

ciamiento judicial, está la petición de anotación de prohibición de disponer, siempre que el Juez lo estime pertinente, atendiendo a los indicios de delito en las actuaciones traslativas de los querellados.

En segundo lugar, de las sentencias del Tribunal Supremo que entienden que en el proceso penal puede declararse la nulidad de los negocios jurídicos de disposición a través de los cuales el querellado haya quedado insolvente, así como de las inscripciones registrales derivadas de los mismos (STS de 4 de noviembre de 1981, de 25 de mayo de 1987, 11 de junio de 1984, entre otras).

En tercer lugar, de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras las Resoluciones de 1 de abril de 1991, y de 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, que admiten en nuestro Derecho la anotación preventiva de querella, siempre y cuando se den los siguientes presupuestos:

1.º Que se ejercite la acción civil juntamente con la penal.

2.º Que la solicite el Tribunal cuando se den las condiciones del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, indicios de criminalidad.

Por último, del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Albacete, resolviendo un recurso de queja, de fecha 5 de marzo de 1998, en el que dentro de los autos de un juicio por estafa, en su razonamiento jurídico tercero afirma la procedencia de la anotación de prohibición de disponer en los procedimientos penales, como garantía general del proceso, «evitando con su práctica la potencial transmisión de una o varias facultades dominicales y preservando así una vez investigado el presunto hecho punible que se conecta con la finca objeto de anotación una eventual ejecución que sería ilusoria si aquella pudiera ser transmitida libremente a terceros mientras se actúa en el esclarecimiento de los hechos punibles».

Descartados los impedimentos legales, y visto que con anterioridad se ha permitido la anotación de la querella, no hay impedimento alguno para sostener, a mi juicio, que en aquellos casos que el Juez lo estime conveniente por existir indicios de criminalidad en los procedimientos de estafa y alzamiento de bienes en los que se inste la nulidad de la transmisión, y siempre y cuando se haya dirigido contra el titular registral la querella, se pueda proceder a anotar preventivamente la prohibición de disponer con el régimen que con carácter general establece la Ley Hipotecaria.

M.^a EMILIA ADÁN GARCÍA

DIVISIBILIDAD DE HIPOTECA QUE GRAVA UNA PLANTA DE GARAJE CUANDO SE VENDE UNA CUOTA INDIVISA. CUANDO SE TRATA DE LA VENTA DE UNA CUOTA INDIVISA DE UNA PLANTA DE GARAJE QUE NO SE DELIMITA, AL SEÑALARSE ÚNICAMENTE EL USO EXCLUSIVO DE UNA PLAZA QUE SOLO SE IDENTIFICA POR UN NÚMERO, NO SE PUEDE DISTRIBUIR LA HIPOTECA QUE GRAVA LA TOTALIDAD DEL GARAJE PORQUE NO SE DAN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 123 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE NO SE PRODUCE UNA VERDADERA DIVISION MATERIAL DE LA FINCA GRAVADA. ESAS PLAZAS NO PUEDEN SER CALIFICADAS JURIDICAMENTE COMO FINCAS INDEPENDIENTES

DENTRO DE UN NUEVO REGIMEN DE SUBPROPIEDAD HORIZONTAL; AL NO EXISTIR, POR TANTO, VERDADERA DIVISION DEL LOCAL, NO CABE LA DISTRIBUCION DE LA HIPOTECA QUE LO GRAVA. (RESOLUCIONES DE 5 Y 7 DE ENERO DE 1998. BOE 27 Y 29-1-98).

Hechos

I

El día 15 de marzo de 1993, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Francisco Echávarri Lomo, la entidad «Promociones Inmobiliarias Iriarte, Sociedad Anónima», vende a doña Ana María Sabadell una vivienda junto a una cuota indivisa de un local destinado a garaje, que da derecho al adquirente a disfrutar de una determinada plaza de aparcamiento. La venta se hace libre de cargas salvo las hipotecas que gravan tanto la vivienda como el local destinado a garaje, y en cuanto a este último la hipoteca recae sobre el local en su integridad sin que exista distribución del crédito hipotecario entre las posibles cuotas en que pudiera dividirse. En la citada escritura se asigna a la cuota objeto de la venta una concreta responsabilidad hipotecaria por principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas y gastos y para prestaciones accesorias compareciendo la representación del banco acreedor hipotecario a fin de aceptar expresamente la distribución de la responsabilidad hipotecaria, y, por último, el comprador se subroga en el débito al acreedor por los importes distribuidos de las hipotecas que gravan la vivienda y la cuota indivisa del local comercial.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 22, fue calificada con la siguiente nota: «Practicada la inscripción del precedente documento en cuanto a las operaciones que el mismo contiene en los folios, fincas, libros e inscripciones relacionados al margen de la descripción de cada una de las dos fincas radicantes en la demarcación de este Registro de la Propiedad número 22 de los de Madrid; denegándose la inscripción de los dos párrafos últimos del apartado cargas y de los puntos segundo y tercero del párrafo segundo de la estipulación segunda, por poder inducir a confusión al adquirente, ya que al no figurar inscrita en el Registro la distribución de hipoteca resultan contradictorios a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria y tener, además, mero carácter obligacional. Contra esta nota podrá interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha por los trámites regulados en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Madrid, 8 de julio de 1993. El Registrador, firmado, Rafael Rodríguez García».

III

Don Luis de la Fuente Alfaro, como Administrador solidario de «Promociones Inmobiliaria Iriarte, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la situación registral al presentarse la escritura en el Registro de la Propiedad es la existencia de una hipoteca unitaria sobre el local comercial destinado a garaje por una cuantía total de 32.000.000 de pesetas. Que los locales destinados a garaje pueden ser objeto de enjuiciamiento no como fincas independientes, sino mediante cuotas que llevan aparejado el uso de una plaza concreta de aparcamiento, pudiendo abrir folio registral (artículo 68 del Reglamento Hipotecario). Este modo de llevar a cabo la enajenación tiene algunas ventajas y algunos inconvenientes como pueden ser la formación de una subcomunidad, la relativa indeterminación física en el Registro de número posible de plazas de aparcamiento y de las cuotas resultantes, que esto último puede llevar a una inconcreción del posible objeto de venta, que es la cuota, que hace imposible en el momento de constituir la hipoteca la distribución de la misma. Pero tal inconveniente no puede llevar al interesado a renunciar al crédito territorial; bien al contrario el ordenamiento jurídico es lo suficientemente flexible para compatibilizar el interés del promotor en financiar la construcción de los garajes como su interés en hacer la compra atractiva a terceros, mediante la distribución de la hipoteca a medida que se van conociendo las cuotas matemáticas objeto de enajenación. Que lo establecido en los artículos 1.860 del Código Civil y 119 de la Ley Hipotecaria se refieren al supuesto de pluralidad de fincas «ab initio». Que la Ley Hipotecaria acepta que la distribución pueda hacerse posteriormente en el artículo 123 y en el artículo 216 de su Reglamento, siendo un pacto lícito (1.255 del Código Civil). Que no hay precepto que imponga la distribución si todavía no han surgido a la vida jurídica nuevas fincas o cuotas de fincas. Que admitida la validez del pacto posterior de distribución sucesiva de hipoteca hay que contemplar sus requisitos, para ver si en la escritura calificada se incumplió alguno de ellos: a) Elemento personal. Que en la citada escritura se cumplen los requisitos personales (artículos 1.203 y 1.219 del Código Civil y 20 de la Ley Hipotecaria, y Resoluciones de 23 de febrero de 1929, 12 de julio de 1945, 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1986). b) Elemento real. Que no hay modificación del objeto, sino del modo en que queda sujeto al cumplimiento de la obligación. Que en la escritura se cumple lo que establecen los artículos 1.880 del Código Civil, 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento. Basta hacer una operación aritmética de resta para saber qué responsabilidad tiene la parte del dominio no enajenada. El orden de llegada al Registro de la Propiedad de las escrituras de venta no tiene por qué coincidir con la fecha de su autorización. Que no hay resto en el sentido finca del término, sino nacimiento de una comunidad en formación, cuyo número final de titulares y proporción de sus derechos dependerá del número de ventas y de la cuota concreta que cada uno adquiera. c) Elemento formal. Que la distribución hipotecaria se ha hecho en escritura pública (artículo 216 del Reglamento Hipotecario). d) Efectos frente al adquirente. Que no puede existir confusión alguna, ya que los efectos de la distribución están legalmente establecidos (artículos 120, 124 y 125 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento). e) Efectos frente a otros posibles adquirentes. Que al constar en el Registro de la Propiedad la distribución verificada le afectará plenamente. f) Efectos frente a posibles adquirentes del

crédito hipotecario. También les afecta plenamente por las razones anteriores. 2. Que en cuanto a la contradicción con el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Que los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario regulan específicamente la hipoteca constituida sobre un bien adquirido en proindivisión por diversas personas. Que constando en la escritura calificada al consentimiento del acreedor hipotecario a la distribución no se entiende cómo puede afirmarse que existe contradicción con el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. 3. Que, finalmente, hay que señalar que si existe algún pacto de modificación de hipoteca que tenga carácter real y oponible «erga omnes» es el pacto de distribución, hasta el punto que se regula con detalle en la Ley y el Reglamento Hipotecario. Que hay que señalar lo declarado en la Resolución de 12 de julio de 1995.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que se considera que en la escritura calificada no ha habido una verdadera distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las entidades registrales o cuotas de fincas a que da lugar la venta de la participación indivisa de la finca con atribución de plaza de garaje que es objeto de la misma. Que, desde el punto de vista legal, distribuir la responsabilidad hipotecaria es «determinar la cantidad o parte del gravamen de que cada finca debe responder», cuando se hipotequen varias por un solo crédito, como dice el artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Este criterio lo confirma el artículo 216.1 del Reglamento Hipotecario. Que es indudable que la distribución de hipoteca puede hacerse en el mismo momento de su constitución, tratándose de varias fincas, derecho o cuotas ideales, con posterioridad, o en el mismo título en que se produzca la transmisión de cualquiera de ellas, como debiera haberse hecho en la escritura calificada, pues lo importante es que la distribución tenga lugar y conste oportunamente en el Registro. Así lo confirma el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Que en la escritura calificada los intereses se limitan a concretar la responsabilidad hipotecaria sobre la cuota de participación transmitida olvidando por completo el resto de la finca. Que, además, si se examina la exposición de los diversos elementos personales, reales y formales que integran el acto jurídico de distribución de la responsabilidad hipotecaria, se observa que falta el consentimiento del acreedor para la distribución de la responsabilidad, pues dicho consentimiento se contrae a una sola de las fincas resultante de la división y no a todas, y en este punto hay que destacar la Resolución de 27 de marzo de 1989. Que, en definitiva, no se ha realizado distribución de la responsabilidad hipotecaria. Que el Registrador no debe realizar tal distribución de oficio: a) Por ser un acto jurídico de importancia que exige una serie de elementos, entre ellos el consentimiento de los interesados; b) Que tal distribución no es una sencilla operación aritmética que pueda tener acceso al Registro mediante una simple nota marginal); c) Que la aplicación del artículo 47 del Reglamento hipotecario está fuera de realidad; d) Que, como se desprende del artículo de la Ley Hipotecaria, la distribución hipotecaria tiene reflejo en el Registro mediante un asiento de inscripción; e) La función del Registro de la Propiedad es rogada; f) Este carácter rogado es confirmado en las Resoluciones de 30 de abril de 1936, 11 de agosto de 1939 y 22 de junio de 1940, entre otras; g) Sólo puede actuar el Registrador de oficio en deter-

minados casos, uno de ellos el del artículo 47 del Reglamento Hipotecario; h) Que hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 216 del Reglamento Hipotecario. Que, conforme a lo anterior, hay que señalar: a) Que existe contradicción con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria; b) Que lo realizado puede inducir a confusión al adquirente, pues: 1) El acreedor hipotecario puede repetir por la totalidad la suma asegurada contra la porción de finca transmitida, contra el resto de finca o contra ambos a la vez; 2) Que el adquirente no puede exigir la cancelación de hipoteca correspondiente a la porción adquirida, y 3) Que la asignación realizada en la escritura no puede tener acceso al Registro, por tratarse en un simple pacto entre las partes, afectante una sola de las fincas, quedando privado de efectos «erga omnes».

V

El Notario autorizante del documento informó: Que en la escritura calificada se realiza la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre la cuota indivisa objeto de enajenación y el resto de la finca, ya que expresamente se determinan las cantidades de las que responderá aquélla, respondiendo el resto de finca de la cantidad de préstamo restante, sin que se pueda obligar al titular registral a dividir su finca en varias cuotas o porciones, operación que irá realizando a medida que sepa las cuotas que van a ser objeto de enajenación. Que el acreedor comparece en la escritura para aceptar y consentir la distribución de la responsabilidad hipotecaria. Que se ha dado debido cumplimiento a los artículos 216 del Reglamento Hipotecario y 123 de la Ley Hipotecaria. Que la inscripción garantizará al adquirente que sólo responderá de la hipoteca hasta el límite de lo que ha quedado afecta la cuota que ha adquirido.

VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que el recurso no puede prosperar en cuanto ni consta en el Registro la distribución del crédito hipotecario sobre el conjunto de pisos y locales de aparcamientos que conforman la finca hipotecada globalmente, ni tampoco consta la aceptación expresa del acreedor hipotecario, y en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

VII

El recurrente apeló al auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 y 401 del Código Civil; 8 y 123 de la Ley Hipotecaria; 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, 68 del Reglamento Hipotecario, y de las Resoluciones de 8 de mayo de 1995, 26, 29 y 30 de abril de 1996.

1. En ocasión de la transmisión en una cuota indivisa de un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal, destinado a garaje, que aparece gravado con hipoteca, se acuerda la asignación a dicha cuota de una parte de la total responsabilidad hipotecaria a que viene afecto el local, de conformidad al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, asignación que el Registrador deniega habida cuenta que dicha cuota se concreta, según los otorgantes, en determinada plaza de garaje que sólo viene identificada por un número.

2. Para resolver este recurso, sin embargo, hay que partir del hecho de que, en este caso, aun cuando el acreedor hipotecario consiente la distribución de responsabilidad hipotecaria realizada, no se cumple el supuesto de hecho del artículo 123 de la Ley Hipotecaria porque no se ha producido una verdadera división material de la finca gravada, sino exclusivamente la transmisión de una cuota indivisa sobre la misma. En efecto, como ya señaló la Resolución de 8 de mayo de 1995, las cuotas indivisas sobre un local garaje que llevan consigo el uso de una plaza que sólo se identifica por un simple número no pueden ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales pueden operar en todo su rigor los principios hipotecarios; de conformidad con los artículos 396 y 401 del Código Civil, 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria, para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal, no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta. Faltando esa delimitación especial, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por más que a cada una se le asigne una porción abstracta de la superficie del total local; la sola cuota indivisa no es más que una medida de la participación de cada comunero en la titularidad compartida. No existiendo, por tanto, verdadera división del local en régimen de propiedad horizontal, no cabe la distribución de la hipoteca que lo grave.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 5 de enero de 1998.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

I

COMENTARIO

En un edificio en régimen de propiedad horizontal, hay un local destinado a garaje, gravado en su integridad con una hipoteca. Es objeto de venta una cuota indivisa de dicho local, cuota que da derecho a disfrutar de una plaza de aparcamiento que, al parecer, sólo se identifica por un número. Vendedor y comprador asignan a dicha cuota una responsabilidad por principal, intereses y costas, de conformidad con el acreedor hipotecario, que acepta la distribución, si bien no determinan expresamente la responsabilidad que corres-

ponde a la parte retenida. Finalmente, el comprador se subroga en el importe que grava la cuota indivisa del local.

El Registrador deniega la inscripción respecto a tal asignación y posterior subrogación, parece que por estimar que no se ha distribuido de manera completa, al no expresarse la responsabilidad del resto del local, y que no incumbe hacerla de oficio al Registrador, restando simplemente del importe total de responsabilidad la atribuida a la cuota vendida. La nota de calificación permite sospechar que quizás el Registrador hubiera aceptado la previa distribución de la hipoteca, hecha por el único dueño del local entre las diversas plazas de garaje, que hubieran pasado a formar fincas independientes, por analogía con lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario para las transmisiones.

La Dirección General confirma la nota del Registrador con otros argumentos, al entender que, al no producirse una división material de la finca gravada, sino sólo la transmisión de una cuota indivisa, no se produce el supuesto de hecho del artículo 123 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, no cabe distribución de responsabilidad. Pero como en el supuesto de que *ab initio* —en el momento de la constitución de la hipoteca— vendedor y comprador hubieran sido copropietarios del local de garaje, la posibilidad de haber hipotecado distribuyendo la responsabilidad es palmaria a la vista del artículo 216 del Reglamento Hipotecario —y es increíble que ello haya escapado a la Dirección General— parece evidente que el fundamento de la Resolución, una de dos: o es que no cabe la distribución cuando la situación de comunidad es sobrevenida, es decir, cuando tiene lugar con posterioridad a la constitución de la hipoteca (lo que es difícil de explicar); o es que la distribución se hizo exclusivamente por el vendedor, como acto previo a la venta, y el propietario único de una finca no lo es separadamente de cuotas indivisas de la misma (que, por su propia naturaleza, exigen pluralidad de titulares), y, por ende, no puede distribuir entre participaciones todavía inexistentes.

II

Hipoteca de cuotas indivisas por sus titulares

Cuando una finca pertenece en condominio a varias personas, las correspondientes cuotas pueden ser hipotecadas por sus respectivos titulares. El dueño de una tercera parte indivisa de una finca, por ejemplo, puede hipotecarla en garantía de un crédito, bien sea sola, o bien en compañía de otras fincas o participaciones de fincas, en cuyos últimos supuestos será necesario distribuir la hipoteca entre las distintas fincas y participaciones (artículos 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento Hipotecario).

Cabe también que el conjunto de propietarios, por iguales o distintas partes indivisas, de una finca, hipotequen sus respectivas participaciones en garantía de una misma obligación, en cuyo caso podrán distribuir la responsabilidad (conforme al artículo 216 del Reglamento Hipotecario) o bien constituir una sola hipoteca sobre la totalidad de las participaciones, sin necesidad de distribución (conforme al artículo 217). La misma opción de distribuir o no tendrán los propietarios que reúnan varias partes, aunque no la totalidad de la finca (como en el caso de que se halle inscrita, por ejemplo, por quintas partes, a favor de otros tantos herederos, y sólo quieran hipotecar tres de ellos).

La posibilidad de hipotecar algunas o todas las cuotas pertenecientes a distintos propietarios en régimen de comunidad romana está fuera de toda duda. Es aceptada por la generalidad de la doctrina, por la Dirección General y el Tribunal Supremo, y resulta de los artículos 399 del Código Civil y 106 de la Ley Hipotecaria y de los antes comentados y algunos más del Reglamento Hipotecario.

Las dificultades procederán más bien del escaso interés que pueda manifestar el presunto acreedor hipotecario en orden a una garantía así constituida. Es bien conocida en este punto la postura del Banco Hipotecario, que en el artículo 77 de sus Estatutos de 3 de noviembre de 1928 dice que «No se admitirán hipotecas sobre propiedades que estuvieren proindiviso, a menos que consientan la hipoteca todos los condueños».

III

¿Puede el propietario de la totalidad de la finca hipotecar cuotas indivisas de la misma?

Vicente Carbonell, en sus «Comentarios a la Resolución de 5 de enero de 1998: una singular distribución de responsabilidad hipotecaria» (publicados en el número 227 de *Lunes 4,30*) da por supuesta esa capacidad, y afirma: Que el propietario único de una finca puede hipotecarla; que puede hipotecar una parte indivisa, igual que puede venderla, dejando libre la porción restante; que puede hipotecar una parte indivisa en favor de un acreedor, y otra parte indivisa en favor de otro; y que puede hipotecar en principio toda la finca y, posteriormente, de acuerdo con el acreedor, distribuir entre porciones indivisas de tal finca la responsabilidad hipotecaria.

El fundamento de esa posibilidad podría radicar en el concepto mismo de dominio: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (artículo 348 del Código Civil). Y también en el principio de que «quien puede lo más puede lo menos», pues parece natural que si el propietario de una finca puede hipotecarla por entero, pueda hipotecar una mitad; y si puede disponer de una cuota indivisa, pueda igualmente hipotecar esa misma cuota.

Tales sencillos argumentos se refuerzan con la existencia de situaciones registrales en que unas cuotas se hallan efectivamente hipotecadas y otras no, porque habiendo pertenecido a distintos titulares y llevado una vida jurídica, por así decirlo, autónoma, acaban en manos de un solo propietario. Si, en definitiva, esa posibilidad es normal y hasta frecuente en la vida registral de numerosas fincas, parece indiferente que se produzca por la reunión de todas las participaciones en un solo titular, o porque éste se haya limitado a hipotecar aisladamente determinadas cuotas.

Sin embargo, las cosas no son tan claras. Principios sobre capacidad como el citado hay que aplicarlos con gran cautela y no es exacto que «disponer» sea más que «hipotecar», sino actos distintos.

Respecto a la doctrina, que apenas se pronuncia sobre este tema, frente a la postura de Carbonell, Jorge López Navarro afirma (en su trabajo. ¿Es posible la distribución de hipoteca entre las diferentes cuotas indivisas de un garaje, que llevan consigo la adscripción de uso de una plaza determinada?, en *Lunes 4,30*, número 33, página 23) que «es... discutible la cuestión de si

siendo yo dueño de una finca, puedo hipotecar sólo la mitad o la cuarta parte indivisa de la misma, hurtando a dicha hipoteca la restante participación de mi inmueble», y se inclina por la opinión negativa, por exigencias del principio de especialidad, siguiendo la postura que ya había mantenido anteriormente Chico Ortiz.

Chico, en efecto, en su estudio «Hipoteca de una porción o cuota indivisa» (publicado en el número 488 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, páginas 80 y siguientes) se muestra resueltamente contrario a lo que llama hipoteca de «una parte indivisa indeterminada» en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque el principio de especialidad o determinación hace que el propietario de toda la finca no pueda hipotecar cuotas de la misma si tales cuotas no se han concretado de alguna manera. «A nuestro entender —dice Chico— las dos únicas formas registrales de esa especificación son la división material de la finca en tantas partes como se desea, o la formación de un condominio con otra persona». Si el dueño de una finca vende, por ejemplo, la mitad indivisa «queda registralmente identificada a efectos del crédito hipotecario. El incumplimiento del préstamo o crédito da lugar, en virtud de los mecanismos ejecutivos, a que salga a subasta no la totalidad de la finca, sino la mitad indivisa de ella... y el rematante adquirirá la categoría de comunero. Si la mitad indivisa inscrita y delimitada conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario es finca o parte de ella apta para el crédito, no lo es la cuarta parte, esto es, la mitad de la mitad de esa parte, que no está matemáticamente determinada en el Registro como la mitad de la que procede o en la que está integrada».

En segundo lugar, porque los artículos 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre distribución de responsabilidad presuponen partes indivisas perfectamente identificadas. También puede servir de argumento, a juicio a Chico, el artículo 241 del Reglamento Hipotecario que, al regular la figura de posposición de hipoteca, exige que la que ha de anteponerse quede plenamente determinada en su responsabilidad y duración, y la que ha de retroceder ha de estar plenamente perfilada. «Hipotecar una cuarta parte de una mitad indivisa —dice— puede envolver, a espaldas del artículo 241, una auténtica reserva de puesto, ya que el deudor hipotecario, dueño también de la otra parte, podría especular con la misma hipotecándola... El orden de fechas determinaría una preferencia, pero no debemos olvidar que cada una debe reputarse primera con relación a la cuarta parte que se hipoteca. ¿Sobre qué cuota recaería la primera y sobre qué cuota recaería la segunda?».

Finalmente, para Chico, la hipoteca de la mitad indivisa indeterminada puede vivificar en nuestro derecho la llamada «hipoteca de propietario» del derecho alemán; haría difusa la figura del tercer adquirente; en caso de abandono de finca hipotecada en los procesos de ejecución, deja sin respuesta la pregunta de cual es la parte que se abandona; y lo mismo sucedería con la administración interina de la finca, si entrara en juego tal medida, etc.

Es hora ya de subrayar algunos aspectos elementales que podrían quedar olvidados. Aunque se hable de «hipoteca» de cuota indivisa, es claro que lo mismo podría predicarse de cualquier otro gravamen o *ius in re aliena* sobre tales cuotas. Es cierto que, en algunos casos, la posibilidad de gravar cuotas aisladas queda radicalmente excluida por la naturaleza del derecho, que puede exigir contacto material con la finca, como en el caso de servidumbre o arrendamiento: y también que, por el contrario, se puede defender la posibi-

lidad de gravar cuotas indeterminadas con los derechos de usufructo o el antiguo censo enfiteútico, en cuanto que provocan situaciones que trascienden hacia la propiedad compartida. Pero tales otros supuestos de gravámenes o derechos reales no interesan aquí, en cuanto que se comenta una Resolución cuyo supuesto de hecho es precisamente la hipoteca.

Otra cuestión que quiero ya dejar clara es que no todas las argumentaciones basadas en el principio de especialidad me resultan convincentes, porque si bien es cierto que el proceloso mar de las cuotas, unas hipotecada, otras no, pertenecientes al mismo propietario, puede llevar a las situaciones de confusión y perplejidad que tan bien describe Chico, igualmente es cierto que a idénticas situaciones se puede llegar sin que el propietario de una finca hipoteque cuotas indivisas de la misma, simplemente por la preexistencia de un condominio ya extinguido: y a nadie se le ocurriría negar la posibilidad de gravar cuotas indivisas en el sistema de comunidad romana por el peligro de que cese tal comunidad.

Esto no quiere decir que las referencias al principio de especialidad carezcan de valor, porque una cosa es que la finca perteneciente a un solo titular soporte hipotecas nacidas con anterioridad y afectantes a porciones indivisas hasta la cancelación de dichas hipotecas, y otra muy diferente que dicho titular pueda seguir hipotecando dichas participaciones.

Sin embargo, a mi juicio, la principal razón de que A, dueño de un inmueble, no pueda gravar la mitad indivisa del mismo, estriba en que nociones como mitad, cuota, porción o participación indivisa sólo tienen sentido en relación con una situación de comunidad (que no tiene que ser actual, sino que puede ser anterior o para el futuro). Así, el propietario único puede vender o donar una mitad indivisa, porque, como consecuencia de la venta o de la donación, surge una comunidad entre transmitente y adquirente: pero no podrá hipotecarla, porque por razón de la hipoteca no surge ninguna comunidad. Y cabe también que el propietario único actual tenga hipotecada una mitad indivisa de su finca, por razón de una comunidad preexistente: pero no podrá hipotecar la otra mitad.

En definitiva, lo que no es posible, como dice Albadalejo (*Comentarios al artículo 392 del Código Civil*) es que haya una comunidad de un solo partícipe, aunque «las cuotas que se reúnen por uno solo de los comuneros puedan mantener una consideración jurídica diversa en el caso de que alguna de ellas esté gravada con una hipoteca o un usufructo». Y es que, como afirma Félix Rodríguez García (*Fichero de problemas hipotecarios*, página 103) «desde el momento en que la cosa común pasa a ser de un solo titular se produce la cesación del hecho comunitario», con todas las consecuencias inherentes —puede agregarse— y, entre ellas, la posibilidad de gravar en adelante cuotas indivisas de la finca.

IV

Hipoteca de cuotas indivisas «identificadas»

Algunos de los inconvenientes de que el propietario único grave cuotas indivisas de su finca, podrían ser evitados siempre que tales cuotas fueran convenientemente identificadas, sin necesidad de llegar a la división material de la finca.

Ya se ha expuesto la opinión contraria de Chico, para quien las dos únicas formas de especificación de las cuotas eran la división material o la formación de condominio con otra persona, aunque es de suponer que tal opinión, proveniente de 1972, fuera objeto de flexibilización posterior.

Ciertos autores que mantienen en principio una actitud negativa, tienden a admitir la facultad del propietario para gravar cuotas indivisas, siempre que tales participaciones estén identificadas registralmente. Se ha propuesto la concreción en uso de partes de la finca, por analogía con los garajes (artículo 68 del Reglamento Hipotecario) o bien, un sistema de señales que permitan distinguir cada parte indivisa, a través de la numeración de las mismas, por letras o guarismos, y que eviten confusiones y problemas de prioridad registral cuando accedan negocios jurídicos o cargas impuestas sobre otras partes indivisas (Caso práctico número 1.035 de *Lunes* 4,30).

López Navarro, en su estudio antes mencionado, dice que «quizá cabría la posibilidad de separar e hipotecar esas cuotas si, aparte de ser todas iguales (cuartas, décimas, octavas, etc.) tuvieran una especie de identificación registral indeleble, así una numeración determinada (cuota octava-1, cuota octava-2, cuota octava-3, etc.) e incluso, como ocurre con las plazas de aparcamiento, una asignación de uso totalmente fijo».

A mi juicio, no es admisible una postura permisiva amplia en esta materia, ni puede estimarse identificada una cuota simplemente por asignarle un número o una letra (y mucho menos, por razón del gravamen que el propietario único constituyera sobre la misma, como se ha pretendido). Pero, por lo que se refiere a las plazas de aparcamiento —y sin olvidar que la mejor solución sería constituir sobre el local de garaje un subrégimen de propiedad horizontal—, existe un campo abierto muy aprovechable y de evidente utilidad práctica, y estoy con López Navarro cuando dice que en tales supuestos «no creo que se de la indeterminación que Chico temía, sino que... Las cuotas son todas iguales, existe una numeración de las mismas, de suerte que en cada momento sea cual de ellas me estoy refiriendo y, para mayor claridad, se determina el uso especial concreto que cada cuota lleva consigo».

De hecho, la práctica registral viene admitiendo, a partir de la reforma del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, la constitución de hipotecas sobre cuotas de garaje, hecha por el propietario del local, o la distribución de la constituida sobre todo el local entre las distintas cuotas con adscripción de plazas de aparcamiento. Aunque el artículo 68 se refiera a «transmisión» de cuota para permitir la inscripción en folio independiente, se viene aplicando el mismo sistema en muchos casos de hipotecas sobre cuotas o de distribución de hipoteca entre las mismas.

V

La jurisprudencia

La Resolución de 4 de diciembre de 1935 reconoce expresamente, en su segundo Considerando, el derecho de un condómino para hipotecar su porción indivisa inscrita; aunque no es posible admitir la hipoteca de parte fija y determinada del inmueble, cuya división se manifiesta haber practicado en documento privado, en tanto no se lleve a efecto formalmente esa división. En iguales términos, la de 24 de junio de 1936, que reconoce en su primer Con-

siderando «como indudable el derecho del condómino para hipotecar su porción indivisa inscrita». Hay otras anteriores en el mismo sentido, si bien insisten en que se fije con precisión la cuota objeto de hipoteca: Así, la de 17 de noviembre de 1928, en que, perteneciendo una finca proindiviso a dos personas, no quedaba claro en la escritura si se hipotecaba la mitad o la cuarta parte de la finca, ya que la fórmula utilizada era que «los hermanos Padilla hipotecaban sobre la mitad de la finca siguiente: Mitad de una casa...», y se suscitaba la duda de si lo hipotecado era la mitad de la mitad, es decir, la cuarta parte, o la mitad del inmueble descrito.

Digna de destacar es la de 27 de mayo de 1968, muy criticada por la mayor parte de la doctrina y que, aunque no se refiere a la hipoteca, sino al usufructo, guarda relación con el tema tratado. La Dirección declaró que cabe constituir por el titular del pleno dominio de varias fincas una hipoteca sobre el usufructo, sin incluir las demás facultades que integran el dominio, frente a calificación del Registrador de Caravaca tan fundada como la siguiente: «Denegada la inscripción... porque habiéndose constituido la referida hipoteca sobre el usufructo vitalicio de las fincas descritas en el precedente documento, cuyas fincas son propiedad de la señora hipotecante, no ha sido considerado que, siendo el usufructo, de conformidad con el artículo 467 del Código Civil, un derecho sobre bienes ajenos, no puede dicha señora constituir hipoteca sobre el mencionado derecho de usufructo de dichas fincas, como independiente o separado de las demás facultades que integran su dominio sobre las mismas». Esta Resolución, inspirada en razones de carácter histórico, atenta contra el principio de especialidad y, como dice Chico, «ha mezclado los derechos reales que pueden constituirse sobre la cosa con las facultades que constituyen el derecho en la forma tradicional romana». Por otra parte, trata de un tema distinto a la cuestión de si el propietario único de una finca puede transmitir el usufructo de una parte indivisa de la misma, a que se aludía muy de pasada en el anterior apartado III, y que sólo podría contestarse afirmativamente sobre la base de considerar al usufructo como verdadera *pars domini*.

La Resolución de 8 de mayo de 1995 tiene el interés de ser, junto con las de 26, 29 y 30 de abril de 1996, las únicas que aparecen en los Vistos de la Resolución de 5 de enero de 1998.

La de 8 de mayo de 1995 se refiere a un supuesto de denegación de anotación de demanda respecto a tres plazas de garaje determinadas por su superficie y número, por hallarse inscritas a nombre de persona distinta del demandado, y de suspensión de otras por no constar en el Registro con la misma numeración. El local garaje había sido «dividido» en cuotas o participaciones diferentes, cada una de las cuales daba derecho a ocupar una plaza, y en el momento de presentarse el mandamiento ordenando la anotación, quedaban inscritas once cuotas indivisas a favor del demandado. La Dirección revoca la nota del Registrador por entender que lo que ostenta el demandado es una cuota indivisa suficiente para abarcar las cuotas reclamadas, sin que el hecho de que les haya asignado un número una porción abstracta de la superficie del total local, dote a las cuotas de sustantividad jurídica que permita diferenciarlas entre sí.

Las de 26, 29 y 30 de abril de 1996 parten de supuestos similares a las de 8 de mayo de 1995, si bien ahora la calificación del Registrador recae sobre escrituras de compraventa de participación indivisa, y la Dirección General insiste en el mismo argumento de que la fijación de determinadas cuotas no

da lugar a que éstas puedan ser calificadas como fincas independientes, por lo que procede la inscripción, al haber cuota y superficie suficientes a nombre del vendedor.

Del rápido repaso hecho, podemos extraer algunas consecuencias: La Dirección Genral reconoce al condómino el derecho de hipotecar su porción indivisa; cuida con esmero que se aplique el principio de especialidad; y se niega a reconocer que las cuotas indivisas con adscripción de plaza de garaje gocen de sustantividad jurídica que permita diferenciarlas entre sí. Este último punto lo corrobora la Resolución de 5 de enero de 1998, que no acepta por tanto la posibilidad de hipotecar lo que en el apartado IV se han llamado cuotas indivisas «identificadas» ni la distribución de las hipotecas que grava la totalidad del local de garaje entre las mismas por el propietario.

A mi juicio, la actitud de la Dirección General es prudente y debe serlo; pero cuando las cuotas de fincas destinadas a garaje reúnan todas las condiciones del artículo 53, b) de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario de 4 de julio de 1997, creo que puede y debe cambiar de criterio. Es de esperar que así ocurra en el futuro: Máxime cuando, no se olvide se viene admitiendo con frecuencia en la práctica registral.

VI

Conclusiones

Primera.—En las situaciones de condominio, cualquier condómino está capacitado para transmitir e hipotecar sus respectivas cuotas. El propietario único de una finca, en cambio, podrá transmitir cuotas indivisas de la misma (en cuanto que la transmisión originaría una comunidad ordinaria) pero no está facultado para hipotecar tales cuotas.

Segunda.—Una excepción a la conclusión anterior podrían constituir la cuotas indivisas «identificadas», como puede serlo las de garaje con adscripción de plazas de aparcamiento, en que el propietario único podría, sin menzua del principio de especialidad, hipotecarlas aisladamente o distribuir entre ellas la hipoteca constituida sobre el local en su conjunto.

Tercera.—Sin embargo, la Dirección General no admite hasta ahora esa posibilidad, quizá porque en los casos planteados las cuotas no se hallaban suficientemente identificadas. En el futuro, tratándose de cuotas determinadas con todas las circunstancias del artículo 53,b) del Complemento al Reglamento Hipotecario, es de esperar un cambio en la doctrina del Centro Directivo, que coincidiría, por otra parte, con una frecuente práctica registral.

Cuarta.—La Resolución de 5 de enero de 1998 es especialmente rigurosa: Ciertamente, que la asignación de una responsabilidad a la cuota vendida hecha por el vendedor hipotecante, debió ser sustituida por la distribución, entre vendedor y comprador, del total de responsabilidad hipotecaria entre las dos cuotas indivisas originadas por la venta; pero, al existir un solo documento y conformidad de comprador y acreedor hipotecario, el único defecto observable es la no determinación de la responsabilidad que afecta a la cuota del vendedor, determinación que el Registrador no tiene por qué hacer de oficio.

JESÚS CUÉLLAR MARÍN
Registrados de la Propiedad