

# Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico

## *Joint mortgages, pre-emption rights by co-lenders and conflict of laws: a case study*

por

ANTONIO GARCÍA GARCÍA

*Abogado*

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza si el retracto de comuneros resulta aplicable a los préstamos hipotecarios mancomunados. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión hasta la fecha ha fundado la inexistencia del retracto en el carácter germánico de la mancomunidad acreedora y, por consiguiente, en la inexistencia de cuotas en la misma. En las páginas siguientes trataré humildemente de rebatir dicha tesis, exponiendo los motivos que, en mi opinión, determinan que no resulte aplicable el retracto de comuneros a los préstamos mancomunados.

Además, se abordan las implicaciones de que los bienes hipotecados se encuentren situados en territorios con Derecho civil foral, el conflicto de leyes que de ello se deriva y cómo considero que debe resolverse, en función de la naturaleza de los distintos derechos en juego.

**ABSTRACT:** *In this paper, I analyze whether pre-emption rights by co-owners are applicable to joint mortgage-secured loans. Scholarship that has*

*addressed the matter to date has based the non-existence of such pre-emption rights on the German nature of the community of creditors and, therefore, on the lack of shares therein. In the following pages, I will humbly try to challenge this thesis, outlining the merits that, in my view, determine that pre-emption rights by co-owners do not apply to joint loans.*

*In addition, I address the implications of the mortgaged assets being located in territories with regional civil law systems, the conflict of laws that arises therefrom and how I understand that this should be solved, depending on the nature of the different rights at play.*

**PALABRAS CLAVE:** Retracto. Comuneros. Hipoteca en mano común. Código civil de Cataluña. Comunidad romana. Comunidad germánica. Conflicto de leyes.

**KEY WORDS:** *Pre-emption rights. Co-owners. Joint mortgages. Civil Code of Catalonia. Roman co-ownership. German co-ownership. Conflict of laws.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. TÉRMINOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—III. LEY APLICABLE AL PRÉSTAMO Y AL DERECHO REAL DE HIPOTECA: CONFLICTO ENTRE DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHO FORAL CATALÁN: 1. EL OBJETO DEL RETRACTO: CLAVE PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE. 2. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MANCOMUNADO. — IV. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MANO COMÚN: ¿UNA COMUNIDAD ROMANA O GERMÁNICA?: 1. COMUNIDAD INTERNA FRENTE A COMUNIDAD EXTERNA: A. *La facultad de cada acreedor de ceder su crédito.* B. *La facultad de cada acreedor de declarar el vencimiento anticipado.* C. *La comunidad externa como única susceptible de desplegar efectos frente a terceros.* 2. BREVE EXCURSO SOBRE EL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS CUOTAS DE LOS ACREEDORES EN LA HIPOTECA EN MANO COMÚN: A. *De la existencia de cuotas en el préstamo mancomunado.* B. *Sobre la inexistencia de la acción de división y la unicidad de la hipoteca flotante.* 3. CONCLUSIÓN: EN EL PRÉSTAMO MANCOMUNADO NO SE DAN LAS NOTAS PROPIAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA. 4. ARGUMENTO «A CONTRARIO»: EL RETRACTO DE COHEREDEROS.—V. FUNDAMENTO DE LA INEXISTENCIA DEL RETRACTO DE CO-ACREEDORES: 1. RECAPITULACIÓN. 2. EL CONCEPTO DE «BIEN» O «COSA» COMO OBJETO DEL RETRACTO: A. *El texto del artículo 1522 del Código civil.* B. «Cosa» y «derecho». C. *Fundamento del retracto de comuneros.* D. *Interpretación teleológica: el debate en torno a los requisitos para el retracto.* 3. LA ACCESORIEDAD DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA. 4. INEXISTENCIA DE RETRACTO BAJO LA LEY CATALANA: A. *La regulación de la comunidad en el Código civil de Cataluña.* B. *La naturaleza del retracto de*

*comuneros bajo la ley catalana.* 5. OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE RETRACTO: A. *La ruptura de la comunidad interna y la doctrina de los actos propios.* B. *Analogía con el llamado «retracto» anastasiano y el retracto arrendaticio.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los primeros años de la crisis que comenzó en 2008, tuvo lugar un gran número de refinanciaciones y reestructuraciones necesarias para salvar a compañías prestatarias que de otra forma estaban abocadas a la liquidación. Para ello fue preciso crear nuevas figuras jurídicas, y profundizar en otras ya existentes o de reciente creación. Aquellos años, que tan fatídicos resultaron para nuestra economía, se caracterizaron por una gran fecundidad doctrinal en los ámbitos del Derecho financiero, inmobiliario y concursal. A ello contribuyeron las numerosas reformas que vieron la luz por entonces y que tuvieron por objetivo, con mayor o menor acierto, facilitar las reestructuraciones financieras y la continuidad de las empresas en crisis. Se publicaron grandes monografías (muchas de ellas en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario), varias de las cuales se citan en este artículo. Todas ellas consiguieron dar un necesario impulso renovador a la doctrina hipotecarista y la práctica registral, tras casi una década marcada por la estabilidad que conlleva una bonanza económica sostenida durante varios años en un mercado hipotecario consolidado.

Al periodo de las grandes reestructuraciones (que podemos centrar en el trienio 2009-2012) le siguió, tras la aprobación de los decretos llamados «Guindos I y II» y la creación de SAREB en 2012-2013, el de las ventas de carteras de créditos (generalmente, procesos competitivos organizados por bancos). En 2017 se alcanzaron cifras de ventas nunca antes conocidas<sup>1</sup> y, pese a las voces que quieren unir el destino de las llamadas «compras de deuda» al que algunos llevan augurando para el oro negro desde los años setenta, todo indica que estas operaciones se mantendrán en cifras similares en el medio plazo.

Con esta nueva fase del ciclo financiero han surgido nuevos debates jurídicos, así como la necesidad de replantear algunas de las conclusiones a las que llegó la doctrina en los años de las reestructuraciones. El mercado de créditos *NPL* ha sido una fuente inagotable de inspiración, entre otros temas, en materia de retracto (en especial, por lo que respecta al mal llamado «retracto» de créditos litigiosos). A ello han contribuido, de una parte, la necesidad de liquidez de las entidades financieras, que les ha llevado a incluir en las carteras préstamos refinanciados que en teoría no estaban diseñados para ser cedidos (v.g. financiaciones sindicadas) y de otra, la tenacidad que algunos deudores han mostrado en la defensa de su negocio frente a los nuevos acreedores. Una vez

más, se pone de manifiesto que el Derecho es una realidad viva, pero también, como veremos, que en el mismo existen principios inmutables propios de los ordenamientos de tradición romana.

Para ilustrar este trabajo, usaré un caso real que no llegó a resolverse por motivos ajenos a la cuestión de fondo. Imagínese un préstamo mancomunado que 3 entidades financieras (Banco 1, Banco 2 y Banco 3) concedieron a una mercantil en el año 2007, por tramos iguales de 25 millones de euros cada uno. La financiación (un capital de 75 millones de euros en total) quedaba garantizada con hipoteca mancomunada sobre un solar en el centro de Barcelona, propiedad de la sociedad prestataria.

Años más tarde, en pleno auge de la crisis económica, una sociedad (que llamaremos «Aquiles, S.L.» o simplemente «Aquiles») adquiere con descuento sobre el saldo pendiente los dos tercios del crédito correspondientes a los Bancos 1 y 2. Intenta comprar el tercio restante del Banco 3, sin éxito: la entidad financiera acaba cediendo su posición a una sociedad extranjera (que llamaremos «Debtco»), como parte de una cartera de créditos. Tras conocer la venta, Aquiles interpone demanda de juicio ordinario frente a Debtco ante los Juzgados de Barcelona. Reivindica su derecho a adquirir el codiciado tercio restante del préstamo, abonando a Debtco el precio pagado por esta última a Banco 3. Para ello invoca el artículo 552-4 y concordantes del Código civil de Cataluña.

En las siguientes páginas expondré los motivos por los cuales, a mi juicio, la pretensión de Aquiles debería ser desestimada.

## II. TÉRMINOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Reproducimos a continuación las estipulaciones de la escritura de 2007 (titulada «*Escritura de Préstamo Mancomunado con Garantía Hipotecaria*») que tienen relevancia para este trabajo<sup>2</sup>:

### **ESTIPULACIÓN 8ª: MANCOMUNIDAD ACREEDORA**

*«El préstamo convenido en la presente escritura se constituye como una sola obligación en la que concurren tres acreedores, mancomunadamente, con una participación de una tercera parte cada uno de ellos, y se obligan recíprocamente a compartir en la misma proporción indicada todos los cobros y pagos que se efectúen como consecuencia del presente contrato.*

*A tal fin, convienen que la cuota de préstamo correspondiente a cada Entidad Prestamista se mantendrá durante toda la duración del mismo en la indicada participación. Por tanto, todos los abonos a realizar se efectuarán mancomunadamente y todos los cobros, compensaciones y percepciones serán recibidos para aplicar por terceras partes iguales a las respectivas cuotas de*

las tres entidades, no admitiéndose pagos de ningún tipo para imputar a la cuota correspondiente a tan solo alguna de las Entidades Prestamistas [...].

*Al tratarse de una operación mancomunada por parte de las Entidades Prestamistas, el presente préstamo únicamente podrá resolverse y la garantía hipotecaria en él contenida ejecutarse, por acuerdo unánime de las tres Entidades Prestamistas.*

*Asimismo, la Parte Prestataria se compromete a que las garantías y condiciones de cada una de las tres partes de este préstamo sean las mismas, en todo momento, para todas y cada una de las Entidades Prestamistas».*

**ESTIPULACIÓN 9ª: CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA:**

*«Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la Parte Prestataria, esta constituye una única hipoteca, de primer rango, a favor de las Entidades Prestamistas [Banco 1, Banco 2 y Banco 3] por terceras partes indivisas cada una de ellas, sobre la finca [...]».*

**ESTIPULACIÓN 10ª: LEGISLACIÓN APLICABLE. FUERO.**

*«Expresamente pactan las partes que el presente contrato se rija por la legislación común española.*

*Con renuncia expresa de cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, las partes se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Barcelona para la resolución de cuantas cuestiones y controversias puedan surgir en relación con el presente contrato, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones legales que impongan un fuero específico».*

La escritura constituye una única hipoteca en mano común, sin detallar las porciones ideales del derecho real de hipoteca pertenecientes a cada coacreedor a los efectos del artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»). Tampoco regula la posibilidad de que alguna de las entidades financieras ceda a un tercero su crédito o su posición contractual bajo el préstamo<sup>3</sup>.

Por su parte, el contrato de compraventa de cartera de créditos suscrito entre Banco 3 y Debtco regula la venta de este y de varios créditos más a favor de Debtco, por un precio alzado, y se rige por Derecho común español.

Partiendo de estas estipulaciones llevaremos a cabo nuestro análisis.

### III. LEY APLICABLE AL PRÉSTAMO Y AL DERECHO REAL DE HIPOTECA: CONFLICTO ENTRE DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHO FORAL CATALÁN<sup>4</sup>

La demandante invoca el principio de territorialidad (art. 111 CC de Cataluña; en adelante, «CCCat»), por remisión expresa de los artículos 10 y 13 del Código civil (en adelante, «CC»), ya que el bien hipotecado radica en Cataluña. Con base en este argumento, el ejercicio del derecho de retracto sobre un derecho

real de hipoteca en garantía de un tercio del préstamo mancomunado habría de regirse por las disposiciones del CCCat. Señala Aquiles en su demanda que pretende «*el ejercicio del derecho de retracto sobre un derecho real de garantía (un tercio en proindiviso del préstamo mancomunado con garantía hipotecaria)*».

En consecuencia (siempre según la demandante) es aplicable el artículo 552-4 CCCat, con exclusión del régimen de retracto de comuneros del Derecho común.

El artículo 552-4 CCCat confiere a los cotitulares de un bien o derecho real la facultad de adquirir la cuota-parte transmitida a un tercero ajeno a la comunidad, por el mismo precio o valor y en las mismas condiciones. El tanteo puede ejercerse en el plazo de un mes desde la notificación. Si no se hubiera notificado (como en el caso presente) o si la transmisión se realiza por un precio o condiciones distintas de las notificadas, los cotitulares podrán ejercitar el retracto en un plazo de tres meses desde que tengan conocimiento de la venta, o desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de la cuota-parte en el bien o derecho.

Cuando Aquiles interpuso su demanda, no habían transcurrido aún tres meses desde la fecha de la anotación registral (pero sí algo más de un mes). Resulta evidente el interés de la actora en la aplicación del CCCat frente al Derecho civil común, pues el plazo de apenas 9 días previsto en el artículo 1524 del Código civil para el retracto de comuneros debería entenderse precluido<sup>5</sup>.

#### 1. EL OBJETO DEL RETRACTO: CLAVE PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE

La demanda es imprecisa en cuanto al objeto del retracto: en ciertos pasajes Aquiles parece afirmar que pretende retraer el derecho de hipoteca que garantiza el préstamo (en rigor, la cuota abstracta de un tercio de la hipoteca). En otros, en cambio, solicita que se declare la existencia de un derecho de retracto sobre un tercio *del préstamo*. Aclarar este punto es de una importancia capital, pues se trata de objetos procesales diferentes. Podemos interpretar la pretensión de Aquiles de dos maneras diferentes:

- a) Opción 1: Aquiles pretende el retracto de una cuota indivisa del crédito garantizado con hipoteca (esto es, un tercio del préstamo).
- b) Opción 2: Aquiles pretende el retracto de una cuota parte en el derecho real de hipoteca que garantiza el préstamo.

La ley del lugar de situación del bien se aplica únicamente a los aspectos reales de una determinada transacción, pero no a los aspectos obligacionales. Estos últimos quedan sometidos a la ley aplicable al título causal de acuerdo a la norma de conflicto que resulte aplicable (BERCOVITZ, 2013, 251)<sup>6</sup>. En su

demanda, Aquiles mezcla conceptos, al afirmar, por un lado, que la ley aplicable es la catalana porque el retracto se ejercita «sobre un tercio en proindiviso del préstamo» y, por otro lado, que la hipoteca determina la aplicación de las normas civiles catalanas, al estar constituida sobre un inmueble radicado en Cataluña. Esta inconsistencia debería poder ser alegada por Debtco *ex* artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»), en cuyo caso Aquiles deberá aclarar el contenido exacto de su pretensión durante el acto de la audiencia previa. Si dicha confusión no fuese subsanada, se debería proceder al sobreseimiento del pleito (CORDÓN, 2011, 1777)<sup>7</sup>.

Sea cual sea la pretensión de Aquiles, la hipoteca es un derecho real accesorio de un derecho de crédito (el derivado del préstamo). En virtud de esta accesoriedad propia de los derechos de garantía, sobre la que volveremos más adelante, hay que entender que el retracto se ejercita *per se* sobre la cuota indivisa del préstamo, y *per accidens* sobre la correspondiente cuota de la hipoteca<sup>8</sup>.

## 2. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MANCOMUNADO

El artículo 149.1. 8º de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Por su parte, el artículo 16 del Código civil (de aplicación general y directa en toda España) señala: «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV [del Título Preliminar]*». Estas reglas determinan la ley aplicable en los conflictos interregionales<sup>9</sup>. Entre ellas destaca el artículo 10.5 del Código civil, relativo a la ley aplicable a los contratos: «*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate [...]*». Es el préstamo (el «título causal» del que habla BERCOVITZ), y no la garantía, lo que tiene la *vis atractiva* a efectos de ley aplicable, pues lo que se pretende retraer es el crédito derivado del préstamo. Por tanto, el artículo 10.5 del Código civil determina la ley aplicable, y no el artículo 10.1 del Código civil, relativo a los derechos reales<sup>10</sup>.

En la estipulación 10ª del préstamo las partes sometieron el contrato a la legislación civil común. El retracto de créditos litigiosos se gobierna por la ley aplicable a la relación obligacional subyacente (i.e., el contrato de préstamo mancomunado) y no por la ley aplicable a la cesión (que, como hemos visto, en nuestro caso es también el Derecho común español) (CARRASCO PERERA, 2018, 5)<sup>11</sup>. Lo contrario supondría dejar a la voluntad de cedente y cesionario la elección de la ley aplicable al retracto (y que les llevaría a optar por la legislación más restrictiva con aquel)<sup>12</sup>. La clave es la ley a la que las partes

(acreedor cedente y deudor cedido, por un lado, y los acreedores entre sí, por otro) sometieron sus relaciones derivadas del contrato de préstamo.

Por tanto, para el ejercicio, en su caso, del derecho de retracto de coacreedores se ha de estar a las disposiciones del Derecho civil común sobre retracto de comuneros, y no a las del Derecho foral catalán como pretende Aquiles. Esto conllevaría la resolución de la *litis* favorablemente a Debtco, pues la aplicación del artículo 1524 del Código civil supone la preclusión del plazo para retraer, sin que sea necesario entrar a conocer del fondo del asunto. No obstante, a efectos de este trabajo (y para el caso que una opinión mejor fundada determine que es aplicable la ley catalana, en cuyo caso la demanda sí se habría interpuesto en plazo), proseguiremos nuestro análisis, tanto bajo ley común española como bajo ley catalana.

#### IV. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MANO COMÚN: ¿UNA COMUNIDAD ROMANA O GERMÁNICA?

Antes de determinar si existe derecho de retracto a favor de Aquiles, debemos detenernos en la naturaleza de la comunidad que forman los distintos coacreedores. La doctrina ha fundamentado la inexistencia del retracto en el carácter germánico de la comunidad formada por los titulares de un préstamo en mano común, y en la ausencia de «cuotas» (de forma que no existiría en la comunidad, técnicamente hablando, nada que retraer). A modo de ejemplo:

FAUS (2015): *«La distinción tradicional está entre la comunidad romana y la llamada comunidad germánica o en mano común. No hay problema alguno para aplicar el retracto de comuneros a la comunidad romana, que es la norma general en nuestro Derecho cuando un bien pertenece por indiviso, es decir, por cuotas ideales, a dos o más personas»*<sup>13</sup>.

MARTÍNEZ DEL TORO (2017): *«Un requisito imprescindible [para el retracto de comuneros] es que se trate de una comunidad o condominio de tipo romano por cuotas, la regulada en el artículo 392 del Código civil, en la que cada condómino tiene poder de disposición sobre su cuota, desapareciendo tras la división de la cosa común. No procede en la comunidad germánica o en mano común, como la sociedad de gananciales, salvo cuando esté disuelta pendiente de liquidación»*<sup>14</sup>.

VÁZQUEZ BARROS (2009): *«Pero lo dicho se refiere a la comunidad romana o por cuotas; situación que no se da en la sociedad de gananciales, la cual obedece a una comunidad germánica y por ende, no será factible el reconocimiento y por tanto el ejercicio del retracto toda vez que cada uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen matrimonial de gananciales, tan solo ostenta un derecho expectante dentro de la comunidad y no una titularidad exclusiva y excluyente sobre tales bienes gananciales y por lo tanto, como*



ya se dijo, resulta inviable entre los cónyuges el ejercicio de retracto legal de comuneros»<sup>15</sup>.

Por otra parte, en su magnífico estudio sobre la hipoteca flotante, AZOFRA y otros (2011)<sup>16</sup> han defendido el carácter germánico de la mancomunidad formada por los acreedores hipotecarios.

En este apartado sostendré que la comunidad formada por Aquiles y Debteo es necesariamente de tipo romano; no germánico, y que dicha distinción no puede servir de base en ningún caso para valorar la existencia o no de un derecho de retracto de coacreedores.

## 1. COMUNIDAD INTERNA FRENTE A COMUNIDAD EXTERNA

### A. *La facultad de cada acreedor de ceder su crédito*

Para determinar el tipo de comunidad ante el que nos encontramos (i.e. romana o germánica) es necesario analizar la facultad que tiene cada comunero de ceder su posición. Como regla general, en las comunidades llamadas «germánicas» existe una vocación de permanencia, que dificulta la entrada de nuevos comuneros. Por el contrario, las de tipo romano (arts. 392 y sigs. CC) tienden a favorecer la venta de las cuotas, sin perjuicio del derecho de retracto del artículo 1522 del Código civil (otra característica del condominio romano es que se concibe como una situación de transitoriedad, favoreciéndose la concentración de la propiedad en un único dueño).

Los prestamistas originales ya declararon en la estipulación 8ª su voluntad de que ninguno pueda ceder su posición (*[...] la cuota de préstamo correspondiente a cada entidad prestamista se mantendrá durante toda la duración del mismo en la indicada participación*). Sin embargo, conviene resaltar un par de puntos:

a) Cualquier prohibición de disponer (incluyendo un pacto entre coacreedores de no-ceder su crédito / posición contractual en el préstamo) constituye una realidad extrarregistral. Al tener origen voluntario, el acceso al Registro de la prohibición de ceder queda vetado por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH»)<sup>17</sup>. No cabe invocar en contra la validez del pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400 CC, también presente en varios ordenamientos forales). Como expondremos más adelante, no estamos ante una «cosa indivisa»: existen cuotas definidas, pertenecientes a cada acreedor, y estas pueden ser enajenadas a terceros.

b) Si bien la cláusula de cesión se ha convertido con el tiempo casi en una cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios (en la que además el deudor renuncia a ser notificado de la cesión conforme al art. 242 RH), su ausencia no impide la aplicación *ex lege* del artículo 149 LH. Esto es, «*el crédito o préstamo*

*garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código civil»<sup>18</sup>.*

*B. La facultad de cada acreedor de declarar el vencimiento anticipado*

Algunos Registros —no todos— vienen inscribiendo los pactos de sindicación, que habitualmente prevén el ejercicio colectivo de la acción hipotecaria, a través de un banco agente, y unas reglas de mayorías para la declaración de vencimiento anticipado. Sin embargo, si alguno de los coacreedores, vencido su crédito conforme a los requisitos exigidos por la LEC, iniciase un procedimiento especial de ejecución hipotecaria sin el concurso de los demás, el deudor no debería poder oponer la falta de litisconsorcio activo con base en la estipulación 8ª de la escritura de préstamo. Dicha falta de litisconsorcio (y, en general, los defectos procesales) no se encuentra entre los motivos de oposición tasados en el artículo 695.1 LEC. Esta ha sido la línea seguida por la mayoría de Audiencias Provinciales (Autos 71/2008, de 20 de febrero, 177/2009, de 6 de mayo, 161/2010, de 7 de mayo, o 182/2011, de 16 de marzo, de la AP de Madrid y Auto 35/2009, de la AP de Barcelona). También parte de la doctrina que ha tratado este asunto coincide en que las causas previstas en el artículo 695.1 LEC son las únicas sobre las cuales el deudor puede fundar su oposición, y no cabe oponer otras excepciones procesales, por vetarlo los artículos 695.1 y 698.1 LEC<sup>19</sup>.

En la ejecución ordinaria de la hipoteca, el deudor puede oponer la excepción del artículo 559.2º LEC (*falta de capacidad o de representación del ejecutante*). A mi modo de ver, la supuesta falta de legitimación activa no encaja en este artículo: la legitimación activa designa un concepto procesal distinto de «capacidad» y «representación» y, además, como hemos visto, la falta de litisconsorcio activo no determina una falta de legitimación.

Lo anterior está lejos de ser una cuestión pacífica (en especial tras las numerosas reformas de la legislación hipotecaria en los últimos años). No obstante, esta es la tesis con la que me alinee, por estimarla la más acorde con la literalidad de la LEC.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que nadie puede ser obligado a demandar ni solo ni unido con otro, de manera que no puede aceptarse una inexistente excepción de litisconsorcio activo necesario que no está prevista legal ni jurisprudencialmente: el artículo 12.2 LEC contempla el litisconsorcio necesario solo del lado pasivo<sup>20</sup>. La SAP de Vizcaya 48/2010 de 5 de noviembre trata la supuesta falta de legitimación activa de la actora por no concurrir el otro acreedor mancomunado, con remisión a la doctrina del TS:

*«A eso parece referirse el motivo del recurso al alegarse que no es posible la estimación de una acción interpuesta por una sola de las sociedades que*

*prestaron un dinero cuando aparece que lo hicieron dos conjuntamente, sin que la segunda de ellas intervenga en el procedimiento, por lo que en principio puede ejercitar por su parte la misma acción como acreedora que es. Sin embargo, ello no supone una falta de legitimación activa por parte de Pablocor, pues así mismo existe una jurisprudencia consolidada en el sentido de que cualquiera de los acreedores titulares de un crédito concertado en unidad de acto con un mismo deudor puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a todos ellos, ya sea para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en su beneficio, y ello incluso sin necesidad de hacer constar en la demanda de una forma expresa que se ejercita la acción en su nombre e interés, cuando se plantea una pretensión que de prosperar ha de redundar en su beneficio (STS de 30 de octubre de 1986; 13 de febrero de 1987; 26 de noviembre de 1987; 15 de enero de 1988; 21 de junio de 1989; 28 de octubre de 1991; 2 de octubre de 1992; etc.).».*

El pacto de mancomunidad acreedora es un acuerdo entre coacreedores, basado en los «*intercreditor agreements*» anglosajones. Por consiguiente, el deudor no debe poder oponerlo, ni siquiera en el marco de una ejecución ordinaria. En la cotitularidad de derechos de garantía, «*se produce una situación particular y con propio sentido [...], pues no puede dejar de influir en él el derecho de crédito del cual es accesorio. Ya en virtud de esa accesoriedad, ya porque no se trata de un derecho de goce, el modo de disfrute y ejercicio no será el predispuesto por los artículos 393 y siguientes del Código civil, sino el que se deduzca de la condición del crédito garantizado*» (LACRUZ BERDEJO, 2009, 321)<sup>21</sup>. En esta línea, la STS de 11 de junio de 1991 declaró que el actor único «*puede demandar a una o varias personas en su único beneficio, si la obligación fuese mancomunada [parciaria], e incluso en utilidad de los demás acreedores si fuese solidaria (arts. 1137 y sigs. CC y sentencias 27 de junio de 1986, 22 de octubre de 1987, 11 de noviembre de 1988, 3 de noviembre de 1989)*».

Existen también resoluciones en sentido opuesto, como la SAP de Madrid de 21 de abril de 2017 y el Auto de la AP de Madrid (Sección 20ª) de 19 de septiembre de 2017, que niegan la legitimación activa a las entidades demandantes por incumplimiento del «*intercreditor agreement*» incorporado al título ejecutivo, al entender que correspondía al banco agente canalizar las actuaciones judiciales, en virtud de un mandato representativo irrevocable.

Ahora bien, la citada sentencia de 21 de abril de 2017 declara que el acreedor mancomunado sí podría haber declarado el vencimiento parcial únicamente respecto de su participación en el préstamo: «*en contra de lo que sostiene la sentencia, no cabe concluir que las entidades acreditantes no puedan ejercitar acciones en defensa de sus derechos que tienen carácter mancomunado, esto es, en la parte que proporcionalmente le corresponde a cada una conforme a su*

*participación respecto de la totalidad del crédito sindicado. [...] Tales derechos pueden ser ejercitados por cada titular con plena autonomía e independencia de los derechos cuyo ejercicio incumba a otra entidad acreditante».*

Por todo lo anterior, no coincido con AZOFRA cuando afirma que, si el crédito o créditos garantizados se ostentan por varios acreedores en mano común, «solo la acción conjunta (unánime) de los acreedores puede determinar el ejercicio de las acciones hipotecarias»<sup>22</sup>. El deudor no debe poder oponer dicho pacto en un procedimiento ejecutivo. Incluso las sentencias contrarias a esta tesis reconocen la facultad de cada acreedor de ejecutar parcialmente su crédito. Esto es aplicable también a la hipoteca flotante (BADOSA COLL, 2013, 828)<sup>23</sup>. No es cierto que el aprovechamiento del derecho de hipoteca sea colectivo y que ello imponga la necesaria actuación conjunta de las acreditantes. A fin de cuentas, cada acreedor en última instancia tiene derecho solo a los ingresos de la ejecución que determine su participación en el crédito garantizado (prorratio del remate). No parece adecuado sostener que el derecho de crédito y su hipoteca aprovechan conjuntamente a todos los acreedores, como si fuesen usufructuarios o arrendatarios con derechos sobre un mismo inmueble. Sobre este punto volveremos más adelante.

En apoyo de nuestra tesis está, además, el evitar que el deudor pueda adquirir una porción del crédito a través de una sociedad interpuesta, impidiendo a los demás acreedores resolver el préstamo por no cumplirse la mayoría exigida. No es un supuesto de laboratorio, esto ha sucedido en la realidad: sin ir más lejos, en el caso que inspira este trabajo, Aquiles es una entidad vinculada al deudor cedido, con los mismos socios comunes. No le preocupa retrasar la ejecución cuanto sea necesario para limpiar las cargas, y juega con esa ventaja. Los acreedores como Debtco deben gozar de protección contra este tipo de situaciones, que no son admisibles conforme a las reglas que proscriben el abuso de derecho (art. 7.2 CC). En este sentido, considero que los pactos de ejecución conjunta que imponen un litisconsorcio activo no deberían siquiera tener acceso al Registro, evitando así que el deudor pueda llegar a oponerlos con éxito en la ejecución (en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la mayoría de Audiencias Provinciales). Todo ello sin perjuicio de los remedios frente al incumplimiento que asistirán a los demás acreedores, siempre que acrediten daños cuantificables, o bien cuando dicha obligación de resarcir venga establecida en el contrato de préstamo.

A continuación, trataré brevemente el destino del remate en la ejecución por un único acreedor.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1986, 489-490) afirma que, en concordancia con la naturaleza de comunidad ordinaria a que se encuentra sometido el derecho de hipoteca, un coacreedor puede, actuando en beneficio de la comunidad, ejecutar la totalidad del crédito, o bien solamente su cuota. Esto implica que el precio de remate ha de quedar a disposición de todos los demás acreedores, y no solo del ejecutante<sup>24</sup>. En contra, ROCA SASTRE (1968, 560-

576) considera que el remate se entrega al ejecutante, y la garantía asociada a las cuotas de crédito no ejecutadas subsistirán tras el auto de adjudicación, conforme a la solución que ofrece el artículo 227 RH<sup>25</sup>.

En mi opinión, la tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se ajusta mejor a la naturaleza de la hipoteca en mano común. En idéntico sentido se ha pronunciado CORDERO LOBATO (2008): *«la hipoteca global se extingue con la ejecución, aunque quede plazo de duración no consumido, aunque queden obligaciones vencidas y no pagadas que no hayan sido objeto de reclamación en la ejecución hipotecaria»*<sup>26</sup>.

Aceptar la posibilidad de una ejecución parcial con subsistencia del gravamen por las porciones no ejecutadas sería tanto como decir que no existe comunidad, sino varios créditos garantizados con hipotecas diferentes y de igual rango sobre un mismo inmueble, pues en nada se distinguiría el régimen de la hipoteca en mano común del de parciariedad (situación que contempla el artículo 227 RH cuando habla de hipotecas de igual rango). Hay dos motivos adicionales para concluir que la hipoteca de los demás co-acreedores no debe sobrevivir a la ejecución parcial:

a) Si asumimos que el derecho de hipoteca en un préstamo mancomunado es uno y único, la subsistencia del gravamen por la parte no ejecutada sería contraria a la indivisibilidad de la hipoteca consagrada en el artículo 1860 del Código civil para hipotecas sobre un único inmueble<sup>27</sup>.

b) En una situación de bloqueo, la aplicación del artículo 227 RH favorecería las conductas abusivas por parte de los demás acreedores, al dispensar a sus porciones de la hipoteca, de facto, un trato similar al de las hipotecas de rango preferente. Esto disuadiría al acreedor disidente de ejercitar su derecho, sería como ejecutar una segunda carga, de forma que el rematante debería repagar íntegramente las demás hipotecas para lograr su cancelación.

Tras la reinterpretación del artículo 671 LEC efectuada por las recientes resoluciones de la DGRN, no parece necesario arbitrar mecanismos de protección a los coacreedores para el caso de que un acreedor ejecute solo su cuota del crédito. Si la cantidad ejecutada fuese inferior al 50% del valor de tasación original del inmueble (o al 60%, tratándose de la vivienda habitual del deudor)<sup>28</sup>, el ejecutante o, en su caso, el cesionario del remate, deberán cubrir la diferencia en efectivo, entregándose dicho importe a los acreedores a prorrata de su participación en el crédito, una vez descontada la porción del ejecutante. Si por el contrario un acreedor ha ejecutado toda la deuda en beneficio de la comunidad, los demás acreedores tendrán derecho al importe del remate en proporción a su cuota en el crédito total.

Además, ante una ejecución parcial por un acreedor, queda a salvo la facultad de los demás acreedores de intervenir en el procedimiento ejecutando su

porción del crédito, en cuyo caso la distribución del remate deberá ser idéntica a la que tendría lugar en una ejecución por la deuda total.

C. *La comunidad externa como única susceptible de desplegar efectos frente a terceros*

Hemos visto cómo nuestro supuesto de hecho no encaja entre los difusos (y angostos) contornos de la comunidad germánica. Cada acreedor puede ceder su cuota a terceros, y declarar vencido el préstamo (o, al menos, su cuota) de forma unilateral. Cabe pensar pues en la existencia de dos comunidades: una interna o *ad intra* y otra externa o *ad extra*, siendo esta última la única con virtualidad frente a terceros (y, por tanto, la única relevante a efectos de un retracto). La prohibición de ceder la posición contractual que parece contener la estipulación 8ª carece de eficacia: cualquier pacto de no ceder tiene efectos puramente internos. Prueba de ello es que han tenido acceso al Registro sendas cesiones: la primera, por los dos tercios a favor de Aquiles y la segunda, por el tercio restante, a favor de Debtco.

AZOFRA (2011, 1288) señala que «*la autonomía de la voluntad [...] permite articular a través de los moldes de una comunidad germánica o en mano común la titularidad plural sobre cualquier derecho, real o personal. Tal habilitación no resulta solamente de los principios generales de nuestro Derecho (arts. 1255 CC, 2 de la LH o 7 del RH), sino específicamente en lo que a situaciones de cotitularidad de bienes o derechos se refiere, del párrafo segundo del artículo 392 del Código civil*». Sin embargo, la autonomía de la voluntad únicamente permite la creación de comunidades germánicas de origen convencional con efectos entre sus miembros (comunidad *ad intra*); en ningún caso frente a terceros (comunidad *ad extra*). El régimen general para la comunidad tanto en Derecho común como en el CCCat es el condominio romano; las comunidades germánicas reconocidas en Derecho común (y que por tanto tienen eficacia *erga omnes*, pues su funcionamiento deriva de la ley) son pocas y están tasadas: (i) la sociedad de gananciales<sup>29</sup>; (ii) la comunidad hereditaria; (iii) los montes vecinales o en mano común regulados por la Ley 55/1980; y (iv) los pastos, leñas y aprovechamientos comunales regulados en el Código civil<sup>30</sup>. Fuera de los supuestos legales, las partes pueden crear comunidades que se rijan por las normas que establezcan, pero tales normas no pueden tener efectos frente a terceros, salvo que las relaciones entre comuneros se «exterioricen» mediante la creación de derechos reales limitados sobre los bienes de la comunidad (que esencialmente revestirán la forma de servidumbres prediales)<sup>31</sup>.

En otro orden de cosas, cuando se afirma que pueden crearse comunidades de origen consensual, es preciso matizar: nadie «constituye» una comunidad como tal; la comunidad es una situación de hecho, que se da como consecuen-

cia de la adquisición por varias personas de determinados bienes o derechos «colindantes» (si esta expresión es admisible para comunidades de derechos). Las partes no crean *ex novo* una comunidad, sino que reconocen una situación de cotitularidad preexistente. El Código civil y las leyes especiales regulan las normas por las que han de regirse estas situaciones y que despliegan efectos frente a terceros (v.g. el retracto de comuneros frente al adquirente de una cuota-parte del objeto, o la facultad de los acreedores de los comuneros de concurrir a la división de la cosa común *ex art.* 403 CC).

En apoyo de la tesis favorable al reconocimiento de los efectos de la comunidad germánica, AZOFRA (2011, 1296) esgrime «*el amplísimo alcance de la regulación convencional de la comunidad*», y cita la RDGRN de 18 de mayo de 1983, «*[que acepta] un régimen jurídico especial de comunidad funcional, organizada y permanente, del que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros*». Hemos de objetar que esta resolución: (i) está dictada al amparo del derecho navarro, donde el pacto de conservar la cosa indivisa está admitido (Ley 374 de la Compilación), siempre que no exceda de 99 años (frente al máximo de 10 años del art. 400 CC); y (ii) el retracto es un derecho renunciable por los comuneros, al igual que en Derecho común. Por tanto, ambos pactos pueden gozar de la fe pública registral. La resolución citada no consagra la validez o eficacia frente a terceros de cualesquiera pactos puedan celebrar los comuneros para convertir una comunidad en germánica, sino solo de aquellos dentro de los límites previstos en la ley. No se deduce de la resolución que puedan tener eficacia real, digamos, el pacto de no ceder la cuota, o el de no ejecutar un crédito sin el acuerdo unánime o mayoritario de los acreedores.

Por todo lo anterior, algunos autores han apuntado que la creación de comunidades germánicas de origen convencional es una ficción (BELTRÁN DE HEREDIA, 1954, 110-112 y LACRUZ BERDEJO, 1963, 37)<sup>32</sup>. A mi juicio, es una ficción que las comunidades germánicas de origen convencional tengan virtualidad más allá de lo previsto en la ley, sin la exteriorización de sus pactos mediante la creación de derechos reales limitados (servidumbres) sobre bienes inmuebles, quedando así estos sujetos a los pactos comunitarios<sup>33</sup>, siempre y cuando dichos pactos no supongan una contravención de normas imperativas (v.g. arts. 26 y 27 LH).

## 2. BREVE EXCURSO SOBRE EL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS CUOTAS DE LOS ACREEDORES EN LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

### A. De la existencia de cuotas en el préstamo mancomunado

El artículo 54.1 RH dispone que «*las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precizarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indubitadamente*».



El trabajo de AZOFRA (2011) trata sobre hipotecas flotantes en mano común. Estas tienen características que les confieren una complejidad especial y las distinguen de nuestro supuesto base, donde la hipoteca no está constituida al amparo del artículo 153 bis LH. Sin embargo, no comparto la afirmación del autor por la cual «[ninguno de los coacreedores] *puede pretender para sí una cuota o porción exclusiva, pues el disfrute es colectivo orientado a los fines solidarios del grupo*». Por tanto, tampoco considero que la regla del artículo 54 RH no sea aplicable a la hipoteca en mano común debido a la inexistencia de cuotas<sup>34</sup>.

Puesto que la ausencia de cuotas en la comunidad germánica constituye el eje argumental sobre el que la doctrina ha basado la inexistencia de retracto de coacreedores, es obligado detenernos en este punto, pues en nuestro caso parece claro que sí existen cuotas ideales tanto en el crédito como en la hipoteca.

AZOFRA (2011, 1293-1294) asimila el crédito mancomunado al crédito incluido en los bienes gananciales, por ser ambos «en mano común»: el segundo forma parte de una comunidad germánica (la sociedad de gananciales), y, por igual principio, el primero constituiría también una comunidad germánica. El problema de este silogismo es que equipara conceptos en planos ontológicos distintos: la sociedad de gananciales es un tipo de comunidad prevista en la ley, que la doctrina ha clasificado como germánica. Todos los bienes y derechos de la sociedad de gananciales forman parte y son titularidad de la misma (son su «materia» en sentido aristotélico). Pero esto no permite afirmar que, como nuestro crédito hipotecario se encuentra «en mano común», Debtco y Aquiles (o, previamente, los Bancos 1, 2 y 3) constituyen una comunidad germánica sobre el crédito y su hipoteca. Al contrario, Debtco tiene una tercera parte del derecho de crédito, y Aquiles, las otras dos terceras partes. En una hipoteca flotante en garantía de diversas obligaciones presentes y futuras, la situación sería similar: cada crédito pertenecería al acreedor que lo hubiera concedido, si bien la proporción que los créditos de cada uno representan sobre la deuda total estaría pendiente de determinar<sup>35</sup>. En otras palabras, se está confundiendo el continente (la comunidad hereditaria) con su contenido (el derecho de crédito): un derecho de crédito que forme parte de una sociedad de gananciales o de una herencia yacente no pertenece por cuotas a cada uno de los comuneros (cuyos derechos son cuotas abstractas de la masa ganancial o hereditaria, respectivamente). Por el contrario, en el crédito hipotecario mancomunado sí existen partes alícuotas tanto en el crédito como en la hipoteca. En una hipoteca flotante, dichas cuotas podrán variar con el tiempo, determinándose con el cierre de la cuenta, que es cuando se cuantifica el saldo exigible.

Para demostrar lo anterior, imaginemos cualquiera de las comunidades germánicas con contenido patrimonial previstas en la ley (que en Derecho común se reducen esencialmente a la sociedad de gananciales y la comunidad hereditaria). ¿Puede uno de los cónyuges o de los coherederos enajenar válidamente, sin el



consentimiento del otro cónyuge o de los demás herederos, un derecho de crédito incluido entre los bienes gananciales o en la herencia yacente? La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Así lo prescriben los artículos 1375 y siguientes del Código civil, para la sociedad de gananciales, y así lo ha venido declarando el TS para la comunidad hereditaria, con base en la regla de unanimidad del artículo 397 del Código civil<sup>36</sup>. No puede enajenarlo porque no es titular de tal crédito (el contenido o «materia» de la comunidad); el titular es el mancomún (el continente o «forma»). En cambio, hemos visto que cada acreedor en nuestro caso base sí puede ceder su crédito (su posición contractual en el préstamo) sin el consentimiento de los demás acreedores. ¿Cómo es esto posible? Porque lo que se cede, en el fondo, es un crédito con sustantividad propia, de que es titular el cedente (no como en la sociedad de gananciales). Dicho crédito está garantizado con la parte alícuota en el derecho real de hipoteca. Esto mismo se observa en una pluralidad de créditos garantizados con hipoteca flotante en mano común: también cada co-acreedor puede ceder sus créditos a terceros, quienes se beneficiarán de la hipoteca en la parte proporcional a los créditos cedidos. Siguiendo a VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009), «cada acreedor tendrá en la hipoteca [flotante] la misma titularidad que en el crédito, ya fuera esta solidaria, parciaria o en mano común»<sup>37</sup>.

La importante RDGRN de 8 de junio de 2011 avaló la tesis de AZOFRA en cuanto a que no es necesario expresar cuotas en la constitución de una hipoteca flotante en mano común. Concuero con esta resolución en que la regla general de fijación de cuotas puede verse excluida bajo determinadas circunstancias<sup>38</sup>. La expresión de las cuotas conforme al artículo 54 RH, en efecto, no es necesaria para inscribir una hipoteca en favor de varios acreedores. Pero la razón no es la «mancomunidad germánica» por la cual todos los acreedores se beneficiarían por igual de la hipoteca, sino que dicha división en cuotas se deduce del carácter accesorio de la hipoteca (art. 1857.1 CC). Ya es posible «conocer indubitadamente la porción ideal de cada acreedor», pues la hipoteca pertenece a los acreedores mancomunados en proporción al crédito concedido (y desembolsado) por cada uno: se cumple así la finalidad del artículo 54 RH (i.e. asegurar la determinación del derecho de hipoteca). Prueba de ello es que, en nuestro caso, el Registro ha inscrito las sucesivas cesiones por tercios, sin necesidad de mayor especificación. Si, por el contrario, los acreedores quieren que su participación en el derecho de hipoteca no coincida con su participación en el préstamo, entonces sí habrán de expresar tal circunstancia sobre la escritura de hipoteca (indicando la distribución que las partes hayan pactado).

Como caso singular, en la hipoteca flotante en mano común del artículo 153 bis LH (supuesto dirimido en la RDGRN de 2011) no es posible fijar la cuota *ab initio*, sino solo una vez se fija el saldo adeudado a cada acreedor sobre la deuda total, por lo que no puede exigirse su constancia en el título constitutivo de la hipoteca. Esto no impide que los créditos cubiertos por la hipoteca

mantengan su independencia, con cuantías y plazos diferentes (en su caso), y conservando el acreedor la facultad de cederlos. Prueba de ello es que la ley no exige un pacto novatorio de las obligaciones garantizadas, lo que constituye una manifestación de la accesoriedad, impidiendo que la unidad de la hipoteca se imponga a la pluralidad de créditos (BADOSA COLL, 2013, 821)<sup>39</sup>.

Por último, hay que destacar que, si el aprovechamiento del derecho de hipoteca fuese colectivo, en el momento de la constitución de la hipoteca todos los acreedores deberían tributar por ITPAJD por la totalidad del crédito garantizado, pues el derecho constituido sería sobre el total de la hipoteca, para todos y cada uno de ellos, pues a todos aprovecharía de forma mancomunada. Y, con cada cesión, la base imponible del impuesto a pagar por el cesionario debería ser, de nuevo, la totalidad del crédito garantizado. Esto, además de llevar a consecuencias manifiestamente injustas y antieconómicas, es contrario al criterio de la propia Dirección General de Tributos de 7 de julio de 2017 (Resolución Vinculante V1771-17) la cual concluye que *«en la cesión de la posición acreedora contractual de uno de los intervinientes en un contrato de financiación sindicada y, por tanto, de la parte proporcional de una hipoteca flotante en mano común, es decir, de la parte de un crédito que tiene el cedente en un crédito hipotecario total que, al ser en mano común, está garantizado por la totalidad de la hipoteca, pero con el límite de su propio crédito, la base imponible de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITPAJD estará integrada por la total cantidad garantizada, debiendo entenderse por tal la constituida por el importe del crédito a favor del cedente pendiente de amortización en la fecha de la cesión y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos, pues solo esa parte del crédito es objeto de cesión»*. En resumen, el derecho de cada acreedor (tanto en el crédito como en su reflejo hipotecario) es su participación en la financiación (su cuota parte), cuya expresión resulta innecesaria, pero en ningún caso inexistente.

#### *B. Sobre la inexistencia de la acción de división, y la unicidad de la hipoteca flotante*

La *actio communi dividundo* no existe como tal en la hipoteca en mano común, no porque esta última sea una comunidad germánica indivisible, sino porque no es necesaria: la hipoteca es divisible entre cuotas mediante su mismo ejercicio, i.e., la ejecución hipotecaria y el prorrateo del remate (la gran paradoja de la hipoteca como derecho real es que se extingue como consecuencia de su uso). Esto sin perjuicio de la facultad de los coacreedores de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, pudiéndose realizar dicha distribución en cualquier momento de la vida de los créditos garantizados, sin necesidad de consentimiento del deudor.

En la hipoteca flotante en mano común existe un *ius ad rem*; un derecho pendiente de concretarse. Es un supuesto excepcional en que la ley permite que un derecho acceda al Registro antes de que llegue a definirse del todo. En la hipoteca flotante se ven hasta cierto punto debilitados tanto la accesoriedad como el principio de determinación hipotecaria. En el momento de la constitución solo es preciso definir la cantidad máxima total por principal, intereses y costas por la que responde el bien hipotecado, y hacer una descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

La cuota en la hipoteca flotante queda pendiente de determinar, sirviendo la constitución de la hipoteca como «reserva de rango», a la espera de que el derecho de los acreedores se concrete y pueda ser ejercitado.

La unicidad de la hipoteca flotante en mano común (por oposición a la pluralidad de los créditos garantizados) es un concepto que sirve para explicar el periodo que media entre el otorgamiento del préstamo hipotecario y su exigibilidad, una situación transitoria que, en las hipotecas del artículo 153 bis LH, se corresponde con la noción de flotabilidad, i.e., la fase de seguridad durante la cual las obligaciones garantizadas pueden variar. Una consecuencia de dicha unicidad es que, si alguno de los coacreedores viese satisfecho su crédito antes del vencimiento de las demás obligaciones, y siempre que no se hubiese distribuido la responsabilidad hipotecaria máxima entre los distintos acreedores, la hipoteca no se cancelará parcialmente. Durante la fase de «flotabilidad», si no se divide la responsabilidad hipotecaria entre acreedores, la hipoteca es única e indivisible, como exige la naturaleza de los derechos de garantía. La porción del acreedor satisfecho «acrecerá» a los demás, de forma que el colectivo de acreedores se beneficiaría de la responsabilidad hipotecaria total en una eventual ejecución. Esto es, la responsabilidad hipotecaria total pactada inicialmente se distribuirá entre los acreedores en forma proporcional a la deuda pendiente que corresponda a cada uno. Todo ello por analogía con el régimen de pluralidad acreedora sobrevenida —*pignus in solidum*—, previsto en el artículo 1860 del Código civil (apartados 2 y 3)<sup>40</sup>.

Aunque no se hubiera distribuido la responsabilidad entre los acreedores antes de ejecutar, sería posible la ejecución unilateral por un acreedor. Señala VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009): «la indicada “flotabilidad” de la responsabilidad hipotecaria genera la posibilidad de que cualquiera de los acreedores pueda dirigirse contra la finca hipotecada, también hasta el límite de su responsabilidad hipotecaria conjunta, ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones garantizadas, sin que sea tampoco necesario especificar en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza el crédito, préstamo u obligación de cada acreedor. [...]»<sup>41</sup>.

La unicidad de la hipoteca flotante es una *fiction iuris* que sirve para explicar una situación de interinidad, de pendencia del derecho. El derecho de acrecer

en la hipoteca flotante tras la extinción de los créditos de un acreedor solo se produce si las partes no han distribuido la responsabilidad hipotecaria entre acreedores. La única implicación real de que una misma hipoteca garantice varios créditos de acreedores distintos en mano común, por oposición al régimen de parciariedad que seguirían diversas hipotecas *pari passu*, es la inaplicación del artículo 227 RH y, por tanto, la no subsistencia del gravamen tras la ejecución.

### 3. CONCLUSIÓN: EN EL PRÉSTAMO MANCOMUNADO NO SE DAN LAS NOTAS PROPIAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA

Las escasas comunidades de tipo germánico reconocidas en nuestro derecho se caracterizan por los estrechos vínculos entre los condueños (de tipo conyugal, familiar, de gremio o de vecindad), y por su vocación de permanencia. Parece forzado querer encajar nuestro supuesto (donde los acreedores son 3 entidades financieras) en el molde doctrinal de la comunidad germánica.

El derecho de hipoteca únicamente puede «usarse» y «disfrutarse» mediante el ejercicio de la acción hipotecaria<sup>42</sup> y, como hemos anticipado, cualquiera de los acreedores puede declarar vencido el préstamo y ejecutar la hipoteca, repartiéndose los ingresos de la ejecución entre los coacreedores en proporción a su participación en el préstamo. Alternativamente, también podría desplegar sus efectos en la fase de liquidación de un concurso de acreedores, como privilegio especial de los acreditantes (en cuyo caso los pactos internos de estos carecerán de eficacia). Mientras no se ejercita el *ius distrahendi* (ya sea de forma activa mediante la acción hipotecaria o pasiva, en el marco de la liquidación del deudor) no existe verdadero ejercicio del derecho. Nos encontramos en una situación de pendencia, donde los co-acreedores únicamente tienen un *ius ad rem* sobre el bien hipotecado, o sobre los ingresos derivados de su venta en pública subasta. Con respecto a la hipoteca flotante colectiva, alguna doctrina ya ha resaltado las dificultades de aceptar la idea de titularidad «en mano común»<sup>43</sup>. También en ella la comunidad solo despliega sus efectos mediante el ejercicio del *ius distrahendi* (pues los coacreedores «usan» y «disfrutan» la hipoteca). Y en esa fase, como vemos, las cuotas ya están determinadas. Todo lo anterior nos lleva a concluir que el préstamo mancomunado es claramente una comunidad romana.

Solo la comunidad interna puede presentar notas que la asemejen a una comunidad germánica (principalmente, el compromiso de no vencer/ejecutar el préstamo de forma unilateral, para lo cual se establecen reglas de mayorías, o la unanimidad). Como vemos, estos pactos carecen de eficacia *erga omnes*, y los acreedores solo podrán hacer valer entre sí pactos indemnizatorios ante su incumplimiento (que podrán ser modulados por los tribunales). Coincidimos con GARCÍA GARCÍA (2006, 454) —no quien humildemente escribe estas

páginas, sino el insigne civilista— en que no cabe admitir una comunidad en mano común en nuestro Derecho fuera de los casos legalmente reconocidos<sup>44</sup>, pero matizamos: no cabe que estas comunidades en mano común desplieguen efectos frente a terceros, sino solo obligacionales entre las partes.

#### 4. ARGUMENTO «A CONTRARIO»: EL RETRACTO DE COHEREDEROS

La STS 214/1998 de 3 de marzo dejó claro que el retracto de comuneros y el de coherederos no son instituciones fungibles e intercambiables, pero sí responden a una misma idea fundamental, inspirándose el segundo en el primero.

El retracto de coherederos se regula en el artículo 1067 del Código civil: *«Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber»*.

Este precepto hace referencia a una situación anterior a la partición de la herencia, es decir, vigente la comunidad hereditaria. Por tanto, existe al menos un tipo de comunidad germánica de origen legal para la que se reconoce un derecho de retracto sobre la cuota abstracta en la herencia del heredero que enajena su derecho<sup>45</sup>.

Observamos como el carácter germánico de una comunidad no necesariamente implica que a sus miembros no les asista un derecho de retracto ante la venta de la cuota de un comunero. También que, incluso en las comunidades legales que la doctrina clasifica como germánicas es posible hablar, en última instancia, de cuotas a favor de los comuneros. Razones todas para convenir con LACRUZ en la debilidad de la comunidad germánica como construcción doctrinal.

#### V. FUNDAMENTO DE LA INEXISTENCIA DEL RETRACTO DE CO-ACREEDORES

##### 1. RECAPITULACIÓN

En los apartados anteriores he expuesto mi posición según la cual:

I. La comunidad externa en un préstamo mancomunado es la única que tiene eficacia frente a terceros, y esta es indudablemente de tipo romano.

II. La comunidad interna podría llegar a asimilarse en algunos aspectos a una comunidad germánica, pero no tiene efectos *erga omnes*. Además, el hecho de que una comunidad sea de tipo germánico no necesariamente excluye el re-

tracto (la ley prevé el retracto de coherederos sobre la cuota-parte del heredero que enajenare esta a un extraño).

III. A falta de especificación de cuotas en el derecho real de hipoteca, el principio de accesoriedad impone que dichas cuotas, salvo pacto en contrario, deben coincidir con la participación de cada acreedor en el crédito garantizado, existiendo siempre cuotas determinadas (o determinables, en la hipoteca flotante).

De todo ello se podría concluir que a los acreedores en un préstamo hipotecario en mano común les asiste un derecho de retracto para el caso de que un coacreedor enajene su cuota-parte en el crédito (y, por consiguiente, en la hipoteca). En el siguiente apartado, explicaré las razones por las que, en mi opinión, la ley no ampara dicho retracto.

## 2. EL CONCEPTO DE «BIEN» O «COSA» COMO OBJETO DEL RETRACTO

### A. *El texto del artículo 1522 del Código civil*

El artículo 1522 del Código civil, señala que «1. *El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.* 2. *Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.*».

VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009) ha señalado la conveniencia de que los acreedores pacten expresamente la existencia del retracto en el título constitutivo si tal es su voluntad, «*pues a falta de pacto expreso, es dudoso, dada la especial naturaleza del derecho real de hipoteca [...] que dicho derecho exista con base en la aplicación analógica del artículo 1522 del Código civil*»<sup>46</sup>.

Ciertamente, no parece que ese sea el espíritu del Código civil.

### B. «Cosa» y «derecho»

El profesor RUIZ DE HUIDOBRO (2008, 374-375) ha distinguido, a través de una interpretación sistemática del Código civil, entre los conceptos jurídicos de «cosa» (o «bien») y «derecho»:

*«En el lenguaje corriente, el concepto de «bien» (cualquier ente valioso) es mucho más amplio que el de «cosa» (ente material y tangible, de la naturaleza exterior). Se ha intentado trasladar esa distinción al ámbito jurídico, originándose múltiples criterios de distinción. En nuestra opinión, los esfuerzos son baldíos, si se tiene en cuenta que el Código civil habla indistintamente de*

*bienes y cosas (cfr. arts. 333, 336, 338, 346, 1271 y 1936 CC). Por tanto, no puede afirmarse que haya una distinción legal entre ambos. En lo que sigue, por coherencia, no se distingue entre cosa y bien.*

*En sentido técnico, «bien» y «derecho» son conceptos de orden diferente, autónomos y que expresan ideas distintas, aunque relacionadas: el bien es el objeto sobre el que recae el derecho. En general, cuando se alude a los derechos como algo distinto de los bienes, es porque se habla ya de los derechos distintos al de propiedad, es decir, a los derechos reales limitados (por ejemplo, el usufructo [o la hipoteca —el añadido es nuestro], ya de los derechos de crédito, es decir, los que posibilitan a su titular el exigir una prestación a otra persona [como sucede en el préstamo— el añadido es nuestro]. De hecho, existen textos legales que distinguen entre ambos conceptos (cfr. arts. 392, 609, 1024.1º, 1346 CC)»<sup>47</sup>.*

Como vemos, uno de los preceptos citados por el autor es el artículo 392 del Código civil. El Código civil admite la existencia de comunidades de bienes y de comunidades de derechos. En cambio, el artículo 1522 del Código civil habla exclusivamente del retracto sobre «la cosa común» y no sobre «el derecho». El legislador parece estar pensando en comunidades de «cosas» (de «bienes») y no de derechos. Dicho de otro modo, el retracto de comuneros opera únicamente en aquellas situaciones en que los comuneros ostentan un derecho de propiedad sobre un bien material concreto. Esta interpretación parece venir avalada tácitamente por la doctrina más autorizada que ha abordado el tema. Por todos, BERGEL SÁINZ DE BARANDA (2010, 1689), quien distingue entre retracto sobre bienes muebles e inmuebles, pero nunca sobre «derechos»<sup>48</sup>.

### *C. Fundamento del retracto de comuneros*

La anterior interpretación se ve robustecida por la ubicación del artículo 1522 del Código civil dentro del Capítulo VI del Título IV del Libro IV del Código civil. Esto es, dentro del régimen de la compraventa (cuyo objeto son las cosas materiales y tangibles), por contraposición a la transmisión de créditos y otros derechos incorpóreos, regulada en un capítulo posterior (el VII, en los arts. 1526 a 1536 CC)<sup>49</sup>.

El fundamento del retracto lo hallamos en la STS de 22 de octubre de 2007 (retracto de coherederos): «*Como ha señalado, entre otras, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1986, con remisión a la de 28 de diciembre de 1963, “el derecho de retracto regulado en el artículo 1522 del Código civil, de antigua raigambre en nuestra legislación —Partida 5.ª, título 5.º, Ley 55 y Ley 75 de Toro—, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y*

los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aún eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva”». El Alto Tribunal señala la necesidad de aplicar el retracto con criterio restrictivo (STS de 29 de mayo de 2006): «*El ejercicio de la acción de retracto legal está sujeto al cumplimiento de rigurosos requisitos acordes con la especial naturaleza de la institución que, en definitiva, supone una excepción al principio general de libertad de contratación [...] [E]stá afectando al derecho inicial que ha de reconocerse a todo vendedor en orden a elegir la persona del comprador a quien desea transmitir la propiedad del bien de que se trate*». Más tajante se mostró, por su parte, la DGRN en su resolución de 13 de febrero de 1980, que atribuye al retracto un «*carácter restrictivo y odioso*». Por su parte, la STS 724/2013, de 18 de noviembre pone de relieve que el retracto de comuneros responde al criterio del Derecho romano que considera antieconómicas y perjudiciales las situaciones de comunidad.

En nuestro caso no hay tal desmembramiento de la propiedad. La antieconomicidad (si el palabro es admisible) propia del fraccionamiento del dominio cobra sentido respecto de los «bienes» o «cosas», no de derechos de crédito (máxime cuando estos operan en la práctica como créditos individualizables en cuotas de participación, como hemos apuntado).

#### *D. Interpretación teleológica: el debate en torno a los requisitos para el retracto*

La mayor parte de la doctrina entiende que la consumación de la venta del objeto (mediante la *traditio*) es requisito necesario para ejercitar el retracto<sup>50</sup>. Son mayoritarias las resoluciones del Tribunal Supremo en ese sentido, frente a las que solo exigen la perfección de la venta<sup>51</sup>. Con independencia de cuál de las dos tesis sea la acertada, la existencia de este debate es reveladora: la separación temporal entre perfección y consumación (esta última, el momento en que produce la entrega del objeto de la compraventa mediante la *traditio*) indica que el retracto está concebido para la transmisión de la propiedad (o, si se quiere, aunque esto sería discutible, también de otros derechos reales). En su estudio sobre la adquisición de la propiedad, GASPARELLO (2017, 36) deja claro que la cesión de créditos, pese a su finalidad traslativa, no requiere los presupuestos que la ley impone para la adquisición por tradición: «*tanto el acuerdo de cesión como la transmisión de un derecho de crédito aparecen indisolublemente unidos, sin que sea necesario un específico acto traslativo para que se produzca la adquisición del crédito. La concurrencia del consentimiento de cedente y cesionario convierte a este último en titular del crédito*



frente al deudor y frente a terceros. No hace falta ni siquiera la notificación al deudor, que no es elemento constitutivo de la efectiva transmisión sino de la eficacia liberatoria en caso de pago a tercero»<sup>52</sup>. Para los créditos hipotecarios, ello debe entenderse sin perjuicio del otorgamiento de escritura pública como requisito para la efectiva cesión de la hipoteca como exige el artículo 149 LH. Sin embargo, esta exigencia de forma pública y de inscripción registral no constituye en puridad un acto de *traditio*, sino un requisito para que el nuevo acreedor pueda ejercitar sus derechos hipotecarios<sup>53</sup>; la cesión del crédito con el acuerdo traslativo (que puede formalizarse en documento privado) ya produce efectos reales, pues el cedente deja de ser acreedor material, y carece de legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria, aunque continúe figurando en el Registro como titular de la hipoteca hasta la inscripción de la cesión<sup>54</sup>. La escritura e inscripción posterior «completan» la posición del cesionario como nuevo acreedor hipotecario.

Parte de la doctrina ha propuesto la aplicación del artículo 1464 del Código civil, que regula la tradición de bienes incorpóreos por medio de escritura o de la entrega del título representativo, para considerar cumplida la transmisión del crédito. No obstante, como señala GASPARD LERA (2017, 36-37) «*el Tribunal Supremo se ha pronunciado en no pocas ocasiones en el sentido de considerar que la cesión no requiere un acto dispositivo distinto [del] acuerdo entre cedente y cesionario*».

Dado que el retracto (en su doble modalidad de tanteo y retracto) parece exigir un acto traslativo (o, al menos, un acto para cuya consumación es precisa dicha *traditio*), considero que este es un motivo adicional para concluir que el retracto de comuneros no se concibe para derechos de crédito.

Por último, debe tenerse en cuenta el principio de tipicidad: la ley debería prever expresamente el retracto de coacreedores, más aún cuando el retracto es una institución que ha de usarse de forma restrictiva. Siguiendo con el hilo argumental del retracto de coherederos, este último existe porque así lo prevé el artículo 1067 del Código civil, pero no puede deducirse directamente del retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil como una modalidad *sui generis* del mismo. En primer lugar, por la ubicación sistemática disímil de ambos preceptos, y en segundo, porque el último se refiere a la propiedad sobre cosas tangibles, mientras que el retracto de coherederos se ejercita sobre una cuota abstracta de la herencia, aunque esta no se haya concretado todavía en bienes o derechos determinados.

En conclusión: aunque el Derecho común contempla posibles situaciones de comunidad respecto de derechos de crédito, no existen retractos legales sobre los mismos<sup>55</sup> (en mi opinión, tampoco sobre derechos reales limitados, distintos de la propiedad sobre bienes o cosas). Como única excepción —y por disposición expresa del Código civil—, el retracto de coherederos se ejercita sobre una cuota ideal en la herencia yacente. Pero el retracto legal de comuneros recae nece-

sariamente sobre bienes o cosas pertenecientes a la realidad sensible, mientras que conceptos como «derecho» o «crédito» solo existen en el mundo inteligible.

### 3. LA ACCESORIEDAD DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA

En contra de lo antes expuesto, el interesado en el retracto podría alegar que realmente busca retraer la hipoteca, pues esta tiene «más fuerza» que el derecho de crédito, como si el derecho de garantía ejerciera una suerte de *vis atractiva* sobre el crédito. Esto es lo que parece dar a entender Aquiles en su demanda. Sin embargo, como adelantamos al analizar la ley aplicable, es la cesión del crédito la que determina la cesión de todos sus derechos accesorios (ex art. 1528 CC) y no viceversa. Como afirma LACRUZ BERDEJO (2009, 463) respecto de las garantías, *«La hipoteca participa de las circunstancias del crédito asegurado y sigue sus vicisitudes, como la sombra al cuerpo; si el crédito es nulo, también es nula la hipoteca; si aquel es condicionado, la hipoteca no nace como actual hasta que, cumplida la condición suspensiva, nazca el crédito; cuando se extingue por cualquier causa el crédito, se extingue la hipoteca; [...] tampoco puede enajenarse la hipoteca si no es con el crédito mismo»*<sup>56</sup>. En la misma línea, el Tribunal Supremo estableció en su sentencia 148/2003, de 25 de febrero: *«Como principio general, según considera la doctrina científica, en la cesión del crédito hipotecario existe, de una parte, la de un derecho obligacional o personal, integrado por el crédito, y de otra, la de un derecho real constituido en garantía de aquel, es decir, la hipoteca, de modo que la cesión ha de comprender ambos componentes y, por ello, el objeto de la cesión es la suma de los dos; así, no cabe la cesión del crédito sin ceder el derecho real de hipoteca, pues, dado el principio de accesoriidad de la hipoteca, la cesión del crédito comprende la de sus garantías, según dispone el artículo 1528 del Código civil»*.

Es erróneo sostener que la hipoteca puede retraerse y que ello da lugar al retracto sobre el crédito, o que ambas cosas se producen *eodem tempore*, en plano de igualdad ontológica. El orden correcto (aun cuando se produjeran en unidad de acto) debería ser ejercer el retracto sobre el crédito, y, solo de forma accesorio, retraer la hipoteca. Puesto que, como hemos concluido, no es posible retraer derechos de crédito, no puede retraerse la hipoteca de manera autónoma, ni pretender que un retracto sobre la hipoteca «arrastre» al crédito. Igual que el derecho de crédito (elemento principal de la relación) determina la ley aplicable, también determina que no exista retracto (pues este debería ejercitarse sobre el crédito en un primer nivel, como condición necesaria para retraer la hipoteca).

Por supuesto, queda a salvo la facultad de las partes de configurar retratos convencionales sobre créditos hipotecarios, tal y como apunta VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009), con fundamento en el artículo 1255 del Código

civil. El retracto convencional deberá pactarse en la escritura de constitución del préstamo hipotecario o en cualquiera de sus novaciones, para que tenga eficacia *erga omnes* (y pueda por tanto ser ejercitado).

#### 4. INEXISTENCIA DE RETRACTO BAJO LA LEY CATALANA

##### A. *La regulación de la comunidad en el Código civil de Cataluña*

La demandante busca la aplicación de la ley foral catalana dado el plazo más generoso para ejercitar el retracto (tres meses desde el momento en que tengan conocimiento de la enajenación, o desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión), frente a los nueve días que el Código civil concede al retrayente. Ya hemos dicho que no resulta aplicable a nuestro caso la ley catalana. No obstante, para el supuesto de que se entendiera de aplicación la *lex rei sitae* (que, insisto, no existe aquí, pues lo que se pretende retraer no es un objeto material que justifique la aplicación de la regla del art. 10.1 CC), expondré mi tesis según la cual en Derecho catalán tampoco existe un retracto de co-acreedores.

Señala el artículo 551-1 CCCat (*Situaciones de comunidad*): *1. Existe comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio.*

La sentencia 75/2016 del TSJ de Cataluña, de 29 de septiembre declara que la tradición jurídica catalana busca la concentración de la propiedad en la comunidad ordinaria indivisa. Señala el Tribunal que el Derecho civil catalán establece los derechos de tanteo y retracto para situaciones de comunidad indivisa cuando se produce una transmisión onerosa a favor de terceras personas ajenas a la comunidad, salvo que se hubiera pactado lo contrario en el título de constitución<sup>57</sup>.

Si recurrimos al argumento sistemático (como hemos hecho antes con la ubicación del retracto legal en el Código civil) tenemos que tanto las situaciones de comunidad como el retracto en Derecho civil catalán se regulan en el Libro V del CCCat, relativo a los derechos reales. Esto es una primera señal de que, como sucede en Derecho común, la ley catalana limita el retracto a los derechos reales sobre bienes, sin que sea extensible a los derechos de crédito.

Es decir, en Derecho civil catalán, las situaciones de comunidad únicamente se dan respecto de derechos reales homogéneos entre sí, tal y como se desprende del texto literal del artículo 551-1 CCCat y como estableció la SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2011: *«El mismo artículo 551.1 CCCat establece que “comportan la titularidad de la propiedad ‘o’ de otro derecho real”. Es decir, la comunidad se produce entre derechos de naturaleza homogénea: dos*

*titulares de la propiedad pueden formar comunidad y dos titulares de un mismo derecho real limitado (por ejemplo, usufructuarios) también pueden formar comunidad, pero no existe comunidad entre derechos heterogéneos, es decir, entre la propiedad y un derecho real limitado o entre derechos reales limitados de diferente naturaleza».*

Al igual que sucede en Derecho común, la comunidad catalana es una situación de hecho, que nace como resultado de la adquisición de la propiedad u otros derechos reales limitados. Así, el artículo 552-2 CCCat establece que *«La comunidad puede constituirse mediante: [...] Negocio jurídico, ya sea por adquisición conjunta por más de una persona de la propiedad o el derecho real sobre el que recae, o por enajenación de una parte indivisa con reserva de otra parte [...]»*.

#### *B. La naturaleza del retracto de comuneros bajo la ley catalana*

Sentado lo anterior, analicemos el artículo 552-4 CCCat (eje principal de la pretensión del deudor). Dice así: *«1. La enajenación a título oneroso de cotitulares a favor de terceras personas ajenas a la comunidad, salvo que en el título de constitución se haya pactado de otro modo, otorga a los demás el derecho de tanteo para adquirirlo por el mismo precio o valor y en las condiciones convenidas con aquellas [...]»*. En la medida en que, para el ejercicio del derecho de retracto se exige una *«enajenación del derecho de cotitulares a favor de terceras personas ajenas a la comunidad»*, y puesto que las comunidades indivisas en Derecho catalán únicamente se pueden constituir sobre derechos reales, el derecho de retracto bajo el CCCat solo existe en la transmisión de derechos reales.

Como vemos, también la ley catalana exige un acto de *traditio*, propio de la transmisión de derechos reales. Siguiendo a MONSERRAT VALERO (2010, 1125-1127), *«parece que la solución adoptada por el legislador catalán para los derechos de adquisición voluntaria es que el retracto solo se puede ejercer una vez realizada la tradición. Las definiciones legales de retracto y tanteo dan pie para mantener esta tesis. Según el 568-1.1 c), el retracto faculta a subrogarse en el lugar del adquirente una vez ha tenido lugar la transmisión. Parece que se refiere a la transmisión del derecho. Según el 568-1.1 b), el tanteo faculta a adquirir un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente, pacto que es el contrato de enajenación; según el 568-14.4 y 568-15.1, el propietario ha de notificar al tanteante el acuerdo transmisivo, es decir, el contrato de enajenación ya celebrado. De lo anterior deriva que el tanteo se ejerce cuando el contrato ya se ha celebrado, por lo que el retracto habrá de ejercerse después de la consumación del contrato mediante la tradición. Así lo entiende la doctrina»*<sup>58</sup>.

El carácter accesorio de la hipoteca y su distinción respecto del crédito tampoco son dudosos en Derecho catalán. Señala DEL REY BARBA (2017, 1489): «*La hipoteca tiene carácter accesorio respecto de la obligación que garantiza. Existe íntimamente ligada al crédito para cuya seguridad se constituye: necesita, para su existencia, que la obligación que garantiza exista y sea válida, sigue todas sus vicisitudes y no puede corresponder a persona distinta del titular del crédito garantizado, ni transmitirse independientemente de dicho crédito*»<sup>59</sup>. También, pues, en Derecho catalán, el objeto del retracto habría de ser un derecho de crédito, y solo de forma accesorio, el derecho de hipoteca.

Una interpretación hermenéutica del CCCat ha de concluir que este solo prevé el retracto sobre derechos reales (en principio, sobre cualquier tipo de derecho real, no solo sobre el derecho de propiedad —como, a mi modo de ver, sucede en Derecho común—). No cabe, pues, el retracto de comuneros sobre derechos de crédito bajo la ley catalana.

## 5. OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE RETRACTO

### A. *La ruptura de la comunidad interna y la doctrina de los actos propios*

La estipulación 8ª establecía que la cuota de préstamo correspondiente a cada entidad se había de mantener durante toda la duración del mismo en la indicada participación. Sin embargo, Aquiles ha adquirido dos tercios del préstamo, rompiendo de este modo el equilibrio comunitario y los pactos alcanzados por los comuneros originales. Es la demandante quien, en primer término, ha desvirtuado la comunidad.

Además, revisando las escrituras de cesión tanto de Banco 1 como de Banco 2 a favor de Aquiles, resulta que las partes no hicieron mención a ningún derecho a favor de terceros (como habría sido lógico de haber considerado que los demás acreedores tenían un derecho de retracto a su favor). Tampoco notificaron la transmisión a los demás acreedores.

La STS de 5 de junio de 2001 señala: «*tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos*».

Ciertamente parece contrario a los actos de Aquiles que este reivindique un derecho que en su día parecía no reconocer a los demás acreedores, más aún cuando los pactos de la comunidad originaria se han visto desvirtuados por la acción de la demandante.

*B. Analogía con el llamado «retracto» anastasiano y el retracto arrendaticio*

El Código civil no prevé supuestos de exclusión del retracto de comuneros. Sin embargo, para el llamado «retracto» de créditos litigiosos del artículo 1535 del Código civil, sí se prevén excepciones en el artículo 1536 del Código civil. Además, aunque no existe una previsión legal que excluya el retracto de créditos litigiosos cuando estos se han adquirido como una universalidad, la jurisprudencia sí ha declarado que no existe derecho a cancelar el préstamo cuando este se adquiere por sucesión universal y no a título singular (v.g., STS de 1 de abril de 2015, para un supuesto de traspaso como consecuencia de una segregación *ex* artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Posteriormente, algunos tribunales han declarado que las ventas de carteras de créditos por precio alzado, pese a no tratarse estrictamente de supuestos de sucesión universal, tienen la consideración de cesión global a efectos del artículo 1532 del Código civil y, por consiguiente, no cabe el retracto anastasiano (cfr. SAP Madrid 445/2016, de 23 de diciembre). Esto se ajusta a la naturaleza de estas ventas, en las que no solo no se negocian condiciones individuales para cada uno de los elementos que forman la universalidad transmitida, sino que incluso el Código civil excluye la obligación de saneamiento salvo cuando esta afecta a la globalidad de derechos transmitidos<sup>60</sup>.

Por otra parte, el artículo 25.7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que no ha lugar a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio cuando la vivienda se enajena junto con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte del mismo inmueble, o bien cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos o locales del inmueble.

Pese a ser este un argumento *contra legem* (y que, como ya hemos dicho, no se puede considerar retracto a la facultad del deudor prevista en el art. 1535 CC), de los ejemplos anteriores se colige la necesidad de circunscribir el retracto a las transmisiones a título singular de activos específicos. Es difícil aceptar que un deudor o un coacreedor puedan cancelar o retraer créditos singulares que se han vendido como parte de una cartera, como es nuestro caso, pues la transmisión del crédito que se pretende cancelar o retraer, respectivamente, se ve diluida en el marco causal del negocio de la venta en globo.

## VI. CONCLUSIONES

I. En caso de que un coacreedor pretenda ejercitar un derecho de retracto frente al cesionario de un crédito, será de aplicación la ley a que las partes hayan sometido el contrato de préstamo, conforme al artículo 10.5 del Código civil, y no la ley del lugar en que radique el bien hipotecado.

II. La comunidad formada por los distintos acreedores en un préstamo mancomunado no es de tipo germánico: cada acreedor puede ceder libremente su cuota a un tercero y cualquier coacreedor puede ejecutar la hipoteca ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas (tanto por la totalidad del crédito, en beneficio de todos los acreedores, o bien solo por su cuota). Todo ello sin perjuicio de los pactos a los que puedan llegar los acreedores, que tendrán validez entre ellos, nunca frente a un cesionario. Por otra parte, el carácter germánico de una comunidad no implica que no exista derecho de retracto (pues la comunidad hereditaria es de tipo germánico y sin embargo sí prevé dicho retracto).

III. Cada acreedor es titular de una cuota ideal en el crédito mancomunado (en puridad, de un crédito), al cual corresponde una cuota abstracta en la hipoteca, proporcional a la participación en el crédito total. Por tanto, no es necesario fijar cuotas conforme al artículo 54 RH (salvo que las partes deseen alterar la proporción, atribuyendo cuotas distintas en la hipoteca, lo cual sería perfectamente admisible). En el caso particular de la hipoteca flotante en mano común, la cuota en la hipoteca se determina una vez fijados el saldo total exigible y la parte que corresponde a cada acreedor, en función del porcentaje que sus créditos representen sobre la deuda total. Por tanto, existe una situación de pendencia respecto del derecho real de hipoteca hasta que este puede «usarse». No es posible determinar las cuotas en el momento de la constitución, pero ello no implica una cotitularidad germánica sobre la hipoteca flotante. La única implicación práctica de la unicidad de la hipoteca «en mano común» (por oposición a la pluralidad de créditos garantizados) es que el artículo 227 RH no es aplicable en la ejecución, y por tanto no subsiste el gravamen por la parte no ejecutada.

IV. El retracto implicaría necesariamente, en un primer nivel, retraer el derecho de crédito garantizado, y solo de forma accesorio la cuota de la hipoteca que lo garantiza.

V. A los acreedores no les asiste derecho de retracto ante la cesión del crédito por uno de ellos a un tercero, porque el retracto de comuneros únicamente es sobre bienes materiales, y nunca sobre derechos de crédito, tanto en Derecho común como en Derecho foral catalán. En este último podría defenderse la existencia de retracto sobre derechos reales limitados, pero en ningún caso respecto de la hipoteca, pues el carácter accesorio de esta impondría la necesidad de retraer en primer lugar el crédito subyacente.

VI. Los acreedores tienen la posibilidad de configurar un derecho de retracto convencional sobre las distintas cuotas en el crédito hipotecario, que habrá de constar en escritura pública.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011). Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725.
- BADOSA COLL, F. (2013). La cotitularidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de créditos pertenecientes a distintos acreedores. Una utilización del artículo 153 bis LH. En VVAA: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, Dykinson.
- BAYOD LÓPEZ, C., DELGADO ECHEVERRÍA, J.D., y SERRANO GARCÍA, J.A. (2015). Comentario al artículo 585. En *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). La comunidad de bienes en Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 1954.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013). *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y. (2010). Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 720.
- CARRASCO PERERA, A. (2018). Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, abril de 2018.
- CORDERO LOBATO, E. (2008). El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor! *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 14 de julio de 2008.
- CORDÓN, F. y otros (2011). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aranzadi.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2015). Venta por un coheredero, ¿venta de cosa ajena? Criterios jurisprudenciales, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Wolters Kluwer.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1963). *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50-vol I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008). *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de retracto. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 709, septiembre-octubre de 2008.
- DEL REY BARBA, S. (2017). *Derechos reales de Cataluña. Comentario al Libro Quinto*, Barcelona, Atelier.
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. (2011). Comentario al artículo 695. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y otros, Madrid, Civitas.
- FAUS, M. (2015). Retracto de Comuneros. *Práctico Vlex*. [En línea], disponible en <http://vlex.com/vid/retracto-comuneros-415989474>
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium Editores.
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745.
- GARCÍA GARCÍA, A. (2018). Los problemas del «law shopping» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, nº 9127, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2006). *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Cizur Menor; Navarra, Thomson-Civitas, 5ª edición.



- GASPAR LERA, S. (2017). *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- JORDANO FRAGA, F. (1999). Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 653.
- JURADO JURADO, J.J. (2001). *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados*, Madrid, Editorial Bosch, 2ª edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1991). *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 2ª edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009). *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. Volumen II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad*. Madrid, Dykinson, tercera edición.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2008). *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Dykinson.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2017). La acción de retracto, análisis tras la STS 6 abril 2016. Lefebvre - El Derecho [En línea]. Tribuna, 10 de abril de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-de-retracto-analisis-tras-la-sts-6-abril-2016>
- MOCHALES BLANCO, A. (2013). La oposición por motivos procesales en la ejecución hipotecaria (Comentario a los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, especializado en asuntos hipotecarios, de 15 de noviembre de 2011 y 11 de diciembre de 2012). *Práctica Contenciosa para Abogados*, edición nº 1, Editorial La Ley.
- MONSERRAT VALERO, A. (2010). Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento. *Anuario de Derecho Civil*. Núm. LXIII-3. Julio de 2010. Estudios Monográficos.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Dykinson, 2ª edición.
- ROCA SASTRE, R.M. (1947). Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- (1968). *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 6ª edición.
- RUÍZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2008). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, Dykinson.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009). La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos. En *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Madrid 30 de marzo y 1 de abril de 2009.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1969). Esencia y Principios del Derecho Civil Foral. Ponencia publicada en *Verbo*, nº 561-562, enero-febrero de 2018, Fundación Speiro.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2009). *Retracto convencional y legal*. Vlex.
- VV.AA. (2016). *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 13 de febrero de 1980
- RDGRN de 18 de mayo de 1983

- STS de 11 de junio de 1991
- STSJ de Cataluña de 1 de junio 1993
- RDGRN de 23 de marzo de 1994
- STS de 25 de febrero de 1998
- STS de 3 de marzo de 1998
- STS de 14 de noviembre de 1998
- RDGRN de 28 abril de 1999
- STS de 14 de febrero de 2000
- RDGRN de 25 de mayo de 2000
- STS de 5 de junio de 2001
- RDGRN de 10 de febrero de 2003
- STS de 25 de febrero de 2003
- STS de 29 de mayo de 2006
- STS de 22 de octubre de 2007
- SAP de Vizcaya de 5 de noviembre de 2010
- RDGRN de 8 de junio de 2011
- SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2011
- STS de 28 de marzo de 2012
- STS de 18 de noviembre de 2013
- STS de 1 de abril de 2015
- STSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2016
- SAP de Madrid de 21 de abril de 2017
- Resolución Vinculante V1771-17 de la Dirección General de Tributos de 7 de julio de 2017
- STS de 21 de noviembre de 2017
- RDGRN de 20 de abril de 2018
- RDGRN de 5 de septiembre de 2018
- STS de 16 de octubre de 2018

## NOTAS

<sup>1</sup> De acuerdo con las cifras del informe «*European Distressed Real Estate Market*» publicado por Evercore Real Estate Europe, en 2017 en España se vendieron préstamos *NPLs* con un saldo vivo agregado por encima de los 30.000 millones de Euros (a lo cual contribuyó la venta de gran parte del balance de Banco Popular). En 2018, la cifra ha estado por encima de los 18.000 millones (lo que supone un volumen de ventas superior a cualquiera de los ejercicios anteriores a 2017).

<sup>2</sup> Se reproducen de forma que concuerden en lo sustancial, omitiendo datos identificativos de las partes y otros que carecen de trascendencia para el objeto de estudio.

<sup>3</sup> Alguna doctrina ha querido ver una distinción entre la cesión de crédito y la cesión de posición contractual. Bajo mi punto de vista, ambos conceptos son unívocos en un contrato de préstamo mutuo cuando el capital comprometido por el acreedor-cedente está totalmente desembolsado (y por tanto no quedan obligaciones a cargo de la parte acreedora). Para un análisis más detallado de la cuestión, cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2016): La cesión de créditos en el derecho español. En VVAA; *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, (33-86).

<sup>4</sup> Pese a que hemos tomado el Derecho catalán como hilo conductor del artículo, la tesis que aquí se sostiene para la determinación de la ley aplicable debería ser extrapolable a cualquier territorio con Derecho civil foral, entendido como aquel sistema de Derecho civil distinto del Derecho común. Soy consciente de la imprecisión técnica que supone aplicar el término «foral» al Derecho civil catalán. En mi descargo, invoco la ponencia del profesor VALLET DE GOYTISOLO en las I Jornadas Culturales Catalanas (1969), cuyas actas fueron recogidas en el volumen *Los Fueros Catalanes* (Sevilla 1973). El profesor señala: «*Es cierto que, si bien la Compilación vizcaína se intitula del “Derecho foral...” y los proyectos navarros emplean en cabeza la palabra Fuero, por otra parte, las Compilaciones catalana y balear se autotitulan del “Derecho civil especial...” y la aragonesa únicamente se denomina “Compilación del Derecho civil de Aragón”, con exclusión de todo calificativo para su Derecho civil. Sin embargo, se ha impuesto el uso de la denominación Derecho foral con ese significado distinto que a partir de la obra codificadora abarca los Derechos civiles no integrados en el Código civil, y que son los correspondientes a antiguos Reinos, Principado, Señorío, Comarcas, Diócesis, Ciudades o Villas incluidos en las actuales regiones y territorios que por eso mismo se han denominado más o menos impropiaemente de Derecho foral*» (VALLET DE GOYTISOLO, J. (1969): *Esencia y Principios del Derecho Civil Foral*. Ponencia publicada en *Verbo*, n.º 561-562, enero-febrero 2018, Fundación Speiro (89).

<sup>5</sup> En este trabajo no trataré el *dies a quo* en el ejercicio del retracto, ni la naturaleza del plazo (caducidad o prescripción), asuntos ambos con suficiente enjundia como para ser objeto de un estudio separado. Ambas cuestiones han inspirado varios trabajos. Entre ellos, cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008): *Dies a quo del plazo de caducidad de la acción de retracto*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 709, septiembre-octubre de 2008 (2175-2177).

<sup>6</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013): *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia (251).

<sup>7</sup> CORDÓN, F. y otros (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aranzadi (1777): «*Cuando en aquellos escritos se falta a la claridad y precisión para la determinación de las partes o las pretensiones deducidas, se incurre en el defecto de demanda (o de contestación o reconvención) defectuosa. Defecto que en la audiencia previa habrá de ser subsanado bajo sanción, en su caso, de sobreseimiento del pleito*».

<sup>8</sup> La reciente y controvertida STS 1505/2018 (Sala III), de 16 de octubre, contiene un interesante análisis sobre cómo la interpretación de los preceptos legales debe hacer prevalecer, en todos los sentidos, la parte principal del negocio (el préstamo), y desplazar a la parte accesoria (la hipoteca).

<sup>9</sup> Así lo ha señalado el TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 1 de junio de 1993: «*Los conflictos interregionales de leyes que puedan surgir por razón de la*

coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos incardinados en el ámbito estatal con motivo de las conexiones que puedan en un mismo hecho (sic), se tienen que resolver con carácter preceptivo teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: la competencia para definir las normas que deben dirimir los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de acuerdo, en este caso, con las normas del derecho foral o especial, corresponde al poder legislativo central que tiene, según lo que dispone el artículo 149.1.8º de la Constitución, atribución exclusiva en esta materia. La normativa estatal vigente al efecto se deriva del artículo 13.1 del Código civil, que expresa que las disposiciones del Título Preliminar del propio Código, en tanto que determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para aplicarlas, tendrán aplicación general y directa en toda España, y el artículo 16.1 del mismo cuerpo sustantivo que contiene la cláusula genérica, expresa de remisión a las normas de Derecho Internacional Privado que figuran en el Capítulo IV del citado Título Preliminar con las salvedades que este artículo contempla. Esto nos conduce preceptivamente a la aplicación de las normas que se especifican en el artículo 10 del Código civil y de los diferentes supuestos que el citado artículo enumera».

<sup>10</sup> Pese a la entrada en vigor del Reglamento Roma I (que ha sustituido a los artículos 10.5 y 10.6 del Código civil y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores en su ámbito de aplicación material), la doctrina es unánime: el artículo 10.5 del Código civil sigue siendo la regla aplicable a los conflictos internos entre regímenes jurídicos civiles coexistentes dentro del Estado (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y otros (2013): *Comentarios* (op. cit.) (285).

<sup>11</sup> CARRASCO PERERA, A. (2018): Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, abril de 2018 (5). Señala el autor, al hilo del retracto por el deudor cedido (el llamado «retracto» de créditos litigiosos del 1535 del Código civil y el previsto en la Ley 511 de la Compilación navarra): «Así, si el crédito subyacente está gobernado por la ley navarra, el deudor cedido dispondrá del retracto navarro sin importar qué ley regula las relaciones entre cedente y cesionario ni qué han pactado uno u otro. La solución me parece indudable, pero no óptima desde consideraciones de eficiencia del mercado de las cesiones. De esta manera, si se opera por cesiones globales, no existirá un régimen único aplicable a todos los créditos y el cesionario tendrá que hacer la debida averiguación de qué créditos están sujetos a qué regulación específica sobre redención o sobre retracto». Coincido con el autor, y, en ausencia de trabajos que hayan tratado la ley aplicable al retracto de coacreedores, creo que es admisible la analogía.

<sup>12</sup> Por otra parte, en el título constitutivo de la hipoteca, las partes pueden regular las condiciones en que se ejercita el retracto (incluso crear retractos de tipo convencional, o renunciar al retracto legal). No debería plantear dudas, por tanto, que la ley aplicable al título constitutivo es la que ha de regir el retracto ejercitado frente a un extraño.

<sup>13</sup> FAUS, M. (2015): Retracto de Comuneros. *Práctico Vlex*. [En línea], disponible en <http://vlex.com/vid/retracto-comuneros-415989474>

<sup>14</sup> MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2017): La acción de retracto, análisis tras la STS 6 abril 2016. Lefebvre - El Derecho [En línea]. Tribuna, 10 de abril de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-de-retracto-analisis-tras-la-sts-6-abril-2016>

<sup>15</sup> VÁZQUEZ BARROS, S. (2009): *Retracto convencional y legal*. Vlex.

<sup>16</sup> AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M. y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011): Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725 (1288).

<sup>17</sup> Por excepción, la limitación de disponer sí podría inscribirse en los Registros de la Propiedad sitos en la Comunidad Foral de Navarra, gozando de eficacia real por un plazo máximo de 4 años (cfr. Ley 482 de la Compilación navarra).

<sup>18</sup> Respecto de la hipoteca flotante, la mayor parte de la doctrina (y también la práctica registral) ve una restricción legal a la cesión en el artículo 153 bis LH, de forma que únicamente podrían ser cesionarias las entidades del artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Aunque soy consciente de que se trata de una posición minoritaria, considero que los requisitos subjetivos previstos en el artículo 153 bis LH (bastante injustificados, por cierto) son, como de la propia ley se desprende, únicamente

a efectos de constituir la hipoteca. No encuentro ningún motivo legal ni de otro orden para vetar su cesión a terceros distintos de las entidades financieras relacionadas en la Ley 2/1981.

<sup>19</sup> Destaca el trabajo de MOCHALES BLANCO, A. (2013): La oposición por motivos procesales en la ejecución hipotecaria (Comentario a los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, especializado en asuntos hipotecarios, de 15 de noviembre de 2011 y 11 de diciembre de 2012). *Práctica Contenciosa para Abogados*, edición nº 1, Editorial La Ley. En la misma línea, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium Editores (644), y JURADO JURADO, J.J. (2001): *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados*, Madrid, Editorial Bosch, 2ª edición (417). En contra, Díez Picazo Giménez, I. (2011), Comentario al artículo 695. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y otros, Madrid, Civitas (1177).

<sup>20</sup> Entre otras muchas: STS de 21 de noviembre de 2017: «establece el artículo 10 LEC que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Esta sala, en sentencias núm. 989/2007, de 3 de octubre, núm. 460/2012, de 13 julio, y 511/2015, de 22 de septiembre, entre otras, ha afirmado que la figura doctrinal de litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído». STS de 14 de febrero de 2000, «la ausencia personal en la demanda que podría generar para quien accione en solitario o en compañía incompleta si —la presencia procesal del ausente fuese obligada en atención a la clase de aquella relación material debatida, una falta de legitimación activa, tal falta no tendrá lugar cuando el accionante tiene la facultad de serlo por ministerio de la ley— como ocurre con el comunero para accionar en lo que beneficia a la comunidad». STS de 25 de febrero de 1998: «no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan, ni puedan traer, otros posibles interesados como codemandantes».

<sup>21</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009): *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. Volumen II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad*. Madrid, Dykinson, tercera edición (321).

<sup>22</sup> AZOFRA y otros (2011) (*op. cit.*) (1313-1314).

<sup>23</sup> BADOSA COLL, F. (2013): La cotitularidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de créditos pertenecientes a distintos acreedores. Una utilización del artículo 153 bis LH. En VVAA: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albasa*. Madrid, Dykinson (828). Al tratar sobre el vencimiento y la ejecución de la hipoteca flotante, este autor señala que el saldo puede no ser el «final», sino parcial para uno o varios de los créditos.

<sup>24</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986): *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Dykinson, 2ª edición (489-490).

<sup>25</sup> ROCA SASTRE, R. M. (1968): *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 6ª edición (560-576).

<sup>26</sup> CORDERO LOBATO, E. (2008): El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor! *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 14 de julio de 2008.

<sup>27</sup> El artículo 1860 del Código civil consagra la indivisibilidad del derecho real de hipoteca incluso cuando (como sucede en nuestro supuesto de hecho), el crédito subyacente se hubiera fraccionado en cuotas a favor de distintos acreedores. El artículo se refiere a las transmisiones *mortis causa*, pero el mismo principio de indivisibilidad debe entenderse aplicable respecto de actos *inter vivos*.

<sup>28</sup> Cfr. RRDGRN de 20 de abril de 2018 (para bien inmueble distinto de la vivienda habitual del deudor), y de 5 de septiembre de 2018 (para vivienda habitual).

<sup>29</sup> Nótese que las sucesivas reformas legislativas en materia de divorcio han ido aproximando la sociedad de gananciales a la comunidad romana: la disolución de la comunidad y su liquidación se hace depender de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa alguna. Se ha llegado a un régimen de disolución de la comunidad no muy distinto en la práctica del que establece el artículo 400 CC: «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». Para la sociedad de gananciales, en lugar de «en cualquier tiempo» sería «una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio», requisito que bajo ciertas condiciones ni siquiera es necesario (cfr. art. 81 CC).

<sup>30</sup> No hemos tenido en cuenta en esta enumeración los distintos tipos de comunidad reconocidos en los derechos forales, en algunos de los cuales la comunidad germánica sí goza de cierta presencia, sobre todo en el ámbito rural. El Código de Derecho Foral de Aragón («CDFA») prevé la llamada comunidad en mancomún, aplicable a un amplio número de mancomunidades aragonesas (art. 585 CDFA). También en la Ley 377 de la Compilación navarra se regulan estas situaciones. La doctrina ha señalado que tanto en el precepto aragonés como en el navarro (muy similares en su redacción) «se reflejan rasgos de la comunidad germánica, pero sin su pureza histórica, ya que no se permite ejercitar la acción de división, pero cabe el acuerdo unánime en contrario, y la imposibilidad de disposición unilateral no es absoluta sino sometida a la voluntad comunitaria. Ambos preceptos se refieren a la “parte” del comunero, lo que contradice la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica pero es una indicación de la medida que corresponde a cada partícipe en caso de abandono o disolución de la comunidad» Cfr. BAYOD LÓPEZ, C.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.D. y SERRANO GARCÍA, J.A. (2015): Comentario al artículo 585. En *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.

<sup>31</sup> El titular de un bien inmueble puede constituir una servidumbre sobre un predio sirviente en favor de otros predios colindantes, o de personas concretas, para hacer valer los pactos internos frente a terceros ajenos a la comunidad. El contenido del derecho de servidumbre, una vez inscrito, tendrá eficacia *erga omnes*. La confusión entre comunidad y servidumbre viene de antiguo, pues el artículo 390 del Código civil habla de la «comunidad de pastos» cuando en realidad se refiere a la servidumbre. No obstante, la servidumbre se sitúa en un plano distinto de la comunidad (la primera es un gravamen que recae sobre bienes inmuebles mientras que la segunda hace referencia a las relaciones entre una serie de personas físicas o jurídicas). La servidumbre no equivale a la comunidad, sino que (a) es una consecuencia de esta, i.e., los comuneros constituyen una servidumbre para hacer efectivos los pactos de la comunidad sobre un bien inmueble concreto (efectos que de otro modo la comunidad no tendría por sí misma), o bien (b) preexiste a la comunidad (v.g. varios titulares de predios dominantes y/o sirvientes reconocen una situación de hecho —una comunidad de derechos sobre fundos recíprocamente dominantes y sirvientes, de los cuales son titulares—). La servidumbre es autónoma respecto de la comunidad, y podría darse el caso de que aquella continúe en vigor una vez disuelta la comunidad.

<sup>32</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954): La comunidad de bienes en Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 1954 (110-112). LACRUZ BERDEJO va más allá, y llega a afirmar que la llamada «comunidad germánica» es una construcción que no se corresponde con ninguna comunidad que haya llegado a darse en la historia, sino que se trata de una «síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas que carecen, además, de características comunes». En mi opinión, acierta el autor al apuntar que no existe ni ha existido nunca un «derecho germánico», sino más bien «ordenamientos, mal conocidos, de multitud de pueblos y tribus, de los cuales la doctrina extrapola unos rasgos más o menos comunes de tal modo que acaso el resultado de la extrapolación no coincida con ninguna normativa histórica», de manera que «la que propone la doctrina como “comunidad germánica” es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados», cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1991): *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2º, Barcelona,

Bosch, 2ª edición (496 y 497). Para otros autores, como DE COSSÍO, carece de interés práctico calificar a las comunidades como romanas o germánicas, porque las escasas diferencias existentes en nuestro ordenamiento entre la una y la otra no afectan a la esencia de esas instituciones, cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1963): *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50, vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid (37).

<sup>33</sup> Dada la opinión que tengo sobre la mancomunidad, el lector se preguntará qué ventajas tiene constituir una hipoteca en mano común en un caso como el que aquí se estudia. Es muy sencilla: con ello se evita pagar el AJD que devengaría una (o varias) escrituras de igualación de rango entre las hipotecas constituidas sobre un mismo bien inmueble a favor de cada acreedor. Esto es perfectamente lícito y se encuadra dentro de la economía de opción. Nótese que las consecuencias legales no son las mismas en un caso y en otro, como he expuesto antes en sede de ejecución unilateral por uno solo de los acreedores: en función de que optemos por una u otra alternativa será de aplicación o no el artículo 227 RH, subsistiendo o no los demás gravámenes. Si los acreedores quieren asegurarse de que la decisión de ejecutar se toma con unanimidad, paradójicamente, resultará más efectivo pactar un régimen de parciariedad con distintas hipotecas constituidas con igual rango (la opción fiscalmente más desfavorable). Con ello se desincentiva al acreedor disidente a ejecutar por libre (ya que, si no cuenta con la aquiescencia de los demás, se convertirá de hecho en un acreedor de segundo rango).

<sup>34</sup> AZOFRA y otros (2011) (*op. cit.*) (1289 y 1301). Según el autor, el artículo 54 RH «*solo resulta aplicable a aquellos casos en los que la finca o el derecho se encuentran divididos en porciones ideales o participaciones indivisas*», por lo que no sería aplicable al préstamo hipotecario en mano común.

<sup>35</sup> Aun cuando se trate de operaciones de refinanciación con todo el «*pool*» bancario en los que los créditos preexistentes son objeto de novación modificativa con pacto de sindicación, los créditos resultantes conservan su individualidad (aunque se pacte un periodo de «*standstill*» común a todos los créditos, o el ejercicio conjunto de los derechos y la canalización de pagos a través de un banco agente, etc.). Es por esto que no se exige pacto novatorio respecto de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante.

<sup>36</sup> En la sociedad de gananciales se exceptúan de la regla general aquellos supuestos en que la ley o los tribunales confieran la administración de los bienes gananciales a uno solo de los cónyuges (arts. 1387 a 1389) y las liberalidades de uso (art. 1378 CC). Para la comunidad hereditaria, quedan a salvo las disposiciones testamentarias, que podrán atribuir la administración de la herencia a uno o varios herederos. Se admite la validez obligacional de la compraventa entre un coheredero y un tercero, en virtud de la cual aquel se obliga a transmitir el bien o derecho al segundo, una vez realizada la partición, o bien a recabar el consentimiento de los demás coherederos para la transmisión (cfr. STS de 28 de marzo de 2012, que establece la aplicación a estos casos de la dogmática propia de la compraventa de cosa ajena). Un estudio detallado de la jurisprudencia del TS en la materia puede verse en CRESPO ALLUÉ, F. (2015): *Venta por un coheredero, ¿venta de cosa ajena?* Criterios jurisprudenciales, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Wolters Kluwer.

<sup>37</sup> VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos*. En *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Madrid 30 de marzo y 1 de abril de 2009 (457-508). En nuestro caso, el continente aparece indisociable del contenido (pues los acreedores ostentan una cotitularidad sobre el derecho de crédito, que tiene su reflejo en la cotitularidad sobre la hipoteca). Aunque el TS ha admitido la posibilidad de que existan comunidades de derechos de crédito (STS de 14 de noviembre de 1998), la ausencia de un mancomún distinto de los propios comuneros podría justificar que en nuestro caso no existe auténtica comunidad (ni romana, ni germánica), sino varios acreedores con créditos e hipotecas *pari passu*, en garantía de tres créditos distintos, perfectamente individualizables. Esta conclusión no es descabellada. Retomando la terminología escolástica, en ausencia de *forma* (i.e. de un mancomún titular de los derechos de crédito con facultad de disposición exclusiva y excluyente), no existe verdadera *sustancia* (comunidad de derechos).



Sin embargo, sí existen diferencias entre mancomunidad y parciariedad: en primer lugar, en el ámbito de las relaciones internas entre los acreedores, y, en segundo, como hemos avanzado, en la aplicación del artículo 227 RH a la ejecución hipotecaria únicamente en los supuestos de parciariedad.

<sup>38</sup> La RDGRN de 8 de junio de 2011 establece que «solo se puede imponer una determinación con datos matemáticos en los supuestos en los que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca». No creo, sin embargo, que el ejemplo que cita (RDGRN de 25 de mayo de 2000), relativo a un derecho de usufructo vitalicio a favor de 3 personas con carácter simultáneo y sucesivo, sea comparable con el crédito hipotecario en mano común (en el ejemplo resulta de todo punto imposible determinar cuotas durante toda la vida del usufructo; mientras que en el crédito mancomunado no es así).

<sup>39</sup> BADOSA COLL, F. (2013): *La cotitularidad* (op. cit.) (821).

<sup>40</sup> En este punto coincidimos con AZOFRA (2011) (op. cit.) (1309 y 1310).

<sup>41</sup> Cfr. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución...* (op. cit.).

<sup>42</sup> No sucede lo mismo en otros ordenamientos jurídicos, de raíz anglosajona, en los que la hipoteca (*mortgage*) concede al acreedor, en determinadas circunstancias, un auténtico poder de disposición sobre el bien inmueble (frente a las llamadas «*land charges*», que se ajustarían mejor al concepto de hipoteca en nuestro derecho). Este tema lo he tratado en un trabajo anterior (cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2018): Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, n° 9127, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer).

<sup>43</sup> Cfr. BADOSA COLL, F. (2013): *La cotitularidad* (op. cit.), 827: «Parece clara la inadecuación de la comunidad en mano común a la hipoteca única del artículo 153 bis LH, que presupone una pluralidad indeterminada de créditos». Como ya hemos dicho, tanto en la hipoteca flotante como en la hipoteca ordinaria (o «de seguridad») la titularidad de los créditos en cada momento se encuentra perfectamente determinada, con independencia de que pueda variar a lo largo del tiempo, hasta la fijación del saldo exigible.

<sup>44</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. (2006): *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Cizur Menor; Navarra, Thomson-Civitas, 5ª edición (454).

<sup>45</sup> En contra del carácter germánico de la comunidad hereditaria se ha pronunciado ROCA SASTRE, R.M. (1947): Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, *Revista de Derecho Privado* (538 y 539). El autor mantiene que es de tipo romano porque existen cuotas negociables sobre una unidad patrimonial. Por su parte, MARTÍN BRICEÑO también se inclina por la tesis que explica la comunidad hereditaria a través de los principios rectores de la comunidad romana: «justificar la naturaleza germánica de la comunidad hereditaria exclusivamente en la idea de que la herencia es una *universitas iuris* resulta cuanto menos poco idónea, porque el uso del concepto de *universitas iuris* no significa que estemos hablando de un derecho abstracto de los herederos sobre un *corpus universal*. El concepto de *universitas iuris* es un artificio que solo sirve para referirse a un conjunto de elementos singulares en bloque, cuyo nexo de unión lo encontramos en que su adquisición se produce en virtud de una misma causa. Por ello, el derecho hereditario recaería sobre un conjunto de derechos unidos transitoriamente y tomados en consideración de forma unitaria» cfr. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2008): *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Dykinson (67). Como vemos, el concepto de comunidad germánica plantea gran cantidad de problemas a la hora de reconocer en ella prácticamente cualquiera de las comunidades previstas en la ley.

<sup>46</sup> VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución...* (op. cit.).

<sup>47</sup> RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2008): *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, Dykinson (374-375).

<sup>48</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y. (2010): Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 720 (1689): «Por lo que se refiere a la competencia territorial, habrá que distinguir si el bien objeto de retracto es mueble o inmueble. Para el caso de bienes muebles, y a falta de regla especial, el fuero aplicable es el general del artículo 50 LEC 16. Este precepto señala como fuero general el domicilio del demandado. En caso de que el bien



*objeto de retracto sea inmueble, nos parece que no debe haber duda sobre la aplicación a este tipo de acciones del artículo 52.1.1. ° LEC».*

<sup>49</sup> Todo ello sin perjuicio de la existencia de contratos atípicos que aúnan elementos mixtos entre la compraventa y la cesión de créditos (v.g. los contratos de compraventa de carteras de créditos, cuya naturaleza jurídica se ha tratado en VARELA FERNÁNDEZ, J. (2016): El contrato de compraventa. En *VVAA; Manual de Compra de Deuda en España (op. cit.)* (143-170).

<sup>50</sup> Por todos, FLORES GONZÁLEZ, B. (2014): Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745 (2117-2189). La autora realiza una detallada exposición por las distintas tesis en la doctrina acerca de la necesidad o no de consumación de la compraventa para la procedencia del retracto. Si bien la tesis mayoritaria es la que se inclina por la consumación, la autora parece considerar suficiente la perfección de la venta, cuando el comprador únicamente tiene un *ius ad rem*, o derecho de crédito a que le sea transmitida la propiedad de un bien.

<sup>51</sup> Una relación pormenorizada de estas resoluciones puede leerse en FLORES GONZÁLEZ, B. (2014): *Concepto...* (*op. cit.*) (2154 y 2155).

<sup>52</sup> GASPAR LERA, S. (2017): *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi (36).

<sup>53</sup> Cfr. JORDANO FRAGA (1999): Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 653 (1288-1291). Según este autor, la escritura no es requisito de validez del contrato de cesión, ni en cuanto a la transmisión de la hipoteca ni en cuanto a la del crédito; con relación a la hipoteca es solo un requisito mediato o indirecto, en cuanto a que condiciona la inscripción registral. En mi opinión, la inscripción sí es constitutiva de la cesión de la hipoteca, pero ello debe entenderse como un requisito de «completitud» de la cesión (pues la cesión en documento privado del crédito subyacente, como vemos, ya produce efectos en la hipoteca).

<sup>54</sup> Esto no afecta a la validez de los acuerdos llamados de «sub-participación», en los cuales un acreedor cede la totalidad de los derechos económicos derivados de un préstamo (con carácter puramente obligacional), comprometiéndose a ceder el remate (o a entregar el precio del remate) en la ejecución hipotecaria al cesionario. En estos casos, el cesionario no puede reclamar directamente al deudor, pues no se trata de una cesión de créditos / posición contractual en la que el cesionario se convierta en el nuevo acreedor, teniendo el cedente la legitimación activa en la ejecución.

<sup>55</sup> Nótese que el llamado «retracto» de créditos litigiosos (o de *lex anastasiana*) no es en realidad un retracto (pues el deudor no adquiere un crédito contra sí mismo) sino una facultad que la ley le concede de cancelar una deuda abonando al nuevo acreedor el precio pagado al cedente junto las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho. Se podría argüir que el deudor efectivamente retrae el crédito y que, al adquirirlo, se produce en el mismo acto su cancelación por confusión de derechos. No obstante, el principio de parsimonia (la *navaja de Occam*) nos obliga a descartar esta explicación, pues no deben multiplicarse las causas sin necesidad (sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 1535 del Código civil no habla de retracto, sino de «extinguir» el crédito reembolsando al cesionario la cantidad indicada).

<sup>56</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009) (*op. cit.*) (463).

<sup>57</sup> Esta sentencia resume la diferente configuración del retracto en Derecho común y Derecho catalán, diferencia que atribuye (a mi modo de ver, acertadamente), a una inconsistencia entre el sistema causalista de adquisición de la propiedad consagrado en la redacción del Código de 1889 y la regulación del retracto (esta última propia de un sistema de transmisión consensual de la propiedad): «Nótese que en el CCiv no se parte de dicha dualidad [la doble modalidad de tanteo y retracto] y ello, como nos enseña la doctrina, no es sino producto de un “arrastré histórico” de las normas del Proyecto de CCiv. de 1851 en el que desaparecía la diferencia entre tanteo y retracto, que era congruente con el sistema propuesto por García

*Goyena en que el acuerdo de voluntades era suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de la traditio, por lo cual tanteo y retracto debían coincidir y surgían a partir del acuerdo transmisivo. Sin embargo, cuando el vigente CCiv de 1889 se vuelve al sistema de título y modo, no se modifican los retractos legales que al tratar solamente el retracto, se siguen refiriendo a aquel sistema del Proyecto del CCiv de 1851. En cambio, en el derecho civil catalán se parte de la dualidad de facultades entre tanteo y retracto en coherencia no solo con el sistema de transmisión sino también conforme a lo dispuesto para el retracto entre coherederos según los trabajos preparatorios realizados para el Anteproyecto del Libro V, en el artículo 51 del Código de Sucesiones —actualmente artículo 463- 6 CCCat que, en su redacción vigente ha sido modificado en su pfo. 3º, tras la promulgación del Libro V del CCCat, remitiendo al artículo 552-2. 4 CCCat para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, con el de comuneros—. Y por ello la preferencia adquisitiva se traduce en un derecho de tanteo y retracto. Se configura el retracto como una segunda fase en el ejercicio del derecho de tanteo que solamente tiene lugar en el supuesto de falta de notificación o modificación de las circunstancias de precio y de venta en relación con las comunicadas en el tanteo».*

<sup>58</sup> MONSERRAT VALERO, A. (2010): Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento. *Anuario de Derecho Civil*. Núm. LXIII-3. Julio de 2010. Estudios Monográficos (1125-1127).

<sup>59</sup> DEL REY BARBA, S. (2017): *Derechos reales de Cataluña. Comentario al Libro Quinto*, Barcelona, Atelier (1489).

<sup>60</sup> Cfr. PARRILLA QUINTIÁN, J. (2016): Los créditos litigiosos. En VVAA; *Manual de Compra de Deuda en España (op. cit.)* (286 y 287).

*(Trabajo recibido el 11-4-2019 y  
aceptado para su publicación el 27-5-2019)*