

El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: 1. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: CLASIFICACIÓN CUATRIMEMBRE DEL OBJETO DE LA HIPOTECA. 2. LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: DE LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS BIENES. 3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909.—III. EL OBJETO DE LA HIPOTECA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. Su EXAMEN: 2.1. *Comentario general: el objeto físico y jurídico del Derecho de hipoteca.* 2.2. *Examen particularizado del artículo 106.1 de la Ley Hipotecaria.* 2.3. *Examen del artículo 106.2 de la Ley Hipotecaria.*—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

El presente estudio obedece a una interpretación del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y concordantes del mismo cuerpo legal. La doctrina hipotecaria tradicional ha resuelto muy rápidamente, a mi juicio, las posibles contradicciones del precepto. Quizá, por sabido, no fue correctamente interpretado y se puso más el acento en diferenciar la figura de la hipoteca de la prenda que en el propio contenido del precepto, cuya finalidad consiste en establecer el objeto de la hipoteca y su posible extensión.

El trabajo sobre el objeto de la hipoteca no es más que un aspecto introductorio de otro que reposa, mucho tiempo ya, sobre la extensión objetiva de la hipoteca, sobre el que impartí dos cursos de doctorado los años 1989-90 y 1990-91. Permítanme, pues, que sea en éste en el que fije algunos criterios que fueron las bases de las disertaciones doctorales que soportaron pacientemente mis doctorandos, y sin embargo amigos y compañeros, entre otros Marcelino Alamar, Antonio Canals, Beatriz Delgado, Ana Julia Roselló y Miguel Verger; a todos ellos mi agradecimiento por su paciencia y por las aportaciones que realizaron.

La hipoteca es una institución que cuenta en la actualidad con la preferente atención de un numeroso sector de la doctrina. También la jurisprudencia hipotecaria ha venido resolviendo las nuevas cuestiones que se presentan

debido al innovador tráfico económico y jurídico. Este fenómeno no puede causar extrañeza; si se examinan las estadísticas de estos últimos años, se observa que en cada uno de ellos ha venido aumentando el capital confiado y garantizado por la garantía hipotecaria y, por tanto, la hipoteca es una figura jurídica que hoy también goza de gran importancia, lo que sirve al mismo tiempo para acreditar el buen funcionamiento y servicio de la publicidad registral, sobre la que indudablemente descansa la garantía hipotecaria.

El tema del objeto ha sido sin embargo dejado a un lado; preocupada la doctrina por los grandes temas de la hipoteca y de ajustarla a las nuevas figuras crediticias no se ha detenido a observarlo, pero la cuestión que plantea el objeto reviste una importante trascendencia al ser el objeto de la hipoteca sobre lo que ella descansa y lo que en definitiva es dado en garantía por el deudor al acreedor para que éste satisfaga sus intereses en caso de incumplimiento del débito.

El concepto y el contenido del objeto de la hipoteca inmobiliaria es propiamente registral, es decir, en él no influye para nada el crédito garantizado por la hipoteca, sino que se refiere al elemento real del contrato de hipoteca; y al ser el derecho real de garantía de constitución registral, el objeto de la hipoteca no puede aparecer desligado del de finca registral.

Uno de los puntos que considero importante resaltar es el de que la extensión objetiva de la hipoteca no puede ser separada del objeto de la hipoteca; no cabe estudiar aisladamente la extensión objetiva sin antes conocer cuál es el objeto de la hipoteca, aquello sobre lo que recae la garantía hipotecaria o lo que no es objeto de la misma por decirlo así la ley o el pacto de las partes.

La materia de la extensión objetiva ha sido, a mi juicio, oscurecida por el tema de las llamadas pertenencias o de las partes integrantes, conceptos que si bien son importantes en otros ordenamientos, sin embargo no lo son en el nuestro en el que les falla el respaldo positivo, pese al esfuerzo bienintencionado de la doctrina; de ahí que para entender el alcance de los preceptos hipotecarios relativos al objeto de la hipoteca se deba volver la vista al artículo 334 del Código Civil y a la enumeración que de los bienes inmuebles realiza este precepto.

Simplemente, quiero recordar en este punto introductorio la clasificación de la hipoteca por razón del objeto en hipoteca inmobiliaria e hipoteca mobiliaria, que, como de todos es sabido, se hallan regulados separadamente, pero que necesariamente tienen elementos comunes, muy especialmente en el tema que ahora se estudia. Sin embargo, por la amplitud del estudio quiero que toda esa problemática pueda ser vista en posterior trabajo. Ahora tan solo quiero incidir en la, a mi entender, necesaria reforma de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en busca de una mayor determinación y precisión en el objeto hipotecado.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: CLASIFICACIÓN CUATRIMEMBRE DEL OBJETO DE LA HIPOTECA

En la Ley Hipotecaria de 1861 el legislador se enfrentó a una cuestión previa: la propia clasificación de los bienes, y aunque manifestó que la misma no era una materia propia de ser recogida por la Ley Hipotecaria (1), sin embargo, necesariamente, debía partir de una clasificación de éstos para determinar qué bienes podían ser o no objeto de hipoteca. Se partió de la distinción entre bienes muebles y bienes raíces y además se distinguieron diversos grados en orden a su hipotecabilidad.

En la propia Exposición de Motivos, y más tarde en la ley, se realizó una clasificación de los bienes que se podría considerar de cuatrimestre; así, se distinguió entre: 1) aquellos bienes y derechos que pueden ser hipotecados; 2) aquellos otros que aun pudiendo ser hipotecados lo serían con restricciones; 3) aquellos bienes que no pueden ser objeto de hipoteca, y 4) por último, se ocupa de los bienes a los que se extiende la hipoteca.

1. Los bienes y derechos que pueden ser hipotecados aparecían recogidos en el artículo 106 y estaba fundamentalmente dirigido a deslindar entre las figuras de prenda e hipoteca; así, se dice que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, «quitando así la anfibiología que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras» (2).

2. Respecto de los bienes y derechos que pueden ser hipotecados pero con restricciones, se regulan en la Exposición de Motivos y en la ley en el artículo 107 lo siguiente: El edificio construido en suelo ajeno; el derecho a percibir los frutos en el usufructo; la mera propiedad, en cuyo caso se extenderá la hipoteca al usufructo cuando se consolide con la nuda propiedad; los bienes anteriormente hipotecados aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar; los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real; los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público; los bienes pertenecientes a per-

(1) En la Exposición de Motivos se dice: «No corresponde a la Ley de Hipotecas definir y clasificar las diferentes clases de bienes, que comprende la regla general, la división de éstos en muebles y raíces». A continuación y de forma innovadora para el derecho anterior, se considera que los oficios públicos enajenados de la Corona no deben considerarse como bienes inmuebles.

(2) El artículo 106 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: Sólo podrán ser hipotecados, primero, los bienes inmuebles; segundo, los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre los bienes inmuebles.

sonas que no tienen la libre disposición de ellos y el derecho de hipoteca voluntaria (3).

3. Respecto de los bienes que no pueden hipotecarse y para el discurso que a este tema interesa, se afirma como excluidos de la posibilidad de ser hipotecados de forma independiente: los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca; los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria. Resulta interesante subrayar alguno de los puntos, como es el apartado quinto referente a las cosas que deban poseer en lo futuro, pero que, sin embargo, no están aún inscritas. Las restantes cosas o derechos no hipotecables se refieren al derecho de percibir los frutos en los usufructos legales, el derecho de uso y habitación a las servidumbres, los bienes vendidos con pacto de retro, las minas mientras no se haya obtenido el título y, por último, los bienes litigiosos (4).

(3) Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan: 1.º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado. 2.º El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que les puso fin. 3.º La mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo no se consolidare con ella en la persona del propietario no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo como no se haya pactado lo contrario. 4.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar, siempre que queden a salvo las prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel a cuyo favor esté constituida la primera hipoteca. 5.º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes de la propiedad. 6.º Los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez o más años, pero quedando pendiente la hipoteca que sobre ellos se constituya de la resolución del derecho del concesionario. 7.º Los bienes pertenecientes a personas que no tienen la libre disposición de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenación. 8.º El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre el de la resolución del mismo derecho.

(4) El artículo 108 decía: No se podrán hipotecar: 1.º Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca. 2.º Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios. 3.º Los oficios públicos. 4.º Los títulos de la deuda del Estado de las provincias o de los pueblos y las acciones de bancos, empresas o compañías de cualquier especie. 5.º El derecho real en cosas que aun cuando se deban poseer en lo futuro no estén aún inscritas a favor del que tenga el derecho a poseerlas. 6.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada. 7.º El derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes o fueros especiales a los padres o madres sobre los bienes de sus hijos y al

Los frutos, rentas, árboles en pie, mientras no estén separados del suelo son, por su naturaleza, bienes inmuebles y siguen la condición de la tierra en que se hallan; y añade la Exposición de Motivos: «Como adheridos a la finca y como parte de ella pueden, sin duda, ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que se arraigan porque, separados de él, son ya bienes muebles. Aduciendo respecto de los objetos muebles una doble razón: 1) que considerados aisladamente son bienes muebles, y 2) que no son enajenables con arreglo a las leyes de partida, «que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios e impedir actos que, a veces, más podían considerarse como de un vandalismo grosero que como verificados bajo la protección tutelar de las leyes» (5).

4. La Ley Hipotecaria de 1861 reguló la materia de la extensión de la hipoteca en cuatro preceptos: el artículo 110; el artículo 111, expresando la extensión automática de la hipoteca de los bienes excluidos en el citado precepto para el caso de que los bienes perteneciesen al propietario de la finca (6); el artículo 112 para el caso de que la finca hipotecada pasara a

cónyuge superviviente sobre los del difunto. 8.º El uso y la habitación. 9.º Los bienes vendidos con pacto de retroventa mientras la venta no quede irrevocablemente consumada o resuelta. 10. Las minas mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva aunque están situados en terreno propio. 11. Los bienes litigiosos.

(5) Es curioso citar el ejemplo que se transcribe en la Exposición de Motivos y que refleja una situación social y jurídica que se intenta erradicar: «Ver, en efecto, que para pagar a un acreedor no se pone en venta la casa, sino que se empieza por quitar las tejas que la cubren o las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales a la venta, sería repugnante e indigno de un pueblo civilizado».

(6) En el artículo 110 se decía textualmente: La hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.

El artículo 111 completaba el anterior diciendo: Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca. 2.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otros semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 3.º Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria estuvieren pendientes de los árboles o plantas, o ya cogidos pero no levantados ni almacenados. 4.º Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito. 5.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseveración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

manos de un tercer poseedor, y los derechos que le corresponderían a éste en el caso de ejecución de la finca hipotecada en el artículo 113 (7).

Con ello el legislador de 1861 estaba haciendo en realidad una verdadera clasificación de los bienes en orden a su naturaleza, indudablemente predecesora de su articulación en el posterior Código Civil.

2. LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS BIENES

La publicación del Código Civil fue muy importante para el tema en estudio, pues se producía por primera vez en nuestro Ordenamiento la enumeración y clasificación legal de los bienes, ubicada en los artículos 333 y siguientes. Ya se dijo que el legislador hipotecario de 1861 no quiso descender a regular esta materia que consideraba impropia de una Ley Hipotecaria, pero que necesariamente debía partir de ella con una previa clasificación de los bienes en muebles e inmuebles; y en relación a la hipoteca se realizó la clasificación cuatrimembre que anteriormente se estudió.

Indudablemente el legislador a la hora de enumerar los bienes inmuebles siguió, de acuerdo con nuestra tradición jurídica y los antecedentes inmediatos, el sistema francés, y en un artículo de carácter imperativo como es el 334 del Código estableció qué bienes deberían tener la consideración de inmuebles; la doctrina posterior fue la que los clasificó en bienes inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía; pero esta clasificación es la única posible a la hora de estudiar el concepto de bien en nuestro Derecho positivo.

El artículo 334 concuerda con el artículo 380 del proyecto de 1851 y en gran parte de sus apartados supone una innovación importante respecto al Derecho histórico; así, por ejemplo, en los apartados 2, 7, 8 y 9 y en los restantes son escasos los antecedentes históricos (8).

(7) Artículo 112, que decía: Cuando la finca hipotecada pasare a manos de un tercer poseedor no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación siempre que unas u otros se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo. Estableciéndose en el artículo 113 los derechos que le asisten al tercer poseedor de finca hipotecada, diciendo: El dueño de las accesiones o mejoras que no se entienden hipotecadas según lo dispuesto en el artículo anterior podrá exigir su importe o retener los objetos en que consistan si esto pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca; mas en el primer caso no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

(8) En este sentido se muestra SCAEVOLA a la hora de comentar el artículo 334 del Código Civil, en donde, salvo la concordancia ya apuntada con el proyecto de 1851, no

3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909

La siguiente fase histórica fue la importante reforma de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que fue la edición oficial de la Ley Hipotecaria tras su modificación operada por la Ley de 21 de abril del mismo año; por eso es conveniente que según el criterio adoptado se siga el orden cronológico de las disposiciones.

La Ley de 21 de abril reformó diversos aspectos de la Ley Hipotecaria de 1869, varios de ellos referidos al derecho real de garantía; pero en cuanto a su objeto, tan sólo en su artículo 10 introduce un nuevo concepto de la extensión de la hipoteca, puesto que determina que «salvo pacto expreso que disponga lo contrario la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice no comprenderá...» Ello supone un cambio importante en el principio y en las reglas de la extensión objetiva: es, nada más y nada menos, que la introducción de la autonomía privada en esta materia, de forma que se pasa de regular la extensión automática de la hipoteca a determinados bienes a considerar que no se hallan incluidos en la extensión de la hipoteca algunos bienes como los objetos muebles, los frutos, las rentas vencidas y no satisfechas, a no ser que exista pacto en contrario. El citado precepto termina derogando los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria en todo aquello en que se le oponga (9).

Interesante resulta el comentario que al citado precepto se hizo en el Alcubilla, que después de relacionar la regulación anterior se enumeraba resumidamente lo siguiente: 1) Se destruye la presunción relativa al alcance de la extensión de la hipoteca. 2) Se establece que los bienes muebles anejos o adheridos a los inmuebles no se entienden hipotecados con éstos como no se estipule expresamente. 3) La nueva disposición reforma de un modo directo o deroga parcialmente los citados artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y rectifica de manera indirecta y en cuanto a la garantía

existe ningún otro antecedente del precepto; tan sólo se aportan algunos antecedentes históricos que en realidad no son tales, pues más bien se refieren a supuestos de venta que al de transmisión. En este sentido, M. SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado*, tomo VI, 2.^a edición, Madrid, 1892, págs. 76 y sigs.

(9) Decía el artículo 10 de la Ley de 21 de abril de 1909: Salvo pacto expreso que disponga lo contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. 2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. 3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Quedan derogados, en la parte que se refiera y oponga a las disposiciones anteriores, los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria.

hipotecaria se refiere el artículo 334, apartados 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º del Código Civil (10).

La propia Exposición que el Ministro de Gracia y Justicia dirigió a las Cortes referida a esta materia fue también elocuente, puesto que basó la razón de la reforma en facilitar el crédito agrícola y en la urgente necesidad de completar la reforma permitiendo la hipoteca de los muebles y frutos, productos o rentas con separación de las fincas a las que se hallen unidos o que estén pendientes, indicando que con este mismo pensamiento se había introducido la modificación contenida en el artículo 16, es decir, la relativa al principio de legitimación registral contenido en el actual artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria (11).

La edición oficial de la Ley de 1909 fue aprobada, como se ha dicho, el día 16 del mes de diciembre del mismo año. Antes de iniciar su estudio conviene recordar las motivaciones de la citada Ley, que fueron: la publicación del Código Civil, haciéndose necesario armonizar muchas de las disposiciones de la Ley Hipotecaria a los nuevos contenidos de las normas de carácter sustantivo contenidas en el nuevo cuerpo legal. Otra de las motivaciones fue la necesidad de refundir los textos que habían sido modificados por la Ley de 21 de abril, dándoles unidad en una Ley Hipotecaria. La publicación de la Ley Hipotecaria de Ultramar fue también el origen de este movimiento, que había sido bien acogida, aunque se pensó en la necesidad de una reforma hipotecaria para la Península; y por último, la jurisprudencia había interpretado y marcado pautas en materia hipotecaria, por lo que era necesario recoger en lo que fuera conveniente el sentir jurisprudencial.

En materia del objeto de la hipoteca la reforma era una verdadera necesidad, porque el Código Civil había recogido en su cuerpo legal una

(10) *Anuario de 1909, Boletín Jurídico-Administrativo, Madrid, 1909, pág. 164, nota 10.*

(11) Expresamente el Ministro de Gracia y Justicia en la defensa de la Ley ante las Cortes dijo que tal como venía regulado en la anterior legislación «el crédito hipotecario absorbe por terminante imposición legal y no por pacto, en cuyo caso debe respetarse aquello que el labrador más propia y frecuentemente puede dar en garantía separada e indeciblemente de la tierra, dificultando el desarrollo del crédito estrictamente agrícola sin que abone tal extensión razón alguna lógica, no pareciendo en cambio equitativo que forzosamente hayan de quedar siempre hipotecados con la finca dichos muebles, frutos y rentas, sin permitir que los contratantes puedan pactar lo contrario». Posteriormente se refirió a la necesaria modificación del contrato de prenda y del concepto de bienes inmuebles del artículo 334 del Código Civil, lo que permitiría la hipotecabilidad separada de los bienes citados, para finalmente referirse a que a este pensamiento responde el párrafo 2.º del artículo 16 cuando habla de frutos, productos o rentas «inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento». Las citas han sido obtenidas en el *Anuario de 1909, Boletín Jurídico-Administrativo, Madrid, 1909, pág. 165, nota 10.*

clasificación de los bienes y ello hacía necesario que el legislador hipotecario lo tuviese en cuenta a la hora de regular el objeto de la hipoteca y porque la Ley de 21 de abril modificó la extensión de la hipoteca y lo hizo dando un giro de ciento ochenta grados en los principios rectores, así como en la aplicación de las normas sobre la extensión de la hipoteca.

Conviene destacar de la expresada Ley de 1909 aquellos puntos que se consideran derogados por la reforma.

El legislador mantuvo la clasificación cuatrimembre de las leyes hipotecarias anteriores y no fueron modificados los artículos 106 y 107 relativos a los bienes que pueden ser hipotecados y los que pueden serlo aunque con restricciones. Ahora bien, en su artículo 4 ofrece una importante novedad respecto de las ediciones anteriores de las leyes hipotecarias, pues el legislador contaba ya, como reiteradamente se ha dicho, con una clasificación de los bienes inmuebles que había sido introducida en el Código Civil por el citado artículo 334; por eso en el precepto de la Ley no tuvo más que remitirse al Código sustantivo diciendo: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre los requisitos y forma de la inscripción y de lo establecido exclusivamente para las hipotecas en el artículo 110 de la misma». Por consiguiente, el legislador hipotecario estaba dándole un contenido específico al concepto de bien inmueble del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y además estaba afirmando que para la hipoteca y en base al nuevo artículo referente a la extensión paccionada de la misma dicho concepto era aplicado de forma especial o, lo que es lo mismo, que el bien inmueble adoptaba unas características diferenciadoras cuando él era objeto de una hipoteca.

Aunque sobre este punto se insistirá más adelante, es importante tenerlo muy en cuenta, pues de lo contrario es difícil de profundizar en todo lo que se refiere al objeto de la hipoteca no sólo en la extensión objetiva, sino también en lo que, a mi juicio, es una recta interpretación de los conceptos en ella contenidos.

Tal como se dijo, en la Ley modificadora sólo se vieron afectados por la reforma los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria. El primero de ellos porque se derogaron como bienes que no podían hipotecarse independientemente de la finca a la que estuvieran adheridos los descritos en los apartados 1.º y 2.º, relativos a los frutos y rentas pendientes, y a los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios.

El artículo 110 fue el que soportó el mayor número de reformas porque el sistema utilizado no fue —a mi juicio— muy afortunado, ya que a la anterior redacción se le adicionó por entero el artículo 10 de la Ley modificadora de 21 de abril, de forma que en el primer párrafo del precepto se decía que la hipoteca se extendía a las accesiones naturales, mejoras, etc.,

y en los párrafos siguientes se excepcionaba de la regla general, señalando aquellos bienes a los que no se extiende la hipoteca de no mediar pacto expreso (12).

El artículo 111, lógicamente, también sufrió importantes reformas al desaparecer los apartados 1.º, 3.º y 4.º referentes a los objetos muebles, a los frutos y a las rentas como bienes a los que se extiende automáticamente la hipoteca (13).

La supresión de los tres párrafos del artículo 111 en los bienes antes relacionados no supuso un traslado meramente de ubicación al artículo 110, pues tal como se ha visto en el artículo 10 de la Ley de 21 de abril se modificaron sustancialmente los supuestos incluidos en los mismos.

Con ello se cumplió de forma estricta, al menos en este punto, lo ordenado por la Ley modificadora de 1909.

Se debe destacar de la Ley de 1909 la definición del objeto de la hipoteca, porque si bien antes, en las anteriores leyes, podía ser conjeturado, o más bien deducido de la interpretación sistemática de los preceptos, sin embargo ahora, en la Ley Hipotecaria de 1909, se expresa definitivamente. El objeto de la hipoteca será el bien inmueble y este tiene el contenido reflejado en el artículo 334 del Código Civil, y este precepto aparece modificado por la excepción del artículo 110, en el que se convierten en muebles determinados bienes que son independientes del bien principal, como los frutos o las rentas. Esta tendencia se irá explicitando en la futura

(12) La redacción de la edición oficial de la Ley Hipotecaria de 1909 en el artículo 110 quedaba de la siguiente forma: La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas por el propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados. Salvo pacto expreso que disponga lo contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno o comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. 2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. 3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

(13) La redacción textual del artículo 111 quedaba como sigue: Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otros semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseveración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

para aquel momento, presente en la actualidad, Ley Hipotecaria, y más aún las sucesivas legislaciones sobre la materia, sirviendo de guía y principio de todas ellas.

Fue el Texto Refundido de 1946 el que introdujo una serie de cambios en la materia. Primero se modificó el artículo 106 de la Ley Hipotecaria, que había sido mantenido inalterado a lo largo de todo el desarrollo histórico de las reformas hipotecarias, y se añadió un párrafo al apartado 1.º de la misma relativo a la inscripción, de forma que quedó redactado del siguiente modo: Podrán ser hipotecados: 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Respecto de este punto se debe añadir que no fue incluido en ningún precepto de la Ley otro artículo de contenido semejante al antiguo artículo 4 de la Ley Hipotecaria de 1909 relativo a los bienes inmuebles y su remisión al artículo 334 del Código Civil, salvo la excepción en materia de hipotecas.

III. EL OBJETO DE LA HIPOTECA

El estudio del objeto de la hipoteca se dividirá en los siguientes apartados: 1) Consideraciones generales sobre el objeto, que de modo introductorio deben ser las bases de partida de este tema. 2) Su examen mediante un estudio e interpretación del artículo 106 de la Ley Hipotecaria. 3) Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal como indica la doctrina, la hipoteca sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación mediante la sujeción de un bien. Entonces en materia de determinación de la hipoteca tanto se puede considerar este principio desde el punto de vista del crédito como desde el objeto; pero verdadera y propia extensión objetiva lo es solamente en cuanto al bien y derecho hipotecado y no en cuanto al crédito, del que existe extensión (arts. 114 y sigs. de la LH), pero que no debe considerarse objetiva.

El señalar como elemento real de la hipoteca la obligación (14) es, a mi juicio, desacertado. La obligación no es objeto de la hipoteca, sino que entra dentro de los presupuestos de la misma; sin obligación garantizada no podría existir la hipoteca, sea de la clase que sea el tipo de la obligación,

(14) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, 2.ª edición, vol. III, ed. Bosch, Barcelona, cuando estudia la hipoteca inmobiliaria y dentro de los elementos reales incluye las obligaciones que pueden ser objeto de la garantía hipotecaria y a los bienes susceptibles de ser gravados con ella, pág. 80.

aun las futuras pueden ser garantizadas mediante el derecho real de hipoteca, pero la obligación en sí no es un elemento real del derecho de hipoteca, más bien debería considerarse una *conditio iuris* de la misma. Con razón se predica el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado; si algo es accesorio de lo principal, este último no puede ser objeto del primero.

Tal como se dijo anteriormente, lo que sucede es que el principio de determinación se exige sobre la obligación garantizada y sobre el objeto, pero este principio de seguridad jurídica no implica la unión de ambos, obligación y objeto como elemento real de la hipoteca.

En otro orden de cosas, no se puede hablar de extensión objetiva de la hipoteca sin referirse antes al propio objeto de la hipoteca. El separar ambas cuestiones induce frecuentemente a errores conceptuales.

La palabra extensión significa la existencia de una cosa unida a otra de la que forman parte; así el término extensión delimita *ad intra* el propio objeto de la hipoteca, mientras que el término pacto extensivo supone una determinación *ad extra* del bien sobre algo que en principio no estaba incluido dentro del objeto pero que podría unirse a él mediante un punto de conexión como es el pacto en nuestro Ordenamiento, admitido en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria. Pero todo lo dicho gira en torno al primer punto de partida que es el propio objeto de la hipoteca.

Se podría perfectamente decir que la extensión objetiva de la hipoteca es el propio objeto de la hipoteca; sin embargo, el estudio dogmático de la figura ha ido perfilando un sentido más restringido y delimitándolo a los artículos 109 y siguientes de la Ley Hipotecaria, lo que ha supuesto, a mi juicio, una desfiguración del verdadero alcance del problema al ser considerado como un compartimento en cierta medida estanco y el que se le haya tratado como un añadido. Bajo esta concepción la cuestión adquiere unos principios y fines distintos del objeto al que pertenece.

2. SU EXAMEN

2.1. *Comentario general: el objeto físico y jurídico del Derecho de hipoteca*

La doctrina, de forma mayoritaria, configura el estudio del objeto de la hipoteca distinguiendo: entre una regla general de carácter positivo, el artículo 106, y una regla general de carácter negativo, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, terminando el legislador por tratar de una serie de casos especiales de hipotecabilidad que son los establecidos en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

En el comentario concreto del artículo 106 se citan los siguientes puntos:

1. El requisito de ser un bien inmueble sirve para deslindar la hipoteca de la prenda, sólo aplicable a los bienes muebles.
2. El reflejo de la más pura técnica romanista, identificando el dominio con la cosa objeto del mismo y refiriéndose sólo a derechos cuando sean estos derechos limitados o desmembrados del dominio.
3. El término «susceptibles de inscripción» es un requisito sobreentendido, derivado del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.
4. Se critica el artículo 106 al decir que uno de los dos puntos es inútil al estar recíprocamente embebidos uno en el otro, pues el apartado 1.º al decir que podrán ser hipotecados: 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción está conteniendo un concepto que ya se encuentra también en el apartado segundo, pues los derechos reales incluidos en el citado apartado son también bienes inmuebles, según lo establece el artículo 334.10 del Código Civil.
5. Los derechos reales para ser hipotecados necesitan ser enajenables; este requisito se predica sólo de los derechos, no de los bienes inmuebles *stricto sensu*; las fincas lo son, naturalmente, siempre: su inalienabilidad es accidental.
6. Mientras los derechos reales tengan el requisito de enajenables son hipotecables (15).

Considero que estos puntos de crítica pueden ser objeto de revisión, pues no llegan a explicar convenientemente el objeto de la hipoteca. El propio artículo 106 de la Ley Hipotecaria es criticado como un artículo reiterativo y que en cierta medida no es sino trasunto de otros preceptos de la Ley o de la propia configuración de la hipoteca, y no deja de ser sorprendente que el artículo póstico del objeto de la hipoteca no tenga nada más que decir cuando, a mi juicio, configura y sistematiza todo lo relativo a la materia. Se ha de tener en cuenta que el precepto debe ser interpretado según los avances realizados hasta la fecha, además de que el artículo, aun visto en su ubicación histórica, ofrece un mayor sentido que el indicado.

El apartado 1.º del artículo 106 relativo a que los bienes inmuebles susceptibles de inscripción podrán ser hipotecados, además de diferenciar la

(15) Se sigue en este punto el comentario de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL en el *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., t. IV, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, págs. 464 y sigs. En esta línea se encuentra CHICO, que tras comentar la doctrina mantenida por DORAL en el artículo anteriormente citado, insiste en el valor económico y jurídico de la cosa tanto durante la fase de seguridad como en la ejecutiva y termina haciendo un comentario al artículo 106 de la Ley Hipotecaria en los mismos términos expresados por ROCA, *op. cit.*, págs. 622 y sigs.

hipoteca inmobiliaria de la prenda tiene un alcance diferente al explicar cuál es la naturaleza y clase del bien que puede ser hipotecado.

La equiparación entre bien inmueble y dominio de los bienes inmuebles y que por lo tanto el legislador en el apartado 1.º del citado precepto se está refiriendo al dominio y en el apartado 2.º a los derechos reales limitativos de la propiedad, según la aplicación de la más pura técnica romanista, no deja de ser una posible interpretación del precepto, pero que impide que el intérprete le busque otro sentido dotando al artículo de un mayor alcance. Además, en otros preceptos de la propia Ley Hipotecaria no se ha utilizado esa técnica, sino que de forma clara se ha aludido al dominio y a los derechos reales; sirva solo de ejemplo el artículo 2 de la Ley Hipotecaria en su apartado 1.º, cuando dice: En los Registros expresados en el título anterior se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos. Si el legislador no ha utilizado la misma expresión pudiendo hacerlo en repetidas ocasiones durante las distintas reformas hipotecarias, entre ellas la última de 1946, en la que modificó el artículo 106 introduciendo un nuevo párrafo en el mismo apartado, sino que, muy al contrario, ha mantenido su formulación, ello debe tener un significado; y no se puede interpretar de la forma indicada por la doctrina sin antes realizar una interpretación concordada del precepto salvándolo en todos sus términos si esto es posible.

De forma parecida sucede en el párrafo relativo a «susceptibles de inscripción» del apartado 1.º del artículo 106 que se introdujo con la reforma hipotecaria de 1946 y que se considera sobrentendido por el carácter constitutivo de la inscripción por la hipoteca. Considero que cualquier reforma de entrada tiene un contenido y que además éste no debe ser el de reafirmar una cosa que ya se encontraba en la propia Ley; el cambio, la modificación del precepto, ha de tener un significado, un añadido a lo que antes se decía, y es labor del intérprete el encontrarlo.

El punto 4 de la crítica al artículo 106 también parece que puede ser objeto de revisión, pues tampoco es explicable que el legislador haya sido reiterativo en este punto al incluir en dos ocasiones el mismo concepto al tratar en su apartado primero lo referente a los bienes inmuebles y en el segundo apartado los derechos reales sobre inmuebles que tienen también la consideración de bienes inmuebles según el apartado 10 del artículo 334 del Código Civil. Esta crítica, al igual que la referida a los otros puntos, es fácilmente superable en cuanto que, de inicio, no se puede tachar de reiterativo al precepto sin tener en cuenta previamente otras posibles soluciones o significados que el artículo pudiera tener y que dotase de sentido a los dos apartados que componen el precepto. De momento parece extraño tanto desconocimiento del legislador acerca de los bienes inmuebles regulados por el Código y que se haga necesaria una interpretación restrictiva o correctora que

comprima el texto de la norma al espíritu que dicese la anima, considerándose que el artículo 106 es todo un precepto exuberante en cuanto a su sentido literal. Este tipo de interpretación no es el más adecuado para el artículo 106, pues el contenido del precepto es lo suficientemente expresivo para no necesitarla; lo único que sucede es que un planteamiento distinto supone un giro importante a nivel doctrinal acerca del objeto del derecho de hipoteca.

La necesaria enajenabilidad de los derechos reales para ser susceptible de hipoteca es, evidentemente, una exigencia del propio derecho real de garantía. Los bienes de por sí no son en principio ni alienables ni inalienables, va a depender del ordenamiento jurídico que los regula el que tengan o no esta característica, por lo que no es necesario predicar de éstos la característica de la enajenabilidad, que sí que es importante en cuanto a los derechos que puedan imponerse sobre dichos bienes que, configurados por el Derecho de una forma determinada, llevan consigo o no esta característica de la enajenabilidad; y en este sentido se manifiesta el artículo 108 de la Ley Hipotecaria. Siendo consecuente su exigencia en materia de hipoteca al ser un derecho de realización de valor y que, llegado el caso del incumplimiento de la obligación, deben ser enajenados por el procedimiento legalmente establecido.

Uno de los puntos que deben ser citados en este apartado de crítica es el de que la doctrina, en cierta medida, ha entremezclado la extensión objetiva del bien y la extensión objetiva del derecho, y lo ha hecho cuando se admitía de forma implícita el segundo, basándose en la eficacia extensiva que tiene el dominio; de ahí que se confundan los conceptos y que se negase la extensión objetiva cuando el derecho real fuera distinto que el de la propiedad.

Si se ha criticado en los párrafos anteriores el planteamiento doctrinal acerca del artículo 106 de la Ley Hipotecaria en concreto, y en general de la doctrina sustentada acerca del objeto de la hipoteca, se hace necesario en los siguientes el realizar una interpretación distinta que resulte más acorde, a mi juicio, con la literalidad del precepto, sin necesidad del uso de la interpretación restrictiva, intentando, dentro de lo posible, hallar soluciones que hagan posible el encontrar un sentido al precepto y también al propio objeto de la hipoteca y, consecuentemente, a la extensión objetiva de dicho derecho real de garantía.

Se ha de indicar, en primer lugar, que la función del artículo 106 de la Ley Hipotecaria es la de fijar el objeto de la hipoteca, y si este precepto así se deduce es todavía más expresivo el artículo 1.874 del Código Civil cuando textualmente dice: Sólo podrán ser *objeto* del contrato de hipoteca: 1.º Los bienes inmuebles. 2.º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes sobre bienes de aquella clase.

De acuerdo con esta visión, el objeto de la hipoteca lo forman dos elementos: un objeto de primer grado que es el bien inmueble y un objeto

de segundo grado que es el derecho real impuesto sobre el bien. Ambos elementos conjuntamente, y no por separado o absorbido uno en otro, van a integrar la totalidad del objeto que se incluye en la hipoteca. El elemento físico lo constituye el bien, que es soporte de cualquier derecho real; el elemento jurídico lo forma el propio derecho que recae sobre dicho bien; a ambos atiende la hipoteca, que como cualquier otro derecho real de garantía necesita de los dos para su subsistencia. Ambos elementos integrantes del objeto de la hipoteca se encuentran incluidos en el artículo 106 de la Ley Hipotecaria: el objeto de primer grado en el apartado primero, que se refiere a los bienes inmuebles como cosa susceptible de ser hipotecada y que es el elemento físico o material. El objeto de segundo grado aparece recogido en el artículo 106, apartado segundo, el derecho real, que es el poder de disposición que tiene el titular sobre la cosa, sea ésta titularidad de dominio o de usufructo, o de nuda propiedad, etc. De esta forma cobran sentido los dos apartados del artículo 106, al mismo tiempo que se explica el objeto real de la hipoteca.

En este sentido cabe recordar la opinión vertida por LARENZ acerca del objeto del derecho, quien distingue, tal como se ha hecho anteriormente entre un objeto de primer grado que lo forman las cosas, sean éstas materiales o inmateriales, y un objeto de segundo orden u objetos de disposición, que lo forman los derechos y las relaciones jurídicas (16).

Se podría afirmar en contra de esta posición que con ella se estaría apoyando la postura de aquellos autores que admiten la doctrina de los derechos sobre derechos. Independientemente de que la problemática de la objetivización de los derechos es más teórica que práctica, resulta que en materia de hipoteca difícilmente el investigador pueda sustraerse de ella, cuando en realidad el derecho real de garantía supone la puesta a disposición del acreedor no solamente de la cosa o bien, sino también del derecho que existe sobre éste. Como dijo PASCUAL Y MARÍN, es la manera más sencilla y satisfactoria de explicar determinadas figuras (17). Dentro de éstas, indudablemente también a mi juicio, se encuentra la hipoteca.

(16) KARL LARENZ, *Derecho civil*. Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1978. Traducción de MIGUEL IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, págs. 369 y sigs., en donde expresamente dice: «Son objetos de derecho de primer orden las cosas..., éstas son solamente los objetos materiales y los objetos inmateriales, sobre los que es posible un derecho de dominio o de utilización con eficacia frente a terceros; así las obras de ingenio y los inventos. Los objetos de derecho de segundo orden, esto es, objetos de disposición, son los derechos y las relaciones jurídicas. Según esto, la cosa que se halla en propiedad de alguien es un objeto de derecho de primer orden, y la propiedad existente sobre la misma, en cuanto objeto de disposición, un objeto de derecho de segundo orden...»

(17) PASCUAL Y MARÍN, «LOS derechos sobre derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1947.

Sin embargo, considero que la naturaleza del objeto de la hipoteca y el estar formado por los dos objetos de primer y segundo grado es predicable no sólo de aquellas hipotecas especiales reguladas en nuestra Ley Hipotecaria en el artículo 107, sino de la hipoteca en general establecida en el artículo 106, que es el que, como se dijo, define el objeto de la hipoteca y del que el artículo 107 no es más que una especificación originada por la singularidad de los supuestos recogidos por el precepto y que existe sobre el objeto de segundo grado (18).

En segundo lugar, no considero aplicable en la interpretación del artículo 106.1.º la llamada técnica romanista de entender que se está refiriendo al dominio de los bienes inmuebles, pues esta interpretación, como se dijo, no se ha producido en otros preceptos de la misma Ley y además la redacción del precepto se ha mantenido a través de las sucesivas reformas hipotecarias, incluida la de 1946, que reformó el mismo apartado del que ahora se trata.

El artículo 106.1.º tiene como misión el establecer el objeto de primer grado de la hipoteca, sin el que no puede existir ningún derecho real, que necesita de la cosa como presupuesto, y lógicamente no va a ser diferente la hipoteca, que como derecho real de garantía tiene el bien inmueble hipotecado como objeto de la misma.

Si el precepto comentado se refiere exclusivamente en su apartado primero al bien inmueble hipotecado se podría preguntar: ¿en dónde se incluye el dominio? Indudablemente la propiedad o el dominio se encuentra junto con los restantes derechos reales hipotecables en el apartado segundo del mismo precepto, y ello por la siguiente consideración además de las ya dichas, y es que la doctrina clásica que establece la clasificación de los

(18) Es interesante en este punto hacer notar la doctrina mantenida por VALLET DE GOYTISOLO en su estudio «La hipoteca sobre derechos», en *Estudios sobre garantías reales*, ed. Montecorvo, S.A., 2.ª ed., Madrid, 1973, págs. 37 y sigs., en el que como conclusión al examen de los supuestos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria dice: «Que las relaciones que se ocultan tras la denominación genérica de hipoteca de derechos sólo tienen un dato común: el tener como objeto de su interés a la cosa objeto del derecho base. Es decir, que su única nota uniforme estriba en no ser ninguna de ellas un verdadero derecho sobre derecho». De esta forma VALLET está afirmando la existencia de lo que antes denominaba objeto de primer grado, que es la cosa sobre la que recae el derecho, objeto de segundo grado. Esto confirmaría la posición apuntada en el texto. Ahora bien, considero que ese objeto de segundo grado es de existencia necesaria en la hipoteca, y no solamente en la llamada hipoteca de derechos del artículo 107, sino de cualquier tipo de hipoteca; la cosa de por sí no basta: la estructura de un derecho real de garantía exige la existencia de un derecho sobre la cosa, que es también objeto de la garantía dada al acreedor. Como se dijo anteriormente, el valor de la garantía hipotecaria viene dado no sólo por el bien, sino también por la titularidad que se ofrece al acreedor; sin este doble elemento no puede entenderse, a mi juicio, el funcionamiento y la estructura de la hipoteca.

derechos reales en dominio y los derechos limitativos del dominio debe considerarse superada. Según las tendencias doctrinales actuales, en las que si la propiedad ocupa un lugar preeminente dentro de los distintos derechos, sin embargo no sirve de criterio para deslindar éstos.

La propiedad, en definitiva, es el derecho real por excelencia, pero no por eso deja de ser un derecho real, con las características propias de este tipo de derechos, llevadas a su plenitud. Si por necesidades dogmáticas se centró la problemática de los derechos reales en el dominio, hoy se puede decir que esta tendencia se encuentra totalmente superada, siendo preferente aquellas posiciones que distinguen entre dominio y derechos reales sobre cosa ajena o *iura in re aliena*, que, como dice DÍEZ PICAZO, atienden a una «realización de fines e intereses, sociales o individuales, merecedores de tutela» (19).

De esta forma el artículo 106 de la Ley Hipotecaria deja de ser reiterativo, pues, por un lado, en su apartado primero fija el objeto de primer grado o elemento físico de la hipoteca, que como derecho real necesita del bien, y por otro, en su apartado segundo establece el objeto de segundo grado, que son los derechos reales, de dominio o sobre cosa ajena, que se imponen sobre dicho bien y que sirven de garantía en la constitución del derecho de hipoteca.

El artículo 334 del Código Civil en su apartado 10 debe ser interpretado en relación con el artículo 106 de la Ley Hipotecaria con un sentido totalmente distinto al expuesto como crítica, pues cuando el precepto dice que: Son bienes inmuebles: 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es claro que el legislador hipotecario no puede referirse a él, pues efectivamente las concesiones son bienes inmuebles susceptibles de hipoteca, aun con una especialidad (art. 107.6.º), y las servidumbres en general no se pueden hipotecar, tal como previene el artículo 108 de la misma Ley. De forma que tan solo quedarían los derechos reales, que tienen la consideración de bienes inmuebles, pero que éstos están incluidos en el apartado segundo del artículo 106 como objeto de segundo grado de la hipoteca, y no en el apartado primero del citado precepto como pretende la doctrina tradicional.

(19) L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II. *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 67, en la que afirma: «Por la misma razón hay que considerar errónea la tesis que no ve en estos derechos otra cosa que desmembraciones del dominio, como si temporalmente la propiedad saltara en pedazos, constitutivos cada uno de ellos de tales derechos menores, para reconstituirse después, una vez extinguidos aquellos derechos y con perenne vocación a que tal reconstitución se produzca. Los derechos, en cuanto titularidades, no son más que formas de utilización de los bienes. Su contenido real está conformado por las facultades que llevan consigo, que serán mayores o menores de acuerdo con las características de cada situación».

El legislador hipotecario utiliza el artículo 106 de la siguiente forma: 1) Se refiere en su apartado primero al bien inmueble como soporte físico del derecho real, por lo que no se incluye, ni tampoco debe hacerlo, el derecho real que recaiga sobre el mismo, y de esta forma el artículo 106 se puede decir que es una norma de remisión al Código Civil y al concepto que este Cuerpo legislativo tiene sobre los inmuebles como elemento base de los derechos reales, como más tarde se estudiará más ampliamente; y 2) En su apartado segundo se encuentran recogidos los derechos reales, soporte jurídico, que también constituyen el objeto de derecho de hipoteca, pero para los que no interesa para nada destacar su carácter de bien inmueble por analogía, no así respecto de las concesiones o de las servidumbres, que, como ya se dijo, están reguladas especialmente en la Ley Hipotecaria.

En cierta medida este apartado segundo del artículo 106 también es una norma de remisión, pues la regulación de aquellos derechos reales típicos se encuentra en el Código Civil y a ella se remite el artículo 106 al requerir que sean enajenables, y la regulación específica del artículo 107 lo único que hace es ver su especialidad respecto del derecho de hipoteca, no, y lógicamente, en cuanto a su regulación sustantiva, que es cometido del Código Civil. A esta interpretación debe referirse el propio precepto cuando en su apartado 2 está afirmando impuestos sobre los mismos bienes, por lo que está diferenciando ambos objetos, de primer y segundo grados.

Se podría alegar en contra de esta interpretación la cuestión de la hipotecabilidad de las concesiones que pueden ser hipotecadas aun no siendo un elemento físico como sucede con los restantes bienes inmuebles, pero al tratar de las concesiones no se debe olvidar que aun en estos supuestos existirá la finca, base de la concesión; así resulta de la conocida Resolución de 5 de septiembre de 1908, en la que se suspende la inscripción de la escritura de emisión de obligaciones hipotecarias por la falta subsanable de no estar previamente inscrito el ferrocarril cuyas obras y productos se hipotecan y por no describirse detalladamente el mismo; y así, CANO TELLO afirma que «la hipoteca de concesiones se extiende a la concesión según los límites físicos y jurídicos que resulten de su inscripción en el Registro en virtud del principio de especialidad (20).

2.2. *Examen particularizado del artículo 106.1.º de la Ley Hipotecaria*

El artículo 106.1.º gira alrededor de los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Este precepto había sido introducido, como se dijo en la

(20) C. CANO TELLO, *La hipoteca de concesiones administrativas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 170.

parte histórica, con la primera Ley Hipotecaria de 1861 y se había mantenido en su redacción hasta la reforma de 1946, en el que se añadieron los términos «susceptibles de inscripción».

Ahora bien, es necesario resaltar **como** en la Ley de 1909 el precepto en cuestión estaba completado por lo establecido en el artículo 4, en el que se definía el concepto de bienes inmuebles, remitiéndolo al Código Civil, y marcaba la excepción que existía en materia de hipotecas al establecer el entonces artículo 110 la no extensión de la hipoteca a determinados bienes de no existir el pacto en contrario. La reforma de 1944-46 no recoge un precepto semejante al artículo 4, pero mantuvo la redacción del artículo 106, que, por otra parte, como se sabe, coincide casi plenamente con el artículo 1.874 del Código Civil.

Tres cuestiones son las que deben ser estudiadas en este punto: la **primera** es la interpretación del término bien inmueble; la segunda, la hermenéutica sobre la expresión susceptibles de inscripción, y la tercera, aunque sea sólo una simple referencia, la significación de este apartado respecto de la extensión objetiva.

La primera cuestión que surge es la de dar contenido al concepto de bienes inmuebles, interpretando los términos del precepto de acuerdo con el objeto de la hipoteca.

De entrada, como ya se ha descartado en el apartado anterior, se debe decir que no expresa el dominio de los bienes inmuebles, sino que necesariamente viene referido al objeto o soporte físico del derecho y por lo tanto el tema se delimita en el ámbito de las cosas materiales.

Tres conceptos son los que cabe estudiar: el de bien inmueble, contenido en el artículo 334 del Código Civil; el de finca, admitido en preceptos dispersos del Código y en leyes especiales, especialmente en la Ley Hipotecaria, y el de finca registral, que interesa fundamentalmente a esta última Ley.

El concepto de finca y el de finca registral se encuentran íntimamente unidos. La finca en sentido material, equiparable en su definición a la finca por naturaleza, «es —según la ya clásica definición de Roca— la porción de terreno cerrada por una línea poligonal, edificado o no, cuya propiedad corresponde a una sola persona o a varios en común o en dominio dividido enfitéutico, así como las fincas urbanas edificadas que pertenezcan a diferentes dueños, sujetas o no al régimen de propiedad horizontal» (21). La finca registral se refiere a todo lo que sea susceptible de abrir hoja, folio

(21) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. II, pág. 407. Otra definición de finca en sentido material nos la proporciona Díez Pícazo diciendo que «se llama finca en sentido material a una porción de superficie o a un espacio delimitado que forma una unidad en el tráfico jurídico», *op. cit.*, pág. 170.

o registro particular en los libros de inscripciones. El concepto de finca en sentido material y finca registral coinciden, salvo en casos de disparidad entre la realidad extrarregistral y la registral y en aquellos otros en que el Registro de la Propiedad considera finca anormal o especial a efectos de poder abrir folio registral.

El concepto de finca es básico según la Ley Hipotecaria al estar nuestro sistema centrado en el folio real, y es el claramente dominante en materia de Derecho inmobiliario registral. La cuestión reside en determinar si éste es el sentido utilizado por el legislador en el artículo 106.1.º en materia de hipoteca. Pero antes de adentrarse en esta cuestión es necesario afirmar que el concepto de bienes inmuebles y el de finca no son enteramente coincidentes.

Los bienes inmuebles enumerados en el artículo 334 del Código incluyen los cuatro tipos de bien inmueble: por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía; solamente los dos primeros pueden formar el concepto de finca en sentido material, excluyéndose los inmuebles por destino y por analogía; este último se integra no obstante como finca registral en materia de concesiones (22).

Visto lo cual se podría interpretar el artículo 106.1.º de dos formas distintas: La primera sería aquella en la que el concepto de bien inmueble viene identificado con el de finca en sentido material, pues si del concepto de finca material se excluyen los bienes inmuebles por destino y por analogía, existe coincidencia entre ambos conceptos, ya que el artículo 106 de la Ley Hipotecaria estaría excluyendo del concepto de bienes inmuebles lo regulado por el artículo 111 sobre bienes inmuebles por destino. De esta forma el legislador, a pesar de utilizar el término de bien inmueble, reconduciría la materia al concepto de finca material y por lo tanto al de finca registral.

No es esta la primera interpretación, la que a mi juicio debe ser admitida, sino que habrá de mantenerse una segunda interpretación: la de que el artículo 106 está refiriéndose al concepto de bienes inmuebles en sentido semejante al que es el utilizado por el artículo 334 del Código Civil y consiguientemente estableciendo el objeto físico de la hipoteca como un concepto más amplio que el de finca al incluir, de entrada, los bienes inmuebles por destino y por analogía; y ello por las razones siguientes:

(22) En este sentido, DÍEZ PICAZO dice: «Conviene, sin embargo, establecer alguna diferenciación entre finca e inmueble, para la que da base el artículo 334 del Código Civil (vid. especialmente apartado 6.º: "unido a la finca y formando parte de ella de un modo permanente"). Supuesto que los inmuebles pueden serlo no sólo por su naturaleza y por incorporación, sino también por destinación y por analogía, creemos que el concepto de finca debe reservarse para los inmuebles por naturaleza con sus incorporaciones o partes integrantes, pero con exclusión, en cambio, de las pertenencias», *op. cit.*, pág. 169.

1. Por un argumento histórico. Si la Ley Hipotecaria de 1861 carecía del apoyo legislativo en derecho sustantivo para enumerar los bienes inmuebles, fue la de 1909 quien se basó en la categoría de bienes inmuebles en base a un concepto delimitado por el ya publicado Código Civil, y en ella se hizo una remisión expresa al Código de forma general, y con carácter excepcional se establecía una visión distinta de determinados bienes que en materia hipotecaria iban a tener un alcance y juego jurídico que no era el regulado de forma general, por lo que se iniciaba así un concepto diferente, que bien se le podría llamar bien inmueble hipotecado. Esta visión, con algún retoque como se verá, fue la mantenida por el legislador de 1944-46, quien conservó la redacción y contenido del artículo 106 de la Ley Hipotecaria; y ello se hizo no sólo, sino también, como una aceptación de las raíces históricas que tenía la cuestión.

2. Por la ubicación y función del artículo 106 de la Ley Hipotecaria. La interpretación aislada del precepto podría determinar una concepción distinta del mismo. La expresión «susceptibles de inscripción» podría interpretarse como una reconducción hacia el concepto de finca registral. Pero desde una interpretación sistemática considero que esto no es posible, ya que el artículo 106 es el artículo póstico de la materia que regula el objeto de la hipoteca inmobiliaria; de él los preceptos siguientes van a derivar y encontrar su función, por lo tanto está definiendo de forma general el objeto de la hipoteca e incluye las diversas posibilidades del bien inmueble hipotecado; y si es excepcional el alcance de extensión automática de la hipoteca a los bienes enumerados en el artículo 111, también permite su inclusión mediante pacto, de forma que el supuesto del artículo 106 no puede dejar de integrar la posibilidad del pacto extensivo de la hipoteca.

3. Por una interpretación literal. Si el legislador ha expresado bienes inmuebles y el concepto de éstos se encuentra en el Código Civil, el intérprete no puede variar lo que en él se dice, de forma que su sentido debe ser hallado en el artículo 334 de dicho Cuerpo legal.

4. Por una interpretación lógica. No se puede excluir lo que no está comprendido antes. El artículo 111 de la Ley Hipotecaria carecería de sentido si el artículo 106 no incluyese la posibilidad de extenderse la hipoteca a los bienes comprendidos en el artículo 111. De interpretarse en sentido contrario al expuesto, que sólo las fincas en sentido material serían objeto de la hipoteca, lógicamente no haría falta la exclusión del artículo 111, pues los citados bienes ya no estarían comprendidos en el objeto hipotecado.

Las consecuencias jurídicas de afirmar que el objeto físico de la hipoteca es el bien inmueble hipotecado y no la finca registral son las siguientes:

1. El concepto de bien inmueble hipotecado no coincide con los requi-

sitos exigidos por el concepto de finca registral, así el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y el 51 del Reglamento Hipotecario no contemplan los elementos necesarios para poder comprender la descripción del objeto de la hipoteca. Indudablemente, lo requerido en tales preceptos estará ya incluido en la descripción del bien inmueble. No se puede olvidar que la primera inscripción registral será la de dominio, no de hipoteca, y esta primera inscripción o inmatriculación de la finca bastará que recoja los elementos que se requieren para la finca registral; pero cuando esta finca registral se hipoteque entonces deberá completarse la descripción con aquellos bienes que puedan estar incluidos de una forma natural o pactada en la hipoteca y que, sin embargo, no son necesarios para el ingreso de la finca en el Registro de la Propiedad ni tampoco en posteriores inscripciones que no sean de hipoteca. La finca registral se convertirá en bien inmueble hipotecado.

2. La descripción registral del bien inmueble y la real de la finca deben de ser coincidentes. La necesaria identidad del bien inmueble hipotecado y el bien inmueble extrarregistral se muestra como una exigencia aún mayor, si cabe, en el caso de la hipoteca. Las divergencias registro realidad extrarregistral, que siempre son perjudiciales, lo son todavía más en el campo del derecho real de la hipoteca.

El principio de determinación de la hipoteca exige la total descripción del bien objeto de la misma y no sólo actúa dicho principio con respecto de la obligación garantizada, sino que también debe aplicarse a su soporte físico, al objeto sobre el que recae la garantía; ello es de importancia vital no sólo en el momento de la constitución y vigencia de la hipoteca, sino también llegado el caso de su ejecución. Con frecuencia, en la práctica se olvida este principio y se reitera, sin más, la descripción de la finca que figura en el Registro, quedando fuera del asiento registral aquellos elementos que deben incluirse dentro del inmueble hipotecado y a los que puede extenderse automáticamente la hipoteca si se trata de un hipotecante propietario del bien, o, por el contrario y por no constar registralmente su existencia, si la finca se transmite a un tercer poseedor, éste puede reclamar sus derechos sobre los mismos dada la dificultad que supone para la parte acreedora acreditar el momento de la incorporación y la pertenencia de las inversiones realizadas. Si esto es así para los bienes inmuebles incorporados, todavía lo es más para aquellos bienes inmuebles por destino, que tienen una significación muy distinta, pues en el acto de constitución de la hipoteca se realiza la destinación del bien; y si esto no se hace de una forma expresa, difícilmente podrá hablarse de que a ellos se extiende de una forma eficaz la hipoteca.

Precisamente por la posible inclusión o exclusión según pacto de los bienes inmuebles por destino se debe decir que el bien inmueble hipotecado

es semejante al bien inmueble del artículo 334 del Código Civil y no de idéntica regulación, pues el artículo 334 es un precepto de carácter imperativo, mientras que en el concepto de bien inmueble hipotecado lo imperativo es transformado en dispositivo en virtud del artículo 111, y también en el caso de la obra nueva del artículo 110 de la Ley Hipotecaria. Esta distinta naturaleza de la norma depende del acto de destinación a realizar por el titular del derecho real, no sólo el de dominio. De todas formas, la regulación del artículo 334 se aplica también en materia de hipoteca, pues es en éste donde aparecen regulados los bienes inmuebles por destino y los requisitos exigidos para ello.

El bien inmueble hipotecado puede tener o no una correspondencia con el derecho real que se hipoteca, es decir, que la finca hipotecada puede no comprender determinados bienes a los que se refiere el artículo 111 y también a lo que no se extiende en virtud del artículo 112; por lo tanto, la eficacia extensiva de la hipoteca no llega a alcanzar estos bienes, sobre los que sí ostenta la titularidad real hipotecada, el dominio, la mera propiedad, la concesión, etc. De ahí que se insista en la idea de la existencia de un doble objeto de la hipoteca integrado por los dos elementos, físico y jurídico, que de ordinario serán coincidentes, pero que pueden ser de distinto alcance.

3. El concepto de bien inmueble hipotecado adquiere una significación distinta, a mi juicio, en relación a la eficacia del Registro de la Propiedad. Si bien es verdad que la protección registral no se extiende a las circunstancias de mero hecho que constan en el Registro de la Propiedad, no es menos cierto que, primero, tal como afirma la propia jurisprudencia, se va extendiendo la eficacia a algunas de estas circunstancias, y segundo, que en materia de hipoteca, en donde la publicidad del derecho real descansa única y exclusivamente en la inscripción y además es ésta de carácter constitutivo, cobra el asiento registral una relevancia aún mayor que permite afirmar unos efectos de protección y publicidad en materia de hipoteca que son superiores y más amplios que en otro tipo de asientos; así y muy especialmente en materia del principio de legitimación registral.

El significado de la expresión «susceptibles de inscripción» del artículo 106 de la Ley Hipotecaria también debe ser objeto de interpretación, porque hay que preguntarse cuál es el sentido que el legislador de 1944-46 quiso dar al precepto con esta reforma.

La doctrina de forma general considera que la modificación no tuvo un alcance innovador, pues en realidad al tratarse la hipoteca de un derecho cuya inscripción es de carácter constitutivo, lógicamente el bien inmueble sobre el que recae ha de ser susceptible de inscripción.

No considero que ésta deba ser la única interpretación, ya que si la finalidad del precepto y apartado está dirigida a la concreción del objeto

físico de la hipoteca, también se tendrá que pensar que el legislador ha querido expresar algo respecto de éste, de forma que los términos susceptibles de inscripción añaden una característica registral al bien inmueble, confirmando el concepto que del mismo se da en el Código Civil se ha de pensar que no solamente se refiere a aquellos bienes inmuebles por naturaleza, sino que el legislador incluye como bien inmueble hipotecable el que lo es por analogía, como la concesión administrativa; de ahí, quizá, la expresión ahora comentada.

Además ha de tenerse en cuenta que la desaparición del artículo 4 de la Ley Hipotecaria de 1909 por la reforma de 1944-46, como se dijo, pudo tener también su consecuencia en este punto, pues el precepto desaparecido se remitía al artículo 334 del Código Civil y después lo limitaba respecto de los requisitos y forma de la inscripción. Al no reiterarse en la Ley Hipotecaria un precepto semejante a éste, pudo originar que el legislador de 1944-46 añadiese en el artículo 106.1.º de la Ley, al lado de la remisión a los bienes inmuebles, los términos «susceptibles de inscripción».

No puede tratarse de la equiparación entre bien inmueble hipotecado y finca registral, que es la que posibilita la apertura de folio real, porque la hipoteca no va a ser primera inscripción y ésta necesariamente ha de ser de dominio y la hipoteca no lo es. Se está significando lo dicho anteriormente, y es que el bien inmueble que se hipoteca adquiere unos caracteres específicos en cuanto que aun siendo bien inmueble del artículo 334 del Código Civil se debe sujetar a lo establecido para éstos por la Ley Hipotecaria, con las modificaciones y peculiaridades introducidas por ésta en materia de hipoteca, lo que en definitiva permite hablar del inmueble hipotecado como categoría jurídica autónoma.

Pienso que la interpretación de los términos antes indicados debe referirse también a la importancia que tiene la inscripción respecto de la descripción registral de la finca en cuanto que las modificaciones y elementos que el inmueble tenga deben reflejarse en el Registro de la Propiedad. Tratándose de cosas compuestas el bien inmueble hipotecado, en la misma descripción registral de la finca, deberán figurar las diversas partes que integran la cosa hipotecada, de manera que deba describirse el bien de la forma más amplia posible e incluir en ella los bienes inmuebles que lo sean, no sólo por la naturaleza, sino también por incorporación o por el destino. Consecuentemente, como se decía antes, la descripción registral del inmueble reviste una especial importancia cuando el derecho inscrito es el de hipoteca (23).

(23) En este sentido se debe citar la Resolución de 19 de noviembre de 1943, que consideró que de las certificaciones literales aportadas «aparece la red de alumbrado formando parte del contenido del inmueble hipotecado, pues su descripción, indicacio-

No cabe duda que al referirse el legislador a los bienes susceptibles de inscripción está desligando los bienes inmuebles que tienen acceso al Registro de la Propiedad Inmobiliaria de los bienes muebles, también hipotecables, pero sujetos al régimen de la Ley de 1954. En este sentido la hipotecabilidad de aquellos bienes que son objetos muebles y a los que puede extenderse la hipoteca en virtud del artículo 111 sólo pueden tener acceso en el Registro de la Propiedad de bienes inmuebles cuando sean éstos los hipotecados y juntamente con los bienes a los que se encuentran destinados, de forma que no es posible constituir una hipoteca inmobiliaria en la que, por ejemplo, se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre el bien inmueble y el objeto mueble. El valor del bien mueble se encuentra unido al del inmueble, no es independiente de éste.

Por último, en relación a la extensión objetiva de la hipoteca se ha de decir que viene referida, en primer lugar, sobre este apartado del artículo 106 al ser este precepto el encargado de fijar el objeto físico y a ser la extensión objetiva un complemento a lo que dicho precepto se determina. De esta forma los artículos 109 y siguientes no son otra cosa que complementarios del apartado 1 del artículo 106, pero con ello no se agota el concepto y alcance de la extensión objetiva de la hipoteca, pues al estar el objeto de la hipoteca integrado por dos elementos, el físico y el jurídico, también este último tiene su extensión objetiva en determinados casos, aunque no se halla en los mismos preceptos.

2.3. Examen del artículo 106.2 de la Ley Hipotecaria

Dos cuestiones deben ser tratadas al estudiar el apartado segundo del artículo 106 de la Ley Hipotecaria: la primera consiste en el examen del precepto y su significado, y la segunda su relación con la extensión objetiva, específicamente el alcance de ésta respecto de los derechos hipotecados, aunque en el presente trabajo sea examinada brevemente la cuestión, pues se alejaría del objeto principal de este estudio.

nes, elementos de que consta, etc., son datos que permiten unirlos económica y jurídicamente al predio como una de tantas *qualitates praediorum*; y aunque la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de este estado de hecho, sí permite dar a conocer la presunta extensión y alcance del dominio, de tal suerte que el acreedor hipotecario podrá apreciar los límites del derecho que lo ampara y extender el alcance de la hipoteca a los bienes ya descritos en el Registro de esa manera peculiar y cuyo valor, en muchos casos, será el principal móvil que induce a la aceptación de la hipoteca». De ello deduce CANO TELLO en la *op. cit.*, pág. 172, que «la hipoteca se extiende a la concesión en la forma y con los elementos con que consta descrita en la inscripción registral», refiriéndose al caso concreto de la hipoteca sobre concesión administrativa.

El artículo 106.2 viene referido, como se dijo, al objeto de segundo grado, que es el objeto sobre la cosa; la unión de ambos forma el objeto de la hipoteca. La propiedad y los restantes derechos reales se encuentran incluidos en este apartado, el requisito de enajenabilidad y el ser una norma de remisión al derecho sustantivo son interpretaciones ya expresadas anteriormente y sobre las que no se va a insistir.

Es interesante resaltar la sistemática utilizada por el legislador en la regulación de la materia porque, debido a los antecedentes históricos, los artículos 107 y 108 son complementarios de este segundo apartado, mientras que los siguientes, del 109 al 113, lo son del apartado 1 del artículo 106.

Esta ubicación sistemática, a mi juicio equivocada, ha inducido a error, ya que sin quererlo se han involucrado cuestiones que afectaban a un objeto o a otro. Se hubiera debido regular, en primer lugar, lo referente al bien hipotecado, siguiendo la sistemática del artículo 106, para después dar el contenido jurídico relativo a los derechos.

Los derechos enajenables, los derechos reales especiales hipotecables y los derechos reales no hipotecables pueden tener todos ellos el mismo bien inmueble hipotecado; sin embargo, la posibilidad de constituir hipoteca no va a depender sólo de la naturaleza del bien, sino que es necesario tener en cuenta la naturaleza del derecho que se disfruta sobre el mismo. Esta perspectiva es necesaria para poder examinar algunas cuestiones planteadas en la extensión objetiva, como es el caso del alcance que ésta tiene en relación a los derechos que se hipotecan y la propia extensión objetiva de los derechos.

Si la regla general de contenido positivo se encuentra establecida en el artículo 106.2, la de carácter predominantemente negativo es la del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, que a pesar de su enunciado prohibitivo modaliza la hipoteca de las servidumbres y admite la de aguas y la del usufructo concedido al cónyuge viudo.

Los derechos reales van a poder ser hipotecables en tanto en cuanto revistan esta naturaleza y el requisito de la alienabilidad. El problema puede surgir en torno a la propia configuración de un derecho real, tema indiscutido en materia de derechos reales típicos, pero que puede verse dificultado en determinados derechos de los que se discute su naturaleza o de aquellos que en virtud del sistema de *numerus apertus* puedan alcanzar su determinación como reales.

De todas formas, al igual que sucede respecto del bien inmueble hipotecado, también el derecho objeto de la hipoteca debe ser susceptible de inscripción, puesto que sin ésta no podrá constituirse la hipoteca; por lo tanto el carácter de inscribible del derecho servirá de parámetro para su hipotecabilidad.

El artículo 107 de la Ley Hipotecaria realiza una enumeración de supuestos en los que los derechos existentes sobre el bien revisten una especialidad que se refleja en la propia hipoteca. El usufructo, la nuda propiedad, los bienes hipotecados, el mismo derecho de hipoteca, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, las concesiones administrativas, los bienes vendidos con pacto de retro o carta de gracia, el derecho de retracto convencional, los bienes litigiosos, los sujetos a condición resolutoria expresa y los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal son todos ellos derechos que de alguna forma modalizan el dominio y que, consecuentemente, producen una regulación específica en el derecho de hipoteca.

El derecho real, como segundo elemento objetivo de la hipoteca, tiene también su extensión objetiva al igual que el bien inmueble hipotecado; ello, además de reafirmar su carácter de objeto, sirve para deslindar situaciones jurídicas. Por su propia naturaleza el derecho hipotecado se extiende a otros derechos que son accesorios del principal hipotecado. La extensión objetiva del derecho sólo se produce cuando el objeto jurídico hipotecado se extiende a otro objeto jurídico; así la hipoteca de la mera propiedad cuando se extiende al usufructo o cuando la propiedad de un elemento privativo se extiende a la propiedad de un elemento anejo.

Conviene advertir que, según la concepción expuesta del objeto de la hipoteca, el derecho real forma el objeto jurídico de la misma, y ello significa que todo el contenido jurídico del derecho real se encuentra sometido a la garantía hipotecaria, y estas facultades inherentes al propio derecho dado en garantía no son propiamente extensión objetiva, sino el objeto de la hipoteca. No se puede decir, por ejemplo, que la facultad que tiene el nudo propietario para realizar en la cosa usufructuada obras y mejoras y nuevas plantaciones, según lo establece el artículo 503 del Código Civil sea una extensión objetiva de la hipoteca de la mera propiedad, sino el contenido propio del derecho del nudo propietario y por lo tanto objeto de la hipoteca. Extensión objetiva lo serán las modificaciones introducidas como mejoras, obras o plantaciones de la finca hipotecada.

Pero no se debe generalizar la extensión objetiva del derecho; me explico: solamente ésta es posible cuando el derecho real hipotecado es el de la propiedad, pues éste es el único que tiene una eficacia extensiva frente a los restantes derechos reales. Así sucede en los supuestos del artículo 107 de la Ley, salvo el de las servidumbres prediales que a continuación se expresan.

Se puede hablar de extensión objetiva en el caso de las llamadas servidumbres prediales, que solamente pueden ser objeto de hipoteca juntamente con el predio dominante; y, propiamente, más que de objeto de hipoteca el fenómeno que se produce es el de la extensión del derecho sobre el derecho

real de servidumbre (24). En este caso la extensión objetiva se produce por ser la servidumbre una cualidad jurídica aneja a la finca, y ello lleva consigo que si bien se trata de una extensión objetiva del derecho, sin embargo, no se necesita que el derecho base sea el de dominio; puede ser cualquier otra titularidad real a la que afecte la servidumbre, el goce de la finca lleva consigo el de la servidumbre a su favor.

La servidumbre predial une a dos o más fundos; en aquel que sea dominante el derecho de servidumbre va necesariamente ligado a la titularidad real que se hipoteca. Esta extensión objetiva de forma automática de un derecho sobre otro se realiza de igual forma que la extensión objetiva sobre la finca hipotecada y por lo tanto debe considerarse dentro de la propia definición de la extensión objetiva.

Otro supuesto es el que se produce en el caso del artículo 107.11 de la Ley Hipotecaria, el relativo a la posible hipoteca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8. En este caso la hipoteca se extiende objetivamente a la copropiedad sobre los elementos comunes o anejos de la propiedad privativa, y aunque esta extensión no se encuentre reflejada expresamente en los textos legales debe sobrentenderse por la misma naturaleza del derecho de propiedad horizontal.

La hipoteca que el legislador llama de mera propiedad produce también una extensión objetiva al decirse en el citado precepto que podrán ser hipotecados: la mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo como no se haya pactado lo contrario.

ROCA recoge la crítica al precepto relativa a que su ubicación sistemática es errónea, pues debería regularse la materia en el artículo 110 en vez del 107, posición que considera equivocada, «pues no se trata de una extensión objetiva, material o física de la hipoteca ni de ningún supuesto de subrogación real, ya que cuando el usufructo vuelva a reunirse con la propiedad todo lo más se produce una incrementación jurídica del derecho, pero no un aumento material de la finca gravada».

Cuando se hipoteca la nuda propiedad se está hipotecando el elemento esencial, de forma que cuando se consolida el usufructo con la nuda propiedad la hipoteca habida sobre esta parte del dominio se extiende al usu-

(24) A ello se refiere ROCA cuando dice que «las servidumbres prediales... son elementos integrantes de la finca dominante a modo de extensión objetiva del dominio sobre la misma... Esta no hipotecabilidad aislada de las servidumbres es, pues, una consecuencia de su carácter inseparable en relación con el predio dominante». ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 470.

fructo, pues, tal como indica ROCA, es «en la nuda propiedad y no en el usufructo en donde reside exclusivamente el centro o núcleo dominical, con fuerza para atraer cuantas facultades o derechos integrantes del dominio se separaron de él» (25).

IV. CONCLUSIONES

De lo dicho en el presente apartado relativo al objeto de la hipoteca y en base a los citados argumentos se pueden expresar las siguientes conclusiones:

1. Reivindicar la importancia y coherencia del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, de forma que debe considerarse como el precepto básico, artículo póstico, más bien, de todo el tema del objeto de la hipoteca. Así deberá superarse la doctrina tradicional que lo interpreta desde unos parámetros, a mi juicio, en ocasiones limitados y muchos de ellos superados. Se puede afirmar que el precepto comentado debe su contenido actual a una evolución histórica sobre la materia que lo situaba en un contexto sistemático que fue desapareciendo a lo largo de las sucesivas reformas hipotecarias.

2. Que el objeto de la hipoteca es doble: en primer lugar, el bien inmueble hipotecado (art. 106.1 de la LH) y, juntamente con éste, el derecho impuesto sobre el mismo (art. 106.2 de la LH). El primero forma el elemento físico y el segundo el elemento jurídico, ambos necesarios para que surja el derecho real de garantía. Que la importancia de deslindar ambos se encuentra en que no siempre se van a corresponder el elemento físico y el elemento jurídico, pues el objeto físico puede no comprender unos bienes como los objetos muebles, los frutos o las rentas o lo que pertenece al tercer poseedor y que, sin embargo, integran la titularidad jurídico real del que hipoteca.

3. Que el bien inmueble hipotecado es un concepto distinto al de finca y al de finca registral, más amplio que el de cualquiera de éstos a incluirse modalizados los cuatro tipos de bienes inmuebles regulados en el artículo 334 del Código Civil, los que lo son por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía. Este concepto de bien inmueble, específico de la hipoteca, contribuye a la afirmación de lo que se llamaba propiedad hipotecada como manifestación de la influencia que tiene la hipoteca sobre la configuración del derecho sobre el que se impone.

El bien inmueble hipotecado reviste unas características propias que en virtud del principio de determinación exige una descripción detallada del

(25) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 487 y sigs.

mismo, puesto que la inscripción en el derecho real de hipoteca juega un papel preponderante dado su carácter constitutivo y el ser el único medio de publicidad del derecho, de forma que los datos físicos de la finca tienen gran importancia para el derecho de la hipoteca, teniendo una eficacia de la que carecen otros derechos inscritos.

4. Que la extensión objetiva se produce sobre los dos elementos integrantes del objeto de la hipoteca, sobre el bien inmueble hipotecado y sobre los derechos, ya que también en éstos y por efecto de su propia naturaleza la hipoteca se extiende objetivamente a otro derecho, caso, por ejemplo, de la hipoteca de la mera propiedad sobre el usufructo o de la hipoteca de pisos en régimen de propiedad horizontal sobre el derecho de propiedad de los elementos anejos o sobre la copropiedad de las partes comunes del edificio o la hipoteca de un derecho real sobre el derecho de servidumbre predial. Sólo en estos casos cabe hablar de extensión objetiva del derecho hipotecado, diferenciándolo así de aquellos otros supuestos que no son propiamente extensión sino contenido jurídico del derecho hipotecado.

La sistemática utilizada por el legislador en este punto ha sido desafortunada, pues la extensión objetiva referida al bien inmueble hipotecado se encuentra recogida en los artículos 109 y siguientes, la de los derechos se encuentra regulada en los artículos 107 y 108, con lo que se rompe el orden establecido en el artículo 106 de la Ley.

JUAN M. LLOPIS GINER
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Registrador de la Propiedad