ 1991, 1607), de 15 diciembre 1997 (RJ 1997, 8980), y de 27 junio 2007 (RJ 2007, 3866).

En efecto, ese «dinamismo» de toda finca, sobre todo de la registral (como principal protagonista de nuestro Registro de la propiedad), puede tener su incidencia en la hipoteca que sobre ella se haya podido establecer. Desde que la hipoteca se constituye hasta que la deuda con ella garantida es satisfecha, especialmente si el pago se hace con la ejecución de la hipoteca, es posible que el inmueble gravado haya experimentado cambios económicos y jurídicos, que haya variado, a más o a menos, en su valor y en su fisonomía (v. gr., que siendo hipotecado un solar, luego se edifique sobre él, o, al contrario, que hipotecada una casa, luego ésta se deteriore o incluso sea derruida,... ¡y tantísimos otros casos!). ¿Qué sucede, entonces, en tales supuestos (potencialmente tan variadísimos)?

Para el caso en que la alteración suponga la disminución del valor de la finca hipotecada, al suponer ello un riesgo para el acreedor hipotecario, la pro-

pia ley le protege de muy diversas maneras (cfr., arts. 1129.3° CC, 117 LH, 219.2° RH,...). Al margen, naturalmente, de las múltiples medidas preventivas que al respecto suele adoptar el propio acreedor hipotecario en la constitución misma de la hipoteca (como el posible vencimiento anticipado del crédito, el reforzamiento de la hipoteca con otras garantías, como avales, la contratación de seguros,...). Para el caso opuesto, en que la modificación de la finca hipotecada haya supuesto un incremento, en el valor o en las dimensiones, de la finca hipotecada debido a las accesiones o mejoras realizadas o acaecidas en la misma, nuestro Derecho declara, como regla (en su art. 109 LH, y en el art. 1877 CC), la extensión de la hipoteca a tales aumentos, jurídicos o económicos; pero también, frente a sus precedentes históricos y de Derecho comparado, prevé excepciones (cfr., en sus arts. 110 a 113 LH), supuestos en los que no opera dicha extensión o ampliación objetiva de la hipoteca: ¿Por qué existe la regla y por qué existen sus excepciones? ¿Por qué a unas accesiones y mejoras sí se extiende la hipoteca, y, en cambio, a otras no lo hace?; ¿tal vez no exista ninguna excepción (dada la difícil lectura de algunos preceptos, como la del art. 110.1° LH, o la misma del 112 LH, ambos con dos o más negaciones consecutivas), o, por el contrario, quizás algún caso que legalmente se describa como de extensión no lo es verdaderamente (como el del art. 110.2° LH)? ¿Por qué razón el art. 111 LH, tras su reforma en la LH-1909, vino a incluir más excepciones, para apartarse de los arts. 1877 CC y 109 LH (de la regla, en fin), y así aproximarse al art. 112 LH, cuando ambas normas se refieren a dueños diversos del bien hipotecado: el hipotecante, una, y el tercer poseedor, la otra?

Tales preguntas, o su propia solución, desencadenan a su vez otros muchos interrogantes, cuya respuesta dependerá de la respuesta que reciba aquella primera cuestión, relativa a la razón de la regla y de sus excepciones. Porque hallada la *ratio legis*, habrá otras cuestiones que responder; entre otras: ¿son aquella regla y sus salvedades imperativas o dispositivas, pueden ser interpretadas ampliamente o deben serlo restrictivamente? ¿Cabría incluso ver, más allá de la letra de la Ley, otras excepciones, contenidas en su espíritu? O convencionalmente, ¿cabría mediante pacto ampliar los casos excepcionales, limitando con ello la regla, para así limitar aún más la extensión de la hipoteca? Raro será que así se haga, pues estará el acreedor hipotecario renunciando a un beneficio que la propia ley le da. El caso opuesto es, por el contrario, muy común, casi cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios: pactar la exclusión de las excepciones legales, esto es, que también sean objeto de extensión de la hipoteca accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones, por principio salvadas por el art. 110.1° LH *in fine*, o los bienes muebles que el art. 111 LH en principio dispone –pero no impone– como excluidos; en efecto, para estos últimos el art. 111 LH prevé tal inclusión convencional (lo advierte en su inicio al decir: «*Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca no comprenderá*»), y la práctica bancaria hipotecaria se encarga de demostrar que así suele hacerse; pero el art. 110.1° LH *in fine* no prevé la inclusión pactada en la hipoteca de las agregaciones de terrenos o de las nuevas edificaciones: ¿son entonces válidos aquellos pactos tan usuales en la práctica bancaria de

concesión de préstamos hipotecarios que incluyen tales accesiones en la extensión de la hipoteca? Y de ser válidos (sean éstos o aquellos otros pactos, más extraños en la práctica), ¿tienen sólo una eficacia personal, *inter partes* (entre el acreedor y el hipotecante), o también una trascendencia real, o *erga omnes* (especialmente, frente a los terceros poseedores)?

Y ya se trate de excepciones legales o convencionales, restaría aún, entre otras posibles, una última cuestión, relativa a la ejecución de la hipoteca (en caso de impago), pues cuando hay accesiones y mejoras en la finca a ejecutar a las que, sin embargo, no se extiende la hipoteca, ¿cómo se ejecuta, entonces, ésta? A ello responde el art. 113 LH, pero refiriéndose sólo al caso de no extensión en pro del tercer poseedor. Pero, ¿cómo se ejecuta la hipoteca en los demás casos, de los arts. 110.1º *in fine* y 111 LH, en que tampoco hay extensión, pero la finca permanece en manos del propietario que hipotecó la finca? ¿Se procede en tales supuestos a una ejecución aislada y separada de la finca hipotecada, respetando así la accesión o mejora inmobiliaria excluida de dicha hipoteca? ¿Habrá, en cambio, de ser una ejecución materialmente conjunta de la finca hipotecada junto con la accesión o mejora a la que, sin embargo, en principio la hipoteca no se extiende? Y sea aquél, éste u otro el modo de ejecutar la hipoteca no extendida a ciertas accesiones, ¿con qué fundamento legal se realizará dicha ejecución, si el art. 113 LH es el único que se refiere a tal cuestión, pero sólo cuando la finca haya pasado a manos de un tercero?

Algunas, tal vez la mayoría, de estas cuestiones han encontrado respuesta en la propia jurisprudencia, habiéndola en ocasiones contradictoria, que para su elogio, crítica o su aclaración, a nuestro juicio merece ser tratada en esta crónica¹.

II. RAZÓN DE LA REGLA GENERAL, RELATIVA A LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA

Muchas son las explicaciones que la doctrina ha dado para justificar la extensión de la hipoteca a ciertas accesiones y mejoras que, como regla, declara el art. 109 LH (lacónicamente recordado luego en el art. 1877 CC): que si la voluntad del dueño de la finca hipotecada, que si razones de justicia, o de política legislativa (a fin de incentivar el crédito territorial, el agrícola o la cons-

1. *Nota aclaratoria del autor*: Esta crónica, que a continuación se realiza, constituye una síntesis de la monografía que, bajo el título *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria (Razón, ámbito y disponibilidad de su régimen, general y excepcional)*, y en homenaje a su maestro el Prof. GORDILLO CAÑAS, el propio autor tiene publicada en 2011 por la misma editorial Aranzadi en la colección de monografías adscrita a la suscripción de Revista de Derecho Patrimonial. En la presente ocasión, su autor se atiene más fielmente a la naturaleza de una crónica jurisprudencial, dando exposición ordenada, del estado de la jurisprudencia en la materia de extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria, y dejando escaso margen a la cita doctrinal, sólo cuando resulte imprescindible. Las objeciones o las opiniones personales sólo se harán cuando sobre una cuestión no haya formada jurisprudencia, o la existente sea equivocada (a juicio del autor), contradictoria o huérfana de doctrina unificadora.

trucción), Más correcta, sin embargo, parece –aunque sólo en parte– la justificación proporcionada al respecto por la propia LH-1861, y defendida en nuestra jurisprudencia. Como primera razón alegada, comenzaba la Exposición de Motivos de la LH-1861 justificando el régimen expansivo de la hipoteca en la «inmovilización» –permítasenos la barbarie lingüística– que la accesión o la mejora experimenta –convirtiéndose en bien inmueble (cfr., art. 334 CC)– por su propia naturaleza o por su adherencia al inmueble originariamente hipotecado, con la que aquélla forma una unidad, una finca única incrementada o mejorada: «*Las Leyes de Partida, siguiendo á las romanas, –decía– establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera también ostensivo á las accesiones naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Sirvióles de fundamento que todas estas agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien por su adherencia á las que lo eran*».

Aun no existiendo por entonces el art. 334 CC (redactado en 1889), con las consiguientes clasificaciones de inmuebles, quedaba ya entonces claro que en la conversión de la accesión o de la mejora en inmueble, y que en su consiguiente absorción por la hipoteca, nada tenían que ver la voluntad de su dueño o de quien la realiza. No hablaba la Exposición de Motivos de inmueble por destinación, o por voluntad de su propietario (categoría ya consagrada en el *Code*, de 1804, y conocida entre nosotros en los tiempos de nuestra primera LH). Sólo importaba, para la extensión de la hipoteca, que el nuevo inmueble añadido al hipotecado lo fuese naturalmente o por su incorporación a la finca hipotecada. Asimismo, en tiempos de la LH-1861 aún sólo los bienes inmuebles podían ser objeto de hipoteca (la mobiliaria no se admitirá hasta la LHM, de 1954). De ahí que, por ejemplo, y el ejemplo no es casual, los frutos y mejoras no pudieran por sí sólo ser hipotecados, sino junto con la finca de la que formarían parte. Separados de ella, no son más que bienes muebles; adheridos o incorporados a ella, forman parte del inmueble. Lo advertía la propia Exposición de Motivos de la LH-1861, bajo la rúbrica «*Bienes que no pueden hipotecarse*».

A esta razón técnica –de la «inmovilización»– sí parece atender nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS de 3 enero 1905 (Col. Leg. nº 2), que sobre el anterior art. 111 LH, dice que la hipoteca se extiende a la maquinaria industrial porque ésta tiene el carácter de bien inmueble *ex art. 334.5º CC*. También las SSTS de 28 febrero 1991 (RJ 1991, 1607), 20 marzo 1992 (RJ 1992, 213), 1 febrero 2000 (RJ 2000, 277), siguiendo ésta a la RDGRN de 6 febrero 1986 (RJ 1986, 1008). Pero dentro de esta posición jurisprudencial, y de la propia doctrina que también la acepta, cabe distinguir dos posiciones, que, en el fondo, encierran dos explicaciones bien diferentes:

Una primera fundamenta la extensión de la hipoteca en la accesión, en que *accessorium sequitur principale*, como principio general, o en que *superficies solo cedit*, como concreción de aquél. Lo dice claramente la RDGRN de 6 febrero 1986 (RJ 1986, 1008): que la extensión de la hipoteca según los arts. 109 ss.

LH «no es sino una consecuencia de lo establecido en los arts. 358 y 359 CC». Así lo advierte hoy la casi unanimidad de nuestra doctrina.

Más de ser esta la razón de la extensión de la hipoteca, ¿a qué se debe la distinción que subyace en tal régimen entre accesiones naturales (a las que sí se extiende la hipoteca) y accesiones artificiales (como las nuevas edificaciones, o a las agregaciones de terreno, a las que la hipoteca no se extiende)? ¿O tal vez por ello, más allá de la extensión de la hipoteca, son también excepciones al propio principio de accesión? Al creerlo así algunos autores, critican tales excepciones contenidas en los arts. 110.1º *in fine*, 111, e incluso la del art. 112 LH (a favor del tercer poseedor), por carecer de toda razón jurídica (a lo más sólo política). Son las fuertes objeciones que al respecto hizo en el debate parlamentario de la LH-1861 el Sr. Ortiz de Zárate (Tomadas de las LLHH de España, I, pp. 169 y 170); y, entre los comentaristas, muy influidos por Ortiz de Zárate, Galindo y Escosura (*Comentarios LH*, 218-220), y Díaz Moreno (1907, 488 y 489). Otros autores, en cambio, al no creer que tales supuestos contraríen el principio general de accesión, niegan que también salven el régimen de extensión de la hipoteca, creyendo, así, que la hipoteca, como la propiedad hipotecada misma, se extiende también a tales accesiones y mejoras, a pesar de aquellas normas. Así lo creen, hacía mucho BARRACHINA Y PASTOR (*Comentarios LH*, 76 a 78), y, hace poco, RUIZ-RICO RUIZ (1993, 909). Y los hay, finalmente, para quienes el art. 110.1º LH *in fine* (y el 112 LH también) es buena prueba de que la accesión artificial inmobiliaria no opera automáticamente, siendo justificable, v. gr., que las nuevas construcciones —entiéndanse las hechas por un tercero— no sean alcanzadas por la hipoteca previamente constituida entre tanto el *dominus soli* hipotecante no decida hacer suya la edificación, o en tanto haya sido hecha la obra por un arrendatario o por un usufructuario (*ex arts.* 361 ss. CC). Así, recientemente, RUIZ-RICO RUIZ (1993, 910 ss.); y MONTÉS PENADÉS (2007, 517 y 518), quienes conectan el «*siempre que correspondan al propietario*» del art. 110 LH con los arts. 361 y 363 CC.

Endiablada, desde luego, resulta la redacción y perturbador es el casuismo de algunas de tales normas; pero de ahí a contrariar la —cierta— claridad de otras (como la de los arts. 111 y 112 LH), o a enmendar la redacción equívoca, u oscura, de otras (como la de aquel art. 110.1º *in fine*), con rocambolescas o más rebuscadas lecturas, hay un abismo del todo inadmisibles. Que en materia de extensión hipotecaria haya excepciones es innegable: en el fondo, por las razones que las justifican (según se verá en el siguiente epígrafe); mas también porque tal era la intención de nuestro legislador: aunque la Exposición de Motivos de la LH-1861 sólo refiriera, para justificarla, la excepción del art. 112 LH en particular, el art. 1877 CC, al compendiar, en general, el régimen detallado en la LH, consagra la regla de la extensión de la hipoteca y advierte de sus salvedades, al decir en su inciso final: «*con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones —dice— establecidas por la ley, así —no sólo— en el caso de pertenecer la finca en poder del que la hipotecó, como —así también— en el de pasar a manos de un tercero*».

El error de fundar la regla de la extensión de la hipoteca en la accesión misma y aisladamente considerada es radical, elemental. Que la accesión no pueda, al menos directamente, justificar la ampliación o extensión de la hipoteca se debe sencillamente a que la accesión no es modo de crearla o de adquirir originariamente ninguna hipoteca. La accesión es modo adquisitivo originario exclusivo de la propiedad, como, sin duda, puede deducirse de los arts. 350, 353, 358 y 375 CC (aunque no sea mencionada en el art. 609 CC, cuya razón fundamental era convalidar la continuidad en la exigencia de título y modo en la adquisición derivativa de los derechos reales). Si la propiedad aumenta por accesión y con ella también los derechos y cargas reales preexistentes sobre ella, como sucede, no sólo con la hipoteca, sino también, *a. e.*, con el usufructo (art. 479 CC), o con el censo enfiteútico (art. 1632 CC), no es porque éstos se extiendan por accesión (a lo más, ésta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad, que es la que se incrementa por accesión. Es su inherencia real, pues, como rasgo esencial de la hipoteca (cfr., arts. 1876 CC y 104 LH), y de los demás derechos y cargas reales, la causa (al menos, la más directa e inmediata) de su extensión. No lo explica así la STS de 20 marzo 1992 (RJ 1992, 2213), pero al menos fundamenta en el caso la extensión de la hipoteca en tales arts. 1876 CC y 104 LH. Y, en cierto modo, ya lo advertía la propia LH-1861 en su Exposición de Motivos: «*Sirvióles de fundamento —decía— que todas las agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían a la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien —añadía— por su adherencia á las que lo eran*». Lo mismo sucede cuando por la elasticidad o fuerza expansiva (y atractiva) de la propiedad, con ella y por su inherencia a ella, se extiende también la hipoteca cuando ésta recae, en principio, no sobre la propiedad misma, sino sobre un derecho o una carga real recayente sobre la misma (como sucede, v. gr., con la hipoteca de usufructo, según el art. 107 LH, en sus números 2º, 8º, ..., que ya se ha comentado antes). Erróneo sería creer que también en estos casos la hipoteca se expande por su elasticidad (tan erróneo como creer que en los arts. 109 ss. LH la hipoteca se expande por la accesión): en ambos casos (arts. 107 y 109 LH), es la propiedad la que se incrementa (ora por su elasticidad, ora por accesión —por su fuerza centrípeta, en definitiva—), participando de tal incremento la hipoteca, como cualquier otra carga o derecho real menor, por su inherencia a la propiedad que aumenta.

Habrà a quien esta explicación no convenza, bien porque no explique la razón de la extensión a las indemnizaciones *ex art.* 110.2º LH, bien porque no justifique las excepciones de los arts. 110.1º *in fine*, 111 y 112 LH, acaso como si en tales supuestos faltara el dato de la inherencia real, que sin duda es esencial, en la hipoteca (véase el comentario al art. 104 LH); así, BLASCO GASCÓ (1994, 15, 24, 29, ...; y MONTÉS PENADÉS (2007, 508).

Lo primero, relativo al art. 110.2º LH, es fácil de justificar (aunque para mayores detalles, véanse los arts. 32.5ª RH, 4 LEF, y 40 a 42 de la Ley de

contrato de seguro): en general, el acreedor hipotecario no realiza directamente su crédito con el bien hipotecado, sino por su representación pecuniaria y a través de la prestación del rematante que es quien paga y entrega el dinero. Aunque el objeto material de la hipoteca sea la finca o parte de sus cualidades y utilidades, según que lo gravado sea la propiedad o una situación jurídico-real –de poder o de gravamen– menor (arts. 106 y 107 LH), lo que verdaderamente se vincula y sujeta al pago del crédito es el valor económico, o pecuniario, que el bien materialmente hipotecado contiene y puede proporcionar (cfr., arts. 1858 y 1859 CC). En la propia Exposición de Motivos de la LH-1861, tras afirmarse que en caso de expropiación del bien hipotecado, «*las indemnizaciones –dice– reemplazan a la cosa hipotecada*», y tras indicarse también la posibilidad de cambiar la hipoteca por otra o por una prenda, se termina diciendo que «*lo más frecuente será que al hacerse la expropiación perciba el acreedor lo que se le debe, quedando de este modo mas completamente consultados los derechos de todos*». La explicación tradicional, y mayoritaria, verá en el art. 110.2º LH una subrogación en el objeto de la hipoteca (como creen, GÓMEZ DE LA SERNA, *Ley Hipotecaria*, 441; GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios LH*, 223; ROCA SASTRE, 1954, 313 ss.; GUILARTE ZAPATERO, *Com Edersa*, VII-6ª, 606; o SÁNCHEZ RUIZ de valdivia, 2000, 3114). Así también la STS de 3 marzo 1997. En contra de la idea de subrogación, otros entienden que hay novación de hipoteca en prenda de dinero, cuando la indemnización es concedida (LACRUZ BERDEJO, III, 253; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, 145; LLOPIS GINER, *Com. Edersa*, VII-6º, 236 y 237). O bien entienden que la conversión es de hipoteca inmobiliaria en prenda de crédito, cuando la indemnización es debida, pero aún no concedida (CARRASCO PERERA y otros, 2002, 514 y 515). Aúnan ambas explicaciones, BLASCO GASCÓ (1994, 197-199), siguiéndole, RAMOS CHAPARRO (2008, 432 y 433). Y, por último, negando que haya subrogación y novación en prenda, por haber en realidad extinción de la deuda y, con ella, de la propia hipoteca, se muestra CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (1983, 502 y 503). En cualquier caso, no es de extrañar el contenido del art. 110.2º LH, que lejos de ser subrogado del objeto hipotecado, como comúnmente suele decirse, ni ser verdadera extensión, como dice la LH, al no haber incorporación ni incremento ninguno de la finca hipoteca, es el destino final natural de toda hipoteca –o en el caso, de la prenda (de crédito o de dinero), en que la hipoteca se mute–, como en el fondo es la razón final de toda garantía crediticia (Saavedra Montero, 1999, 110); así lo prueba la cláusula de estilo contenida en los préstamos hipotecarios que permite el cobro directo de la indemnización al acreedor hipotecario (designado en aquel pacto como apoderado del dueño asegurado o incluso como beneficiario mismo del seguro), y cuya validez es debatida en doctrina, propugnándose a veces su nulidad por vulnerar la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC). Que haya en aquel caso, del art. 110.2º LH, conversión de hipoteca en prenda sólo es una metamorfosis, un simple cambio de muda, de forma, pero no de sustancia. De ahí que el supuesto contemplado en el art. 110.2º LH para sólo dos casos de indemnización (por seguro y por expropiación forzosa), sea aplicable a otras indemnizaciones debidas por razón de la finca hipotecada (v. gr., arts. 1101 ss., 1902 CC,

148 LH, 175 RH, 39.3 y 44 del RD 1093/1997, de 4 julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística,...).

Más interesa justificar, en cambio, las excepciones, que realmente lo son, de los arts. 110.1º LH *in fine*, 111 y 112 LH. Aunque también sobre ellas, como sucede con el propio principio de extensión, existe un debate.

III. RAZÓN DE LAS EXCEPCIONES, O DE LA NO EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS DE LA FINCA HIPOTECADA. Y LA POSIBLE INCLUSIÓN DE NUEVOS CASOS DE NO EXTENSIÓN

En las variopintas razones alegadas en doctrina al respecto (de nuevo, que si la voluntad del dueño, o que si razones de política urbanística, o incluso agrícola),..., y también en la sesgada explicación que nos da la LH-1861 en su texto expositivo, para sólo justificar la protección del tercer poseedor (art. 112 LH), quedan siempre flecos, supuestos no cubiertos por tales razones, hipótesis que nunca terminan de quedar justificadas atendidos aisladamente tales motivos. Por supuesto, no puede estimarse que el art. 110.1º LH *in fine* suponga una salvedad a la inherencia real que tiene, y ha de tener, toda hipoteca; como tampoco supone una excepción a la accesión. Porque la salvedad, la no extensión a ciertas accesiones y mejoras alcanza a la hipoteca, no a la propiedad, que sí se expande a esos elementos a los que no llega la hipoteca. ¿Por qué sucede esto último?

Si la razón de la regla, la de la inherencia real, es sustancial, de Derecho material, la de su excepción es eminentemente registral, de Derecho hipotecario: son los principios de especialidad y de publicidad, coadyuvados por el de tracto sucesivo. Si pensamos en las salvedades del art. 110-1º LH *in fine*, aun expandiéndose automáticamente, por accesión, la propiedad a las agregaciones de terrenos y a las nuevas construcciones, la hipoteca, más sujeta que cualquier otra carga real a aquellos principios hipotecarios (de especialidad y publicidad), no puede automáticamente expandirse también con la propiedad sobre la que recae mientras registralmente no se exprese tal incremento de la propiedad (mediante las oportunas inscripciones de agregación o, en su caso, de agrupación de fincas, conforme a los arts. 45 a 50 RH, y de la oportuna declaración de obra nueva, conforme a los arts. 208 LH y 308 RH); lo que, por cierto, no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño. Esto es así, porque las agregaciones de terreno y las nuevas edificaciones construidas –que se excluyen de la expansión objetiva hipotecaria– son, de suyo o por sí solas, bienes inmuebles (cfr., art. 334.1º CC), fincas independientes, que pueden ser objeto de propiedad o derecho real independiente, de folio real propio y de hipoteca separada y diversa de la propiedad (o del derecho real), del folio registral y de la hipoteca que existan referidos al suelo. Aptitud de formar por sí sola finca, material y registral de la que, en cambio, carecen las plantaciones y las otras mejoras diversas de las edificaciones y de las agregaciones, a las que por ello sí se extiende automáticamente la hipoteca, ex art. 110.1º LH.

No se da esta explicación en la Exposición de Motivos de la LH-1861 al justificar el régimen de extensión de la hipoteca (donde, en realidad, sólo se intenta justificar la excepción del art. 112 LH, a favor del tercer poseedor): pero refiriéndose al objeto de la hipoteca en general, la propia Exposición de Motivos de la LH-1861 advierte, bajo la rúbrica «*Bienes que no pueden hipotecarse*», que hay bienes inmuebles no hipotecables, porque aun siendo inmuebles, lo son por su adherencia al suelo, de modo que separados del mismo, ya como bienes muebles, no son autónomamente hipotecables, como sucede, precisamente, con los frutos y rentas pendientes y con los objetos colocados permanentemente en los edificios. O dicho de otro modo, porque al no ser separada y materialmente bienes inmuebles no pueden constituir por sí solos una finca registral. Así se pondría más de manifiesto, aunque ya luego con la reforma de la LH-1909, en el nuevo, y aún hoy vigente, art. 111 LH (que excluye de la extensión de la hipoteca tales bienes: frutos, rentas,...), concluyéndose en su gestación, tras un intenso debate parlamentario, que tampoco sobre tales bienes cabe hipoteca propia, pues aun siendo inmuebles (por su adhesión o por su destino, ex art. 334 CC) carecen de autonomía registral. No en vano, tras su separación del inmueble al que están adheridos, o destinados por voluntad del propietario de la finca, se convierten en bienes muebles (susceptibles hoy de hipoteca mobiliaria, concurrente o no, con la inmobiliaria, según la disposición final 3ª de la Ley 41/1997, a que nos remitimos); una separación aquella que también podrá hacerse una vez iniciada la ejecución hipotecaria (cfr., art. 113 LH) —como se verá luego—. De ahí, precisamente, que se presuman en principio no hipotecados, junto con la finca hipotecada, «*los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren*», aun estando pendientes en el momento de ejecutarse la hipoteca, o «*las rentas vencidas y no satisfechas*» en aquel momento ejecutivo; pues sólo en el caso de haberse pactado la extensión (u otorgada su administración, cfr., art. 690.1 LEC), o en el de ser inseparables tales bienes del inmueble (como pudieran ser las rentas no vencidas pero anticipadas, cfr., art. 215.2 RH), se habrán de entender, entonces, como hipotecados con la finca hipotecada que se va a ejecutar (cfr., el art. 111.1º LH: en su inciso inicial, al decir: «*Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca no comprenderá*»; y en su inciso final, cuando tras decir que no se encuentran hipotecados los bienes muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada..., precisa: «*a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto*»). Siendo esa la razón del vigente art. 111 LH, no ha de extrañar su sobrevenida coincidencia con el art. 112 LH (y, en parte, con el art. 113 LH, en su referencia a la separabilidad, o no, de ciertas accesiones y mejoras), pues la razón es idéntica en ambos, sin que deba extrañar que la misma excepción opere aunque las mejoras, obras y frutos sean realizados y obtenidos por el dueño hipotecante o por el tercer poseedor. O que siendo efectuadas por el hipotecante, éste sea o no el propio deudor. La exclusión no se funda en su voluntad de no querer que la hipoteca se extienda a tales bienes, ni mucho menos en un favor que la LH originariamente sólo concedió al tercer poseedor, para luego extenderlo a todo propietario de finca hipotecada; sino porque aquellos principios de especialidad

y publicidad lo impiden. Que el art. 112 LH fuese así ya redactado en la LH-1861 puede explicarse, sobre todo, para aclarar el modo en que debe ejecutarse una hipoteca que no se extiende a ciertos bienes (art. 113 LH), y también por arrastre de un pasado donde, sin embargo, sí era necesaria tal protección en beneficio del tercer poseedor cuando las hipotecas podían ser generales y permanecer ocultas, desconocidas al no existir un sistema registral.

Con el paso del tiempo, la razón —registral— de las excepciones contenidas en la LH a la extensión de la hipoteca, no ha venido a ser más que ratificada; especialmente, en la gran reforma hipotecaria habida a mediados del s. XX, como v. gr., puede verse en su regulación de la declaración de obra nueva, ex arts. 208 LH y 308 RH: en tales normas, amén del título principal en que accesoriamente se haga declaración de la obra nueva (supuesto que, en principio, nunca planteó problema), se permite también que tal declaración se haga en título autónomo, para el que, sin embargo, no basta con la simple declaración del *dominus soli* relativa a la conclusión de la obra construida sobre su suelo, siendo, en cambio, necesarios otros requisitos que aseguren la existencia de tal obra y su titularidad (*vid.*, arts. 208 LH *in fine* y 308.2º RH). Esa mayor exigencia en el título autónomo obedece a que con éste no sólo se declara un hecho (la obra nueva), sino también un derecho (la propiedad que sobre la obra se expande por accesión), y la voluntad de que así conste todo ello en el Registro de la propiedad.

Por eso mismo, que literalmente el art. 215 RH «*extienda*» la hipoteca a los excesos de cabida de la finca hipotecada debe ser entendido en sentido amplio, o impropio incluso, pues en realidad la finca que experimenta en el Registro el exceso de cabida es la misma y única inicial e intencionadamente hipotecada (como la finca transformada por accesión natural), a diferencia de lo que acontece con las agregaciones —no naturales— que implican un exceso real y también registral de superficie, que al requerir de auténtica agregación también registral no son objeto de extensión legal o automática de la hipoteca. En cambio, el exceso —o el defecto, que pudiera haber— de cabida no suponen más que una rectificación registral de la medida superficial de la finca según constaba —erróneamente— al principio en el Registro, sin implicar verdadera extensión, o modificación, del objeto hipotecado, como tampoco la hay en el objeto mismo de dominio. Como decía ROCA SASTRE (1954, 324), matizando la expresión empleada en el art. 215 RH, más que entender que «*la hipoteca se extenderá también sobre esta mayor cabida registrada*», es que «*la hipoteca gravará dicha finca en toda su extensión*».

La reforma hipotecaria de 1944-1947 es contemporánea a aquella época en la que urgía la necesidad de construcción para dar alojamiento a una población que emigraba en masa del campo a la ciudad, originándose con ello nuevos conflictos sociales que, en principio, carecían de suficiente o expreso amparo legal, y que fueron cubiertos por las primeras leyes sobre Propiedad Horizontal (de 1939), de Arrendamientos Urbanos (de 1944), sobre derecho de superficie (art. 16 RH-1944), o sobre el Suelo (de 1956), ... Precisamente, algunas de esas

normas darían origen a nuevas fincas funcionales, y registrales (v. gr., ex arts. 8.5, 107.11° LH, 66 y 68 RH,...), diversas de las anteriores agregaciones y edificaciones, ya contempladas como tales desde la primera LH-1861, y que se han venido a añadir como nuevos casos en que, por idénticas razones de especialidad y publicidad, tampoco sobre ellas opera la extensión de la hipoteca. Así hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de la «*elevación de edificios*» de aquel 110.1° LH, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos..., formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada. Piénsese, *a. e.*, en la hipótesis que contempla el art. 8.5° LH (que puede aún complicarse más, si dentro del piso o local hay subdivisión que genera otras fincas funcionales con entidad registral propia; v. gr., arts. 68 RH, 14.1 LAT,...). En tal caso, la hipoteca originaria, recayente sobre la casa o edificio, de suyo no se expandirá sobre la ampliación que se independiza como inmueble y finca registral, y, por tanto, como posible objeto autónomo de hipoteca (cfr., arts. 107.11° LH, 1.4 LAT,...; salvo en el caso de estar hipotecado todo el inmueble, y carecieren de autonomía registral todo sus pisos o, aún teniéndola, consintieran sus dueños la extensión de la hipoteca, cfr., arts. 8.4° LH y 218 RH). Podría decirse que tal hipótesis amplía, o expande, la interpretación que hoy ha de dársele a las «*nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere*» de que habla, desde su gestación, el art. 110.1° LH *in fine* para excluir tales accesiones de la hipoteca que grava el inmueble (se trate de suelo o de vuelo) hipotecado.

Tiene ello también importancia para el caso en que constituida la hipoteca sobre un terreno o un solar ya edificado, en todo o en parte, sin embargo, tal construcción no se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad, ni de ella se haya realizado declaración de obra nueva, ni siquiera mención en la propia escritura ni, por tanto, en la inscripción de la hipoteca. ¿Cabría entender, en tal supuesto, que la hipoteca recae no sólo sobre el solar, sino también sobre dicha construcción, a pesar de su inexistencia registral? Así lo ha entendido buena parte de nuestra jurisprudencia (SSTS de 20 febrero 1889 (Col. Leg. n° 70), 2 enero 1991 [RJ 1991, 101], 20 marzo 1992 [RJ 1992, 2213], 10 junio 1995 [RJ 1995, 4915]), fundamentalmente basándose en una interpretación literal del art. 110.1° LH, que, recuérdese, incluye en la regla expansiva de la hipoteca las accesiones y mejoras, «*aunque no se mencionen –dice– en el contrato, siempre que correspondan al propietario*»; y sólo excluye de la extensión de la hipoteca la «*nueva construcción de edificios donde antes –dice– no los hubiere*» (a mayor abundamiento, suele añadirse el pacto de extensión habido en el caso que la refiere a obras nuevas, o ya hechas). Por ejemplo, en el pacto a que atiende la STS de 2 enero 1991 (RJ 1991, 101), se extendía la hipoteca a «*las obras nuevas, hechas y hacederas*»; en la STS de 10 junio 1995 (RJ 1995, 4915) a «*las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen*»;... Como en el caso planteado sí existía el edificio antes de que se constituyera la hipoteca, aunque no se mencionara si quiera en la escritura de hipoteca, a él habría ésta de expandirse. A dicha razón ha venido la mayoría de la doctrina, que secunda esta posición jurisprudencial, a añadir otras: como la

analogía del caso con el del simple exceso de cabida (art. 215 RH), donde, como vimos arriba, hay una simple corrección registral del montante de superficie de la finca, pero no modificación en sí de finca registral; o que el hecho de estar o no declarada la obra es irrelevante a estos efectos, pues tal declaración es fáctica, del mero hecho de la construcción, no estrictamente jurídica, o de derechos; que la hipoteca se extiende a fincas reales, no a las que como tales consten en el Registro de la Propiedad; o, por último, que por el principio de accesión el edificio es parte del suelo (*ex art. 358 CC*), formando con ella una única finca registral, e hipotecada, como, en efecto, dijo la RDGRN de 21 febrero 1995 (RJ 1995, 1735).

En contra, sin embargo, de esa posición mayoritaria, hay al menos dos SSTS, la de 15 diciembre 1997 (RJ 1997, 8980) y, más acertadamente, la de 8 junio 2004 (RJ 2004, 3817), que formando también jurisprudencia (aunque contradictoria con la mayoritaria), niega que la hipoteca se extienda a la edificación, pues aun existiendo ésta como tal, en la realidad, antes de haberse constituido la hipoteca, carece sin embargo de realidad registral. La primera en el tiempo, la STS de 15 diciembre 1997 (RJ 1997, 8980), declaró la no extensión de la hipoteca, que se había constituido en el caso sobre la planta baja de un edificio (que no estaba constituido en propiedad horizontal), a las otras dos plantas superiores (también propiedad del hipotecante, dueño único del edificio), pues a pesar de estar ya construidas con anterioridad a la hipoteca y gozar de autonomía material (como plantas independientes, y no como accesorios o anejos a la planta baja), no gozaban de constancia registral propia, ni habían sido mencionadas, ni descritas en la escritura, ni, por tanto, en la inscripción de la hipoteca. Más acertada parece la STS de 8 junio 2004 (RJ 2004, 3817): se trataba de una vivienda no inscrita que fue construida sobre una nave industrial antes de que ésta fuera hipotecada. Llevado el caso a los tribunales, el juzgado de 1ª instancia incluye la vivienda en la hipoteca (y, por tanto, también en la ejecución hipotecaria); en cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial la excluye –como explica luego el TS– «*por no estar la misma incluida en la descripción de la finca –la nave hipotecada–, y no tratarse de una mejora añadida a ella conforme a los arts. 109 y 110 LH*». Con tal razonamiento será esta solución confirmada en aquella STS de 8 junio 2004 (RJ 2004, 3817). A dicho razonamiento, cabría añadir también otras razones, a mayor abundamiento: una primera, de seguridad del tráfico inmobiliario, porque de admitirse la expansión automática, y sin reflejo registral, de la hipoteca a todo el edificio, como cree la posición mayoritaria, ¿acaso quedarían protegidos los terceros adquirentes del edificio o de cualquiera de sus pisos o locales? Otra razón es que ningún problema, al menos técnico, de posible ejecución hipotecaria habrá por no extenderse la hipoteca al edificio (como se verá, en general, en el siguiente epígrafe); en este caso, no se trata de simples ampliaciones, verticales u horizontales, de un inmueble –edificio, casa–, preexistente, sino de una nueva finca, en sentido material y registral, autónoma e independiente del suelo (de ahí su inoportuna comparación con el exceso de cabida del art. 215 RH); una nueva finca que, además, no sólo no consta inscrita en el Registro de la Propiedad,

sino que ni siquiera consta mencionada en la escritura de hipoteca que luego se inscribe. Ciertamente el art. 110 LH declara la expansión de la hipoteca a los bienes que enumera «*aunque no se mencionen en el contrato*», pues carecen de autonomía material y registral como bien inmueble. De ahí que sí opere en tales casos la extensión, y de forma automática. Pero tratándose, como es el caso que ahora nos ocupa, de un inmueble que sí goza de tal autonomía, su mención, al menos en el contrato, esto es, en la escritura hipotecaria, sí tendría su relevancia, no sólo fáctica, sino también jurídica (de nuevo, los arts. 208 LH y 308 RH).

Con ello se plantea otro posible supuesto, harto frecuente y muy relacionado con el anterior, pero con un pequeño matiz que lo diferencia de aquél en su solución: si la edificación que ya existía antes de constituirse la hipoteca, no está aún inscrita (como en el caso antes visto), pero sí es mencionada en la escritura de hipoteca que se inscribe (mención que en el caso anterior ni siquiera se hacía), ¿habría en tal hipótesis extensión de la hipoteca a dicha edificación? Por supuesto, para la opinión mayoritaria, que estima bastante la preexistencia real de la construcción, tenga o no reflejo en el mundo del Registro, también esta hipótesis lo es de extensión hipotecaria. Y de nuevo alega la doctrina las mismas razones ya indicadas antes. En la jurisprudencia, para este caso particular destaca la RDGRN de 6 febrero 1986 (RJ 1986, 1008). Aun siendo aceptable tal solución, corregible resulta su argumentación. Sí es relevante que la construcción, existente en la realidad, pero sin constancia registral propia, sea mencionada en la escritura de hipoteca, porque a través de ella, cuando ésta es inscrita, también con ella aquélla accede al Registro. Por supuesto, no se trata de darle en este caso relevancia a un pretendido caso de mención registral, que nuestra Legislación hipotecaria rechaza (cfr., arts. 29, 98 LH, y 355 RH). La razón en aquel caso de que la hipoteca se extienda a una edificación que ya existía es que al ser ésta mencionada en la escritura e inscripción de la hipoteca (cfr., art. 110 LH), en tal mención va –o puede ir, en su caso– incluso una declaración de obra nueva, en tanto su descripción se haga conforme a los arts. 208 LH y 308 RH (especialmente, por el caso referido, según el 308.1º RH, en su primera parte), de modo que habría constancia registral, no sólo de la existencia en sí del edificio, sino de su propiedad y de su hipoteca (según vimos arriba), se haga tal cosa en folio diverso o, como más probable, en el mismo folio registral del suelo edificado y –ahora sí– íntegramente hipotecado. Por eso, más que un caso de extensión de hipoteca, habrá desde un principio una hipoteca recayente sobre una propiedad única, formada por el suelo edificado, que así, por el todo, se ejecutará en caso de impago (cfr., art. 130 LH, cuando declara que la ejecución hipotecaria se realizará «*sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título –dice– que se hayan recogido en el asiento respectivo*»).

IV. MODO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NO EXTENDIDA A CIERTAS ACCESIONES Y MEJORAS

Otro de los problemas que se plantea en esta materia atiene a la ejecución de la hipoteca, en caso de impago de la deuda garantida, cuando hay alguna

accesión o mejora a que aquélla no se expande. Conforme a la independencia registral existente entre tales fincas (la hipotecada y la excluida de dicha hipoteca), ¿habrá de ser una ejecución separada o, mejor dicho, una ejecución aislada de la finca hipotecada? O, conforme a la inseparabilidad material habida entre ambas, por la incorporación de la una a la otra (fundada en el principio *superficies solo cedit*), ¿habrá, acaso, de ser una ejecución conjunta de la finca hipotecada junto con la accesión o mejora a la que, sin embargo, en principio la hipoteca no se extiende? Esta última parece ser la solución que adopta el art. 113 LH para la excepción contenida en el art. 112 LH, referida a ciertas accesiones y mejoras realizadas por el tercer poseedor que no puedan ser retiradas, o separadas de la finca hipotecada en el momento de ejecución de la hipoteca. Mas, ¿qué sucede en los casos de los arts. 110.1º *in fine* y 111 LH o en cualquiera otra de las nuevas hipótesis (vistas en el epígrafe anterior), en que la hipoteca no se extiende?

Para unos, la ejecución ha de ser aislada, sólo referida a la finca hipotecada, sin que se ejecute la accesión o la mejora inmobiliaria a la que, según la propia ley, no se extiende la hipoteca. Mas, de ser esta la solución, los problemas, que ya se apuntaron en la gestación de la LH-1861 por el Sr. Ortíz de Zárate (en *LLHH de España, I*, 169 y 170), se multiplican, de forma casi irresoluble, haciendo que aquélla sea, a la postre, inviable. Para empezar, si, en efecto, la ejecución es sólo del suelo, o del inmueble hipotecado, sin la accesión (v. gr., sin el edificio construido sobre el suelo hipotecado), ¿acaso dicha accesión permanece en manos de quien en el momento ejecutivo era su dueño? De ser así, surgen los problemas técnicos y económicos (especialmente cuando se trate de un edificio construido o sobre-elevado sobre el inmueble hipotecado): como problemas técnicos, ¿acaso habrá que dividir materialmente dos propiedades: una sobre el suelo a favor del adjudicatario, y otra sobre la accesión permanente en su anterior propietario? De ser así, surge un problema económico, previo al técnico: ¿quién querrá ser adjudicatario, quien va a apostar en la subasta para quedarse con un suelo para él inútil, al menos en la zona ocupada por el otro inmueble que persiste en manos de su anterior dueño? Al final, por esta vía quedaría perjudicado el acreedor hipotecario que vería dificultada, si no imposibilitada, la ejecución de su hipoteca. Un modo de evitar tales inconvenientes, sin salir de la idea de una ejecución separada, sería entender que aunque la ejecución hipotecaria afecta sólo a la finca hipotecada, con exclusión de la accesión o mejora de que se trate, al final la adjudicación es conjunta, de toda la finca, con todas sus accesiones y mejoras, de modo que, *a posteriori*, el adjudicatario, que lo es del todo aunque sólo haya pagado en subasta la parte hipotecada, debe pagar la restante a su –ya– anterior dueño en otro acto posterior, a fin de evitar su enriquecimiento injusto. Es la solución que, recientemente en el foro, ha venido a aplicar la STS de 18 noviembre 2005 (RJ 2005, 7733) –y a ratificar la de 17 diciembre 2007 (RJ 2007, 8937), que la reproduce–, para un caso de ejecución de solar hipotecado, con chalet de dominio reservado por el tercero constructor, en que el rematante se queda con todo, aun sólo

habiendo pagado el valor del solar, y fundándose al respecto dicha STS en la doctrina del enriquecimiento injusto.

Con esta solución, desde luego, el acreedor hipotecario queda protegido, satisfecho, pues tal modo de ejecución de la hipoteca no va a causar desánimo en la subasta. Al contrario, sabiendo que de antemano se pagará sólo una parte del inmueble (la hipotecada), para quedarse con el todo, tal modo ejecutivo será un claro incentivo para cualquier postor que se precie. Ya luego, según esta solución que se propone, vendrá el reajuste. Pero es esto último lo que puede parecer injusto, por perjudicar al dueño de la parte de inmueble –precisamente– no hipotecada, y a la vez innecesario por temporalizar, o dividir en el tiempo, el pago del todo, para retrasar la satisfacción en el precio de quien, justamente, tenía su inmueble libre de hipoteca. Que la necesidad de pagar al titular de dicho inmueble no hipotecado el valor que éste tiene se fundamente en el principio de enriquecimiento injusto es evidente. Es la explicación que podría darse, también, de nuestro art. 113 LH. Y, ¿no se ve que en él parece preverse también una ejecución conjunta, de todo el inmueble (en su parte hipotecada y en la no hipotecada), sin demora en el pago para el dueño de la parte exenta de la extensión hipotecaria? Más aún, al menos en su literalidad parece preverse la posibilidad de que el pago del precio del inmueble no hipotecado lo obtenga su titular antes de que el acreedor, en satisfacción de su crédito hipotecario, obtenga la parte de precio correspondiente al valor de la parte de inmueble sí hipotecado (cfr. el art. 113 LH, en su último párrafo). ¿Por qué no puede ser, entonces, ese el mismo método ejecutivo para todos los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones o mejoras? Aunque la ejecución en subasta sea total, por toda la finca con todas sus accesiones y mejoras, del precio obtenido el acreedor hipotecario sólo tendrá derecho al que corresponda al valor de lo efectivamente hipotecado. Se trata de que sea satisfecho en su crédito, no de que se enriquezca injustamente. Por eso, si, en efecto, hubo extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras, tendrá derecho el acreedor a obtener cuanto sea necesario del precio total obtenido tras la subasta hasta satisfacer por completo su crédito impagado. En cambio, cuando haya accesiones y mejoras a las que no se extiende la hipoteca, aunque la ejecución sea por el todo, el acreedor sólo tendrá derecho a obtener del precio total la parte del mismo correlativa al valor de la parte de inmueble hipotecado (que estaba ya fijado en el título constitutivo –*ex arts. 130 LH, 682.2 y 694 in fine* LEC–), y así hasta cubrir el crédito, sin que pueda satisfacerlo si aquella parte del precio no llega a cubrirlo. Al propietario de las accesiones a que no se extiende la hipoteca, pero sí la ejecución, pertenecerá el importe en que se valoren tales accesiones (que, en la práctica será el exceso de remate respecto al valor de la finca hipotecada, deducidas otras posibles accesiones y mejoras que sí se integren en la extensión legal y pertenezcan, por tanto, al acreedor). Lo que demuestra, una vez más, que aunque la ejecución sea conjunta, la hipoteca no se ha extendido a toda la finca hipotecada: cada uno de los acreedores, el hipotecario y el tercer poseedor por el precio de su adquisición, no concurren, no entran en conflicto, porque cada uno tiene derecho a una parte bien diferenciada de la finca ejecutada.

Superado, así, este inconveniente, que podría ser material o económico, queda, sin embargo, otro más técnico, que suele oponerse a la aplicación generalizada del art. 113 LH, fuera de su estricto ámbito aplicativo, que se refiere a la no extensión de la hipoteca en beneficio del tercer poseedor. Suele a tal respecto oponerse que no cabe su aplicación por analogía, *ex art. 4.2 CC*, al ser una norma excepcional, frente a la regla general de la extensión de la hipoteca a accesiones y mejoras (*ex arts. 109 y 110 LH*), cuya literalidad se refiere, estrictamente, sólo al caso del tercer poseedor (como ella misma sugiere cuando se remite a «*lo dispuesto en el artículo anterior*»); sin que, además, pueda verse semejanza, la *eadem ratio* que exige el art. 4.1 CC, entre el art. 112 LH (con su consiguiente art 113 LH) y los arts. 110.1º y 111 LH, cuando aquél se refiere al tercer poseedor (ajeno a la constitución de la hipoteca, y a la propia deuda), y éstos al propio hipotecante (sea o no además el propio deudor). A esta negativa a la analogía podría objetarse la igualdad habida en la *ratio* registral de los arts. 110.1º *in fine*, 111 y 112 LH. Residiendo, además, la identidad de razón lógica en principios generales del Derecho hipotecario, como son la publicidad y la especialidad, no se puede afirmar que el art. 113 LH (consecuencia de aquellos principios), sea norma excepcional que no pueda aplicarse por analogía *ex art. 4.2 CC*. Mucho menos cuando ni siquiera se trata de aplicar por analogía el art. 113 LH, sino simplemente de interpretarlo extensivamente para aplicarlo a un caso concreto, no previsto en el art. 112 LH, pero sí en los arts. 110.1º y 111 LH, referido a una misma institución, la hipotecaria, y a la misma hipótesis general, de no extensión de la hipoteca a ciertas accesiones y mejoras. A tal interpretación extensiva no conduce sólo la lógica, ni únicamente la interpretación sistemática (que obliga a aunar aquellos arts. 110.1º, 111 y 112 LH en cuanto al modo ejecutivo de la hipoteca), sino también una interpretación histórica, que, de nuevo, revela la intención del legislador, la razón contenida en el art. 113 LH: confróntese, para su demostración, dicho art. 113 LH (que en su letra se refiere a la ejecución hipotecaria frente al tercer poseedor en aras de respetar el 112 LH), con la explicación que sobre el art. 110.1º LH *in fine* dio el Sr. Permanyer en el debate parlamentario de la LH-1861, ante las críticas del Sr. Ortiz de Zárate (como puede verse en las *LLHH de España, I*, 188 y 189).

V. EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA

Para terminar esta crónica jurisprudencial sobre los arts. 109 ss. LH, resta por abordar la validez y eficacia de un pacto que, prácticamente, constituye cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios: aquel en que acreedor e hipotecante acuerdan la exclusión de las excepciones legales, de modo que la hipoteca también se extienda a accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones, por principio salvadas por el art. 110.1º LH *in fine*, o a los bienes muebles que el art. 111 LH en principio dispone –pero no impone– como excluidos. En todo este posible juego de la autonomía privada en materia de extensión de la hipoteca, la mayoría de la doctrina, prácticamente desde que ya

lo defendiera MORELL Y TERRY (*Comentarios LH*, 728 ss.), y la práctica unanimitad de la jurisprudencia admiten la validez del pacto, e incluso su eficacia frente a terceros (dada su constancia registral), al menos, la de aquella cláusula tan habitual en las escrituras de extender la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando luego la finca hipotecada sea transmitida a un tercero. En la jurisprudencia, entre las más recientes, cabe citar las SSTs de 18 noviembre 2005 (RJ 2005, 7733), 19 junio 2008 (RJ 2008, 3225), y, últimamente, la STS de 21 mayo 2009 (RJ 2009, 2416); así como las RRDGRN de 6 febrero 1986 (RJ 1986, 1008), de 23 y 26 octubre 1987 (RJ 1987, 7660) y (RJ 1987, 7661), respectivamente), 19 enero 1996 (RJ 1996, 586), y de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263) –si bien estas cuatro últimas le niegan al pacto eficacia *erga omnes*–.

Admitida, entonces, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en esta materia, de más interés resulta precisar sus límites, conforme exige en general el art. 1255 CC:

Uno de tales límites, expresión de la imperatividad y, sobre todo, del orden público, es la no conculcación de los principios de especialidad y de publicidad, que, según lo visto, justifican los casos en que la extensión de la hipoteca no encuentra operatividad (especialmente, en los dos casos del art. 110.1º LH *in fine*, que, no en vano, la práctica bancaria intenta eludir, o no aplicar, convencionalmente). En el debido respeto a tales principios hipotecarios, no cabe convencionalmente excluir de la hipoteca aquellos elementos que supongan alteración de la misma finca registral hipotecada (v. gr., los excesos de cabida registrados, la agregación de terrenos por accesión natural,...), salvo que se proceda –previa y registralmente– a la pertinente segregación, en tanto ésta sea posible. Así lo defiende, BLASCO GASCÓ (1994, 35 y 36); en contra, LLOPIS GINER (1999), por entender que como mejora resulta inseparable de la finca ya hipotecada. En la jurisprudencia, la STS de 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8407) admitió la no extensión de la hipoteca a un caso en que de la finca originariamente hipotecada se hubo segregado una porción, de la que se hizo escritura e inscripción de cancelación de la hipoteca que recaía sobre tal finca ya segregada. Lo mismo cabe decir de la elevación de edificios, o de cualquier otra ampliación (en vertical o en horizontal), cuya exclusión de la extensión de la hipoteca originaria pende de la autonomía registral que, como finca independiente, se le otorgue, o no, a lo ampliado (según lo dicho al justificar las excepciones). Sí sería, en cambio, válido incluir en la hipoteca futuras agregaciones o edificaciones, aunque tal pacto no implicaría automáticamente la hipoteca de tales bienes, que aún no existen. El principio de especialidad impide la hipoteca recayente sobre bienes futuros. Valdría tal pacto como promesa de hipoteca (ex art. 1862 CC), de modo que una vez producida en efecto la agregación de terreno o construido el edificio, la hipoteca no se extendería automáticamente a tales inmuebles; para hipotecarlos habría, primero, que dar constancia registral de tal accesión, mediante las oportunas inscripciones de agregación o, en su caso, de agrupación de fincas (conforme a los arts. 45 ss RH), y a través de la pertinente declaración de obra nueva (conforme a los arts. 208 LH y 308 RH), respectivamente, para,

ya después, inscribir sobre ella la oportuna escritura de hipoteca. Sólo cabría una hipoteca desde un principio constituida (más que estrictamente extendida), si desde ese principio constase inscrita la futura edificación como finca registral al amparo del art. 8.º LH. Es en el fondo lo que defiende LLOPIS GINER (*Com. Edersa*, VII-6º, 252 y 253), cuando admite la extensión pactada con eficacia *erga omnes*, en tanto que al tratarse de cosa futura esté ya descrita en la escritura de hipoteca.

Otro límite destacable a respetar en esta materia es el respeto, o no perjuicio, de los derechos e intereses de terceros (ex art. 6.2 CC), cuando es el hipotecante quien renuncia a un beneficio que la ley le concede (al excluir de la hipoteca algunos bienes suyos), aunque luego transmita la finca así hipotecada, lo que a la postre revela la imperatividad del art. 112 LH, salvo que sea el propio tercer poseedor quien renuncie a su aplicación. Es el caso tan común en la práctica antes mencionado (de incluir convencionalmente en la hipoteca futuras agregaciones o construcciones), naturalmente cuando aún no hay un tercero con derecho –real– alguno sobre la finca. Es este, sin embargo, el supuesto al que suelen referirse algunos en la doctrina para indicar que el tercero (v. gr., con derecho de superficie constituido antes de la hipoteca), no puede ser afectado por el pacto de extensión de la hipoteca a futuras agregaciones o edificaciones. Así, en CARRASCO PERERA (y otros, 2002, 521); (BLASCO GASCÓ 1994, 56 y 57); MONTÉS PENADÉS (2007, 512); y RAMOS CHAPARRO (2008, 428). En tal caso, el edificio no se verá afectado por la hipoteca: *prior in tempore, potior in iure*, y, como razón más importante, porque de haber un derecho real previamente concedido a favor de tercero (superficie, usufructo,...), sencillamente la hipoteca de la finca no habrá podido cubrir aquel derecho, porque no habrá sido una hipoteca de la plena propiedad (sino de la nuda propiedad, o del dominio sin el *jus aedificandi*,...). Pretender convencionalmente lo contrario, sería admitir una hipoteca de cosa –en parte aún– ajena. Refiérase, pues, más bien aquel pacto al caso en que no hay, de momento, tercero alguno, y el dueño actual hipoteca su finca con el compromiso de que dicha hipoteca se extienda a las agregaciones o edificaciones que en el futuro sean realizadas por él mismo o incluso por un posible tercero adquirente (que aquí ya entra en escena). Al tratarse, como se ha dicho antes, de una simple promesa de hipoteca (por ser imposible la hipoteca actual de bienes futuros), ésta sólo tendrá eficacia personal, entre las partes (como dice claramente el art. 1862 CC). Sólo desde la posterior inscripción de la accesión, primero, y de la hipoteca, después, alcanzaría ya aquel pacto eficacia real, frente a terceros adquirentes de la finca accedida o mejorada, pudiendo discutirse tal vez si con reserva de rango hipotecario para el acreedor hipotecario al momento en que se constituyó la primera hipoteca (por aplicación extensiva de los arts. 142 y 143 LH), siempre –de nuevo el mismo límite– que no se perjudiquen derechos de terceros adquiridos, y registrados, con anterioridad (SAAVEDRA MONTERO, 1999, 105 y 106; y Ramos Chaparro, 2008, 426, 457 y 458).

Resultará, en cambio, nulo el pacto que incluya las futuras edificaciones o

agregaciones de terrenos que, una vez transmitida la finca hipotecada, realice el propio tercer poseedor. Así lo han entendido en la doctrina BLASCO GASCÓ (1994, 61, nota 75), RAMOS CHAPARRO, 2008, 429, y, desde antes, la jurisprudencia: entre otras, las RRDGRN de 23 (RJ 1987, 7660) y de 26 octubre 1987 (RJ 1987, 7661), respectivamente, en la misma línea, la de 19 enero 1996 (RJ 1996, 586) y, siguiéndola recientemente, la de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263). Sólo será válido el pacto cuando el propio sujeto, al adquirir la finca o al realizar la accesión, renuncie a la exclusión de hipoteca, pues en tal caso renunciará a un derecho que ya es propio, y que no afecta a terceros. Otra salvedad se daría si al adquirir la finca hipotecada el comprador asume también la deuda, aunque en dicho caso valdrá aquel pacto, siéndole además eficaz u oponible, por convertirse dicho adquirente en parte del mismo; lo que de nuevo impide estimarlo en tal caso como auténtico tercer poseedor. Así puede verse advertido en las SSTs de 4 marzo 1887 (Col. Leg. n° 79) y 28 junio 1928 (Col. Leg. n° 73), y en las RRDGRN de 19 enero 1996 (RJ 1996, 586), y 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263).

VI. BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- BARRACHINA Y PASTOR, F: *Comentarios a la Ley Hipotecaria, Tomo III*, Castellón, 1911.
- BLASCO GASCÓ, F: *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado)*, Valencia, 1994.
- CAMPUZANO Y HORMA, F: *Legislación Hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1926.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Tomo VI*, Pamplona, 1983.
- CARRASCO PERERA, A *et alii*: *Tratado de los Derechos de garantías*, Navarra, 2002.
- CHICO Y ORTÍZ, JM: *Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo II*, Madrid, 1994.
- DÍAZ MORENO, E: *Contestaciones a la parte de Legislación hipotecaria*, 2ª ed., Madrid, 1907.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P y MONTALBÁN, JM: *Elementos del Derecho Civil y Penal, Tomo II*, Madrid, 1843.
- LLOPIS GINER, JM:
- «Comentario a la RDGRN de 6 febrero 1986», en RGD, 1986, pp. 3822-3824.
 - «Comentario a la STS de 15 diciembre 1997», en RDP, 1999, pp. 399-410.
- MONTÉS PENADÉS, VL: «La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de propiedad», en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía. V Encuentro interdisciplinar*, Madrid, 2007, pp. 501-522.

PANTOJA, JM y FLORET, AM: *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros, con la legislación española*, Tomo I, Madrid, 1861.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derechos reales. Derecho Hipotecario, II: Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3ª ed., Madrid, 1999.

RAMOS CHAPARRO, E: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, con prólogo de A. Gordillo Cañas, Navarra, 2008.

RAMOS FOLQUÉS, R: «La regulación jurídico-registral de la edificación», en RCDI, 1954.

ROCA SASTRE, RM:

- *Derecho Hipotecario, Tomos II: Registro de la Propiedad, y IV: Hipotecas*, Barcelona, 1954.

- *Dictámenes Jurídicos, Tomo II*, Barcelona, 1984.

RUIZ-RICO RUIZ, JM: «Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», en RDP, 1993, pp. 906-925.

SAAVEDRA MONTERO, E:

- *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, con prólogo de O'CALLAGHAN MUÑOZ, Madrid, 1999.

- «La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», en AC, 1996, pp. 633-646.

- «Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», en AC, 1997, pp. 41-81.

- «La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas», en AC, 1998, pp. 939-954.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I: «La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario», en RCDI, 2000, pp. 3097-3141.

STS de 4 marzo 1887 (Col. Leg. n° 79)

STS de 20 febrero 1889 (Col. Leg. n° 70)

RDGRyN de 20 mayo 1895 (Col. Leg. n° 36)

RDGRyN de 22 diciembre 1898 (Col. Leg. n° 139)

STS de 3 enero 1905 (Col. Leg. n° 2)

STS de 19 diciembre 1917

RDGRyN de 19 diciembre 1918 (Col. Leg. n° 216)

RDGRyN de 3 enero 1928 (Col. Leg. n° 16)

STS de 28 junio 1928 (Col. Leg. n° 73)

RDGRyN de 11 diciembre 1928 (Col. Leg. n° 184)
RDGRyN de 15 junio 1929 (Col. Leg. n° 147)
RDGRyN de 19 noviembre 1943
STS de 12 marzo 1948 (RJ 1948, 464)
RDGRyN de 29 mayo 1965 (RJ 1965, 2502)
RDGRyN de 20 febrero 1969 (RJ 1969, 4155)
RDGRyN de 21 febrero 1969 (RJ 1969, 4156)
STS de 20 febrero 1973 (RJ 1973, 532)
RDGRyN de 5 noviembre 1982 (RJ 1982, 6941)
STS de 22 octubre 1983 (RJ 1983, 5336)
STS de 6 diciembre 1985 (RJ 1985, 6322)
RDGRyN de 6 febrero 1986 (RJ 1986, 1008)
STS de 14 marzo 1986 (RJ 1986, 1253)
STS de 14 marzo 1987 (RJ 1987, 10212)
RDGRyN de 23 octubre 1987 (RJ 1987, 7660)
RDGRyN de 26 octubre 1987 (RJ 1987, 7661)
STS de 29 junio 1989 (RJ 1989, 5594)
STS de 5 julio 1990 (RJ 1990, 5778)
STS de 15 noviembre 1990 (RJ 1990, 8948)
STS de 21 diciembre 1990 (RJ 1990, 10359)
STS de 2 enero 1991 (RJ 1991, 101)
STS de 28 febrero 1991 (RJ 1991, 1607)
STS de 20 marzo 1992 (RJ 1992, 2213)
STS de 27 junio 1992 (RJ 1992, 5562)
STS de 16 octubre 1993 (RJ 1993, 7608)
STS de 4 junio 1993 (RJ 1993, 5261)
RDGRyN de 21 febrero 1995 (RJ 1995, 1735)
STS de 6 abril 1995 (RJ 1995, 3415)
STS de 10 junio 1995 (RJ 1995, 4915)
RDGRyN de 19 enero 1996 (RJ 1996, 586)
RDGRyN 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2046)
STS 15 diciembre 1997 (RJ 1997, 8980)
RDGRyN de 20 octubre 1998 (RJ 1998, 8152)
STS de 1 febrero 2000 (RJ 2000, 277)

RDGRyN 5 mayo 2000 (RJ 2000, 5830)
STS 7 junio 2000 (RJ 2000, 4005)
STS de 14 diciembre 2000 (RJ 2000, 10442)
RDGRyN de 14 marzo 2001 (RJ 2001, 2181)
STSJ de Navarra de 6 abril 2002 (RJ 2003, 2454)
STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8407)
STS de 8 junio 2004 (RJ 2004, 3817)
STS de 18 noviembre 2005 (RJ 2005, 7733)
STS de 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6472)
STS de 26 enero 2007 (RJ 2007, 1872)
STS de 27 junio 2007 (RJ 2007, 3866)
STS de 17 diciembre 2007 (RJ 2007, 8937)
STS de 19 junio 2008 (RJ 2008, 3225)
STS de 21 mayo 2009 (RJ 2009, 2416)
RDGRyN de 21 diciembre 2010 (RJ 2011, 263)