

Hipoteca en mano común

por

ABIGAIL QUESADA PÁEZ
Abogada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS PARTIDARIOS DE ACEPTAR LA HIPOTECA EN MANO COMÚN.
- III. AUTORES QUE SEÑALAN LA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DE CUOTAS EN LOS DERECHOS.
- IV. PUNTOS DE CONSENSO Y SOLUCIONES.
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Se ha planteado recientemente el problema de la posibilidad de la inscripción de una hipoteca con pluralidad de acreedores, sin que se especifique participaciones o cuotas indivisas de cada uno. Se trataría de una comunidad de tipo germánico o en mano común en que todos y cada uno de los acreedores serían conjuntamente titulares del derecho de hipoteca y tendrían que actuar al unísono para el ejercicio de tal derecho.

En la doctrina hipotecaria se ha producido una radical división de opiniones, entendiendo unos que es posible la existencia de tal comunidad y que la misma representa ventajas para el deudor y para los acreedores y en cambio otro sector critica tal posibilidad; así Pedro ÁVILA dice que él aceptaría la hipoteca en mano común si se aceptara la posibilidad de la inscripción de una compraventa en mano común.

II. LOS PARTIDARIOS DE ACEPTAR LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

Entre los partidarios de aceptar la figura de la hipoteca en mano común figura Juan SARMIENTO, que dice que cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia asegurada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario; sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros y pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en estos convenios de refinanciación, tan de moda últimamente, en los que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es imprescindible la fijación de cuotas en esta garantía real, y ello por varias razones:

1. Admitida la idea de que a hipoteca única corresponde una única ejecución, lo importante no será propiamente la determinación de cuotas en el derecho real, sino la articulación de un régimen adecuado para su ejecución; régimen que puede inferirse directamente, sin necesidad de norma específica, de la concreta naturaleza de la obligación asegurada (si el crédito es solidario, cualquier acreedor puede instar la ejecución a favor de todos, si es mancomunado, el 397 y 398 del CC, resolverán la cuestión, etc.), o que puede ser específicamente pactado cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia garantizada.
2. Porque la hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc. Estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada, y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (cfr. art. 1.528 CC). Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que ésta quede bien perfilada en el asiento registral; y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a una de las varias entidades acreedoras, llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento. ¿Para qué, pues, son necesarias las cuotas desde la perspectiva de la transmisión en la cotitularidad de la hipoteca? Reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada, quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca, sin necesidad de mayores especificaciones.
3. Tampoco para la cancelación resulta necesaria la fijación de las cuotas, porque como la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague

toda la obligación garantizada (cfr. art. 122 LH), resultará necesaria la unanimidad para su total cancelación.

Lo importante no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos pertenecientes a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho único con pluralidad de titulares.

Admitido lo anterior, las cosas se facilitarían enormemente, pues llegando al absurdo, podría incluso constituirse una única hipoteca a favor de varias obligaciones absolutamente futuras que contraiga una persona con distintas entidades, hasta un importe global máximo y dentro de un plazo determinado, sin necesidad de fijar cómo se distribuye ese importe máximo entre cada una de las entidades favorecidas. En tal caso, y previsto cómo y cuando podrá ejecutarse esa hipoteca de varios titulares, al registro le es ajeno lo demás; cómo se reparta el precio del remate entre los cotitulares, será cuestión a decidir al margen del Registro, en el seno de la ejecución única o en procedimiento aparte entre los cotitulares. A los eventuales titulares de derechos o cargas posteriores les basta con que no se detraiga del precio de remate más de lo señalado por el máximo de responsabilidad fijado, y que las obligaciones que fundan la ejecución puedan efectivamente acogerse a la garantía constituida. Y por el lado de los posibles subadquirientes o embargantes de alguno de los cotitulares de la hipoteca, ningún obstáculo puede establecerse, porque como hemos dicho, éstos no adquirirán o no embargarán la cotitularidad en la hipoteca sino los créditos mismos que puedan resultar garantizados, pero esta adquisición o embargo son ajenos al registro, al menos, en tanto no quede fijado tabularmente que ese crédito trasmítido o embargado está acogido a la garantía real.

A pesar del artículo 153.bis LH, no ha de admitirse la hipoteca en garantía de obligaciones absolutamente futuras, cuyo nacimiento dependa de la libérrima voluntad de las partes; sino que tiene que existir una situación actual que de algún modo predetermine ya el posible nacimiento futuro de esas obligaciones a garantizar. La admisión de hipoteca en garantía de obligaciones absolutamente futuras sólo habría de ser posible si se estableciese al mismo tiempo algún mecanismo que permita obtener la cancelación inmediata de esa hipoteca a instancia de un acreedor actual del constituyente que no encuentra bienes libres conocidos para el cobro de su deuda, siempre que no haya nacido aun ninguna de las obligaciones futuras que podrían acogerse a la hipoteca y se advierta oportunamente de la cancelación de la hipoteca a su titular. O esto o la fijación legal de un plazo máximo necesariamente breve —uno o dos años, a lo sumo— durante el cual deban surgir las obligaciones garantizables con tal hipoteca.

III. AUTORES QUE SEÑALAN LA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DE CUOTAS EN LOS DERECHOS

Por el contrario, José Manuel GARCÍA insiste en la necesidad de la fijación de cuotas o porcentajes en los derechos, sean de dominio, derecho reales en general o hipoteca en particular:

- a) En cuanto al dominio y derechos reales en general, sostiene que el párrafo primero del artículo 392 del Código Civil, al referirse a la comunidad proindiviso habla de la comunidad romana, que es lo mismo que decir por cuotas indivisas. La comunidad germánica o en mano común es excepcional y sólo está admitida en la sociedad de gananciales, en la comunidad de Pastos y Leñas y en los Montes Vecinales en mano común, planteándose la interpretación de algún otro supuesto excepcional, pero siempre sobre la base de la regulación legal de esos supuestos, no de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la inscripción y de los derechos reales.

A estos argumentos puede añadirse la resolución de la DGRN, de 8 de julio de 1933, la cual, después de decir que la comunidad de tipo romano es por cuotas ideales a favor de cada uno de los condóminos y que pueden ejercitarse en todo momento la acción de división y que la comunidad germánica es aquélla en que no corresponde ninguna cuota ideal de facultad de ejercitarse la *actio communi dividundo*, excluye la inscripción de una escritura en que se formalizaba una co-propiedad consuetudinaria sin cuotas.

También es de interés la doctrina de la Resolución de la DGRN, de 26 de diciembre de 1946, que no admite la inscripción de una adjudicación en condominio solidario a favor de dos personas, porque no se especifica la parte que a cada condeño le corresponde en la finca adjudicada, al establecerse la solidaridad del domino, con posibilidad incluso de que uno solo venda toda ella.

A efectos registrales, la fijación de la cuota indivisa y la libertad de tráfico son de orden público inmobiliario por la necesidad de favorecer la libre disposición de los bienes inscritos y por la necesidad de determinación de los derechos reales respecto a terceros que confían en la precisión de los asientos del registro.

- b) En cuanto a la denominada hipoteca en mano común, tampoco puede ser admitida como tal hipoteca de «titularidad» en mano común. Una cosa es la cotitularidad por razón de la pluralidad de los sujetos con exigencia de cuotas y otra distinta la necesidad de actuación conjunta o ejercicio de la acción por razón de la indivisibilidad de la obligación.

Por razón de la pluralidad de los sujetos sólo hay dos tipos de obligaciones: las mancomunadas, en que es esencial la parte en todo caso; y las solidarias, en que no existe parte en la relación externa, pero sigue existiendo parte en la relación interna. La indivisibilidad de la obligación regulada en los artículos 1.139 y 1.150 a 1.159 del Código Civil no afecta a la cuestión de la titularidad, sino a la de actuación o cumplimiento. Una cosa es la titularidad de la obligación indivisible, que si es mancomunada sigue exigiendo de modo esencial que existan cuotas o partes en el crédito; y otra cosa diferente es la actuación o forma de ejercicio que puede ser conjunta sino cabe el cumplimiento parcial, pero ello no convierte la situación en titularidad en mano común pues siguen existiendo las cuotas.

En el crédito solidario la situación es diferente: la titularidad del crédito tiene dos aspectos: en la relación externa no hay parte o cuotas; pero en la relación interna sí las hay. La clasificación de obligaciones en divisibles e indivisibles es diferente de la clasificación en obligaciones mancomunadas y solidarias; las indivisibles pueden ser, a su vez, mancomunadas o solidarias. Si son mancomunadas requieren la existencia de cuotas en el derecho, aunque en el cumplimiento no sea parcial.

Se suele alegar la indivisibilidad de la hipoteca como otro argumento para la mano común. Pero la accesорiedad prevalece en el sentido de que la hipoteca es en garantía de una obligación principal (art. 1.857 del CC) por lo que si la obligación es mancomunada, tienen que existir cuotas o partes también en la hipoteca como derecho real, pues también existen en el crédito garantizado por ella. La indivisibilidad de la hipoteca sólo tiene aplicación respecto a actos posteriores de la constitución de la hipoteca, no en el momento de la constitución. Así, la indivisibilidad lo único que significa son estas tres consecuencias:

- a) Que si la finca hipotecada se divide entre dos o más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario (salvo voluntad de ambas partes).
- b) Que si el acreedor fallece y hay varios coherederos, tampoco se produce división del crédito hipotecario (art. 1.860 del CC).
- c) Que si se paga una parte del crédito, no por ello puede pretenderse que se cancele la hipoteca proporcionalmente respecto a la finca, porque sigue gravando en su totalidad en garantía de lo que quede.

Otros autores como BADOSA COLL y AZPITARTE CAMY también distinguen entre la titularidad por cuotas y la actuación conjunta de los acreedores en la

ejecución, insistiendo en la necesidad de señalar cuotas o partes en la hipoteca, con independencia de los pactos sobre actuación o ejercicio conjunto incluso en la ejecución, dice AZPITARTE que los acreedores van juntos pero no revueltos.

IV. PUNTOS DE CONSENSO Y SOLUCIONES

El punto de consenso de los partidarios de la mano común o germanistas y los de las cuotas o romanistas es la posibilidad de precisar la titularidad por cuotas, pero pactando el ejercicio conjunto de la acción y los demás pactos de sindicación, pero sin que ello dé lugar a ninguna comunidad germanica.

La solución consiste en atenerse a los porcentajes o cuotas fijadas en los respectivos contratos de crédito o de *confirming* que figuran en los anexos y que son las obligaciones garantizadas con hipoteca. La hipoteca por su accesoria es como el espejo de la obligación garantizada. Realmente en el contrato de crédito no hay hipoteca de máximo sino hipoteca ordinaria en garantía de crédito concedido por partes por cada acreedor. Y en el contrato de *confirming* o de facturas, la hipoteca es de máximo, pero hay que señalar los porcentajes de cada acreedor. Por tanto no puede la hipoteca ser de peor condición, o sea, más oscura que el contrato de crédito o de *confirming* que garantiza. Como cabe la hipoteca en garantía de varias obligaciones y tramos, no importa que haya varios porcentajes pues en la inscripción se copiarían los porcentajes de los contratos de crédito, y en el acta de inscripción se practicaría la inscripción a favor de los acreedores en los porcentajes expresados.

Estos serían los porcentajes de titularidad, no importando que puedan ser varios, pues todos se trasladan a cada finca. Distinta es la cuestión de la actuación conjunta, es decir, la ejecución en que existirá el pacto de ejecución única y los demás pactos de sindicación, que son inscribibles.

En cuanto a las anteriores vicisitudes de cumplimiento por el deudor que puedan referirse, según las fechas, a algunos antes que otros, tampoco hay problema; se pactará que cuando sean satisfechos algunos acreedores, la hipoteca seguirá recayendo sobre la totalidad de cada una de las fincas hipotecadas sin que quede ningún porcentaje para el dueño libre de hipoteca, pues la hipoteca sobre cada finca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sin perjuicio de que las cantidades de responsabilidad varíen por razón de parte de los créditos ya pagada.

V. CONCLUSIONES

Queda centrada la cuestión y la polémica en cuanto a la admisibilidad o no de la llamada «hipoteca en mano común». Hemos visto argumentos en pro y en contra de esta figura, siendo lo deseable en aras a la precisión y la más perfecta publicidad de los asientos del Registro que se fijaran las cuotas de cada uno de los acreedores con lo que ya el problema dejaría de existir.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPITARTE CAMY, Rafael: «Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios», en *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- BADOSA COLL, Ferrán: *Derecho Civil, III*, Marcial Pons.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», en CARRASCO PERERA, Ángel: *Tratado de los Derechos de Garantía*.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994.

RESUMEN

HIPOTECA PLURALIDAD DE ACREDITADORES

Actualmente acaba de plantearse el problema de la posibilidad de la inscripción en una hipoteca con pluralidad de acreedores, sin especificar cuotas indivisas para cada uno. Se trataría de una comunidad de tipo germánico o en mano común en que todos y cada uno de los acreedores serían titulares del derecho de hipoteca y tendrían que actuar al unísono para ejercitar su derecho.

En la doctrina hipotecaria se ha producido una división de opiniones, entendiendo unos autores que es posible la existencia de tal comunidad, en cambio otro sector niega dicha posibilidad.

Los partidarios de aceptar la figura de la hipoteca en mano común argumentan la posibilidad basándose en que únicamente sería necesario articular un régimen adecuado para su ejecución.

ABSTRACT

MORTGAGE PLURAL GROUP OF LENDERS

The problem has just recently been raised of the possibility of registering a mortgage featuring a plural group of lenders without specifying indivisible shares for each lender. This would be a Germanic type of community, a commonality of mortgage holders, in which each and every one of the lenders would be the holder of the mortgage right, and they would all have to act in unison to exercise their right.

Opinion in mortgage doctrine is divided. Some authors feel that such a community may exist, while another sector denies that possibility.

The partisans of allowing common mortgages to exist argue for the possibility on the basis that all that would be necessary would be to set up an appropriate foreclosure procedure. In addition,

Además indican que la hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc., pues estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada y se extienden automáticamente a las garantías. También señalan que para cancelar la hipoteca tampoco resulta necesario la fijación de las cuotas, porque la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague toda la obligación garantizada.

Igualmente argumentan que facilitarían en gran medida el mercado hipotecario.

Otro sector doctrinal, en cambio, insiste en la necesidad de la fijación de cuotas o porcentajes en los derechos, diciendo que en nuestro Derecho, la comunidad germánica es excepcional y sólo está admitida en muy contados casos.

Cabe también una postura intermedia, que sería precisando la titularidad por cuotas pero pactando el ejercicio conjunto de la acción.

they point out that the mortgage is never the direct object of legal acts, attachments, etc., as such things pertain to the secured credit situation and are extended automatically to the security. These thinkers also say that it is not necessary to define shares in order to cancel the mortgage, either, because the mortgage remains in force, in its entirety, until the whole secured obligation has been paid off.

Likewise, they argue that such mortgages would greatly facilitate the mortgage market.

Another sector of doctrine, on the other hand, insists on the need to split rights into shares or percentages. They say that in Spanish law the Germanic community is exceptional and is accepted only in very few cases.

There is also room for an intermediate posture, which would be to specify shares of holdership but to accord joint exercise of action.

(Trabajo recibido el 8-2-2010 y aceptado para su publicación en 16-2-2010)