

BIBLIOGRAFIA

- URÍA: *Derecho Mercantil*, 18.^a edición, Madrid, 1991.
- BOLAS y otros: *La sociedad de responsabilidad limitada*, 1.^a edición, Madrid, 1991.
- PAZ-ARES: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* (I), 6.^a edición, Madrid, 1993.
- CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil* (I), Madrid, 1972.
- GONDRA: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987.
- POLO DÍEZ: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Ibidem*.
- MENÉNDEZ: *Ibidem*.
- Leyes Hipotecarias y Registrales de España* (tomo V, vol. 1.^o), Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ RUS: *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Madrid, 1990.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a edición.
- BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*.
- PRIETO SANCHÍS: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981.

EJECUCION PARCIAL DE HIPOTECA UNITARIA. (RESOLUCIONES DE 27 DE MARZO DE 1989 Y 22 DE MARZO DE 1915.)

Asunto: Hipoteca en garantía de un préstamo ordinario destinado a la financiación de las obras de construcción de un edificio realizada por los seis propietarios del mismo en comunidad ordinaria entre ellos, constando el negocio jurídico en escritura otorgada el ... ante el Notario de ... y constituyéndose el derecho real de hipoteca por la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad ..., previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos elementos independientes que componen el edificio denominado ... [inscripción ... de la finca ..., folio ..., libro ..., tomo ..., y respectivas inscripciones de las fincas restantes (1)].

Objeto: Ejecución de la hipoteca sobre una cuota indivisa por impago parcial del préstamo, imputable exclusivamente a uno de los comuneros.

Legislación aplicable: Artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario y 399 y 1.860 del Código Civil, en relación al 119 y 123 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina: AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1990, págs. 29 y sigs.; CARBONELL SERRANO, V., y NAVARRO DÍAZ, R., «Comentarios a las Resoluciones de 17-3-1969, 12-2-1988 y 27-3-1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, 1989,

(1) En realidad, debe tratarse de otra hipoteca redactada en idénticos términos que gravaba determinados locales comerciales del mismo edificio, propiedad de los mismos comuneros, ya que la copia presentada como referencia de este dictamen se refiere a la hipoteca de las viviendas, hoy transmitidas a diversos adquirentes subrogados en la misma y en cuanto a la responsabilidad de cada finca. La inscripción del derecho real, por su parte, no difiere en uno y otro caso.

págs. 1276 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 609 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. M. Pons, Madrid, 1989, págs. 1626 y sigs.; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1993; *Comentario al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; varios autores: tomo I, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Art. 399», págs. 1097 y sigs.; tomo II, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Art. 1.860», págs. 1867 y sigs.; CAFFARENA LAPORTA, J., «Art. 1.144», págs. 136 y sigs.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1979, tomo III, vol. 2.º, págs. 34 y sigs., y tomo III, vol. 3.º, págs. 142 y sigs.; FUENTES LOJO, JUAN V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979, tomo I, págs. 928 y sigs.; PONS GONZÁLEZ, M., y DEL ARCO TORRES, M. A., *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, ed. Comares, Granada, 1987, pág. 405; MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, ed. Reus, Madrid, 1973, págs. 531-537; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992; AMORÓS GUARDIOLA, M., y MADERO JARABO, E., *Jurisprudencia registral (1986-1990)*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, y ROCA SASTRE y MOLINA JUNYET, *Jurisprudencia registral*, ed. Bosch, Barcelona, págs. 1138 y 1139.

Jurisprudencia: STS de 26-2-1982, Resoluciones de la DGRN de 22-3-1915, 4-12-1935, 12-12-1935, 24-6-1936 y 27-3-1989.

DOCTRINA DE LAS RESOLUCIONES DE 22-3-1915 Y 27-3-1989

1. RESOLUCIÓN DE 22-3-1915

A) *Supuesto de hecho*: En virtud de escritura pública los dos copropietarios de una finca urbana, en condominio ordinario y en garantía de un préstamo único, acuerdan la constitución del derecho real de hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

B) *Nota de calificación*: «No admitida la inscripción del precedente documento porque no se distribuye la parte de capital prestado y los de crédito supletorio que corresponde a cada participación de los deudores en la finca...»

C) *Doctrina*: «Considerando que en las Resoluciones citadas —26-6 y 27-12-1909— se encuentran resueltos casos idénticos al de este recurso, en el sentido de que habiendo contraído los deudores hipotecantes *obligaciones mancomunadas simples* y no solidarias, debió hacerse constar en la escritura la responsabilidad especial que por capital, intereses y costas ha de gravar a cada una de las partes pertenecientes a los distintos condueños, como si se tratara de hipotecas diferentes;

Considerando que no puede atenderse en la presente resolución al precedente sentado por la Sentencia citada de 13 de noviembre de 1895 por no estar basada en el Código Civil ni aun en la legislación peninsular y referirse a que la deuda se había contraído por una herencia y con cargo a la misma, respondiendo la finca hipotecada del pago íntegro y no parcial de la totalidad de la deuda, aparte de que uno de los principales fines del Registro de la Propiedad es evitar ambigüedades en la existencia del derecho inscrito que pueda provocar litigios»; se desestima el recurso y se confirma la nota del Registrador (2).

(2) Para ROCA, la naturaleza de la obligación —mancomunada o solidaria— en que parecen cifrar su fundamento las tres Resoluciones de 1909 y 1915, no incide en la necesidad de distribución, cuestión completamente independiente, *op. cit.*, pág. 622.

RESOLUCIÓN DE 27-3-1989 (3)

A) *Supuesto de hecho*: Hipotecado un edificio de planta baja y sótano, con pacto de extensión del derecho real de garantía a las nuevas construcciones, el propietario único del mismo procedió a su derribo y a la posterior construcción sobre el solar resultante de una nueva edificación, sujeta al régimen de propiedad horizontal, habiéndose inscrito la declaración de obra nueva y de constitución de dicho régimen jurídico en el Registro de la Propiedad. Más tarde, el titular dominical de los elementos independientes, primero, procedió a su venta a distintos compradores, que produjo los asientos respectivos, y, segundo, el acreedor hipotecario otorgó escritura de *cancelación parcial* de hipoteca sobre una de las fincas, reduciendo el crédito en proporción a su cuota de participación en los beneficios y cargas que el régimen de propiedad horizontal comporta.

B) *Nota de calificación e informes*: «Suspendida la inscripción de la cancelación parcial de hipoteca solicitada, por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de los demás titulares de las fincas hipotecadas, sin que el acreedor pueda determinar por su sola voluntad la finca liberada, por no haberse previamente distribuido la responsabilidad hipotecaria y que hubiera exigido el consentimiento de todos los titulares afectados».

La nota de calificación fue recurrida por el acreedor hipotecario alegando, entre otros fundamentos jurídicos, el artículo 6 del Código Civil, que le habilita para «renunciar al crédito, a la hipoteca o ambas cosas a la vez, total o parcialmente»; la sujeción de la cancelación parcial otorgada a la cuota de participación de las fincas en el régimen de la propiedad horizontal, que no produce perjuicio alguno a los restantes propietarios; la naturaleza de la cuota, que una vez fijada, conforme a los artículos 3 y 9 de la LPH y a su interpretación doctrinal, supone que la cuota nace gravada por la hipoteca precedente y distribuida la hipoteca *ex lege*, debiéndose interpretar el artículo 123 de la Ley Hipotecaria en relación a la Ley de Propiedad Horizontal.

El Registrador informó, por su parte, que en el presente caso la división en régimen de propiedad horizontal de una finca gravada previamente con hipoteca y la ulterior venta de casi la integridad de sus elementos privativos comporta la permanencia del derecho real sin distribución hipotecaria entre los mismos, ya que no se han dado los presupuestos de los artículos 119 de la Ley y 216 del Reglamento Hipotecario, siendo de aplicación los artículos 123 y 124 de la citada Ley, éste en relación al 221 del Reglamento, *sensu contrario*, según confirma el 125 de la Ley, no procediendo la cancelación parcial. Así lo declara la Dirección General en Resolución de 17-3-1969. Y en cuanto a la incidencia de la constitución del régimen de propiedad horizontal en la situación registral precedente, debe tenerse presente que «el artículo 218, consecuencia especial del artículo 217 del Reglamento Hipotecario, no obliga a la distribución del crédito hipotecario entre los diferentes pisos y locales, quedando bien claro en dicho precepto que no puede admitirse la cancelación parcial al exigirse la acción contra la totalidad de la finca. Solamente por la previa distribución del crédito hipotecario, con consentimiento de todos los propietarios, como resulta *a sensu contrario* del artículo 218 del Reglamento Hipotecario y de lo establecido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, se crearía una mancomunidad en el crédito hipotecario que permitiría la liberación parcial

(3) V. AMORÓS y MADERO, *op. cit.*, págs. 863 y sigs.

del crédito y, consecuentemente, la cancelación parcial de responsabilidad de uno de los elementos que integran la propiedad horizontal, que hasta el momento de la distribución del crédito hipotecario no ha tenido en la hipoteca sustantividad propia». Dicho artículo 218 es aplicable tanto en el supuesto de que la hipoteca se constituya con dicho carácter como en el que «la situación jurídica de solidaridad hipotecaria se crea *a posteriori* como consecuencia de la existencia de una hipoteca sobre el solar».

El Notario autorizante informó, por otro lado, que en el supuesto de hecho de la Resolución de 17-3-1969 no se da en este caso y que la distribución de responsabilidad resulta de la asignación de las cuotas de participación, ya que éstas «significan módulo de participación de las cargas —Resolución de 23 de julio de 1966—, y la carga, desde la construcción del edificio, no grava sólo el solar, sino todo el edificio y, por tanto, todas y cada una de las fincas resultantes de la división horizontal», por lo que cabe estimar que tal distribución se ha producido y es de aplicación el artículo 124 de la Ley Hipotecaria.

C) *Auto del Presidente de la Audiencia*: El Presidente de la Audiencia confirmó la nota de calificación, que analizando la división en base a la STS de 18-5-1960 y su influencia en la hipoteca, hay que partir del contenido del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que, aún admitida la tesis del recurrente —la distribución que opera la división horizontal—, no se ha tenido en cuenta la posición del acreedor hipotecario —su aceptación expresa— y la necesidad de notificación fehaciente, por una parte, a todos los deudores hipotecarios para hacer uso de la facultad del artículo 124 de la Ley citada y la necesidad de inscripción, por otra, para su debida publicidad que cumpla el objetivo de seguridad jurídica y protección frente a tercero (4). La renunciabilidad alegada, por razón de la solidaridad de la responsabilidad de los deudores, no procede —prohibición legal— en los supuestos en que esta facultad implica transgredir el orden público inmobiliario (art. 6.2.º del Código Civil).

El recurrente apeló el auto ante la Dirección General.

D) *Doctrina* (5): «Es doctrina de este Centro (vid. Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988) que cuando un mismo y único gravamen recae por entero sobre varias fincas, como ocurre en el caso de división posterior de la inicialmente gravada, sin haberse distribuido la responsabilidad correspondiente, no sólo se producen *relaciones jurídicas* entre el titular del gravamen y cada uno de los dueños de las fincas afectadas, sino también *entre los distintos dueños* de éstas, relaciones por cuya virtud si uno de ellos paga la cantidad íntegra garantizada podrá reclamar de los demás no la totalidad de lo pagado, sino la parte que proporcionalmente les correspondiere satisfacer (debe configurarse igualmente la previsión del art. 1.844.2.º del Código Civil), teniendo para ello las mismas garantías con que contaba el acreedor principal (vid. arts. 1.145, 1.844, 1.087, 1.085, 1.939 y 1.212 del Código Civil), de donde se desprende que éste puede, si quiere, *renunciar* a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas; mas esta renuncia no puede tener sobre esa finca, como efecto de la cancelación de un derecho real que

(4) Es importante observar el acierto de esta afirmación que estima necesaria la publicidad registral de la distribución hipotecaria por razones de seguridad jurídica, tratándose de un derecho real —entendemos— de constitución asimismo registral.

Otra cosa es el problema de la renunciabilidad, de que trataremos.

(5) «Vistos los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, 217 y 218 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988».

por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños; para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total se requerirá, pues, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la *solidaridad* resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular».

«No existiría, en cambio, para la cancelación solicitada el obstáculo observado si el acreedor en lugar de limitarse a consentir la cancelación de la hipoteca «exclusivamente por lo que se refiere» al piso referido hubiere *previamente consentido la distribución de la responsabilidad* hipotecaria entre todos los pisos y locales, tal como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de propiedad horizontal, pues ciertamente dichas cuotas sirven para delimitar, a todos los efectos, desde la propiedad del edificio, la participación en las cargas; mas faltando ese consentimiento del acreedor, la fijación de cuotas en el régimen de propiedad horizontal ni le vincula como distribución de responsabilidad (art. 1.257 del Código Civil) ni implica, en la relación interna (6) entre los distintos propietarios, un definitivo señalamiento de la parte de responsabilidad hipotecaria a que quedan afectos los pisos o locales respectivos (que posibilitaría la cancelación parcial y liberación ahora pretendidas); en tal hipótesis, mientras no se inicie la vía de regreso por uno de los propietarios que paga no se sabrá si por afrontar todos los pisos o locales resultantes el gravamen que les afecta, la relación entre la responsabilidad efectiva que pesa sobre cada uno y la total será coincidente con su cuota respectiva o si, por el contrario, por fallar uno de ellos (piénsese que puede estar afecto a una carga preferente que absorba todo su valor), como los demás deberán suplir su falta a prorrata (cfr. arts. 1.145.3 y 1.844.2.º del Código Civil), tal relación será mayor; por tanto, como antes de iniciarse la vía de regreso, la cuota de cada

(6) Si tenemos en cuenta que la propiedad horizontal no deja de ser un régimen especial de comunidad ordinaria, y en especial en lo dispuesto expresamente en la Ley de Propiedad Horizontal —y no en otro punto—, el consentimiento de los titulares dominicales resulta de la asignación de cuotas —que redistribuye la carga, como en el caso de la destrucción del edificio prueba— y el del acreedor hipotecario de la carta de pago, según cuota, y cancelación ulterior, otorgamiento que limita el empleo de un criterio distinto con posterioridad —por arbitrario— y sin perjuicio, como veremos, de la subsistencia de la solidaridad sobre el resto de las fincas.

En definitiva, el consentimiento de los copropietarios está dado y a salvo su derecho de impugnación judicial de la cuota asignada —nada se dice de la deuda: art. 118 LH—, y el del acreedor, respecto a esa concreta finca, consta de forma directa, ya que si éste no ratificó previamente la distribución porcentual de las cuotas, habrá de consentir con posterioridad su efecto sobre cada elemento sin necesidad de renunciar a la solidaridad ejecutiva —y sólo ejecutiva— de la hipoteca, donde el propietario objeto de ejecución podrá repetir contra el resto en proporción a su cuota en virtud precisamente del acuerdo por el que se asignaron las mismas.

Lo que no se comprende con suficiente claridad es cómo se pide, por un lado, la exclusiva aceptación previa y unilateral del acreedor sobre la total distribución y, luego, se limita el efecto de la asignación de cuotas *inter partes* (?) que condena a la ineficacia el consentimiento de aquél.

piso sólo determina en la relación interna entre los propietarios el *límite mínimo* de responsabilidad que efectivamente puede llegar a afectarle; el consentimiento que ahora presta el acreedor no basta por sí solo para liberar esa finca».

La Dirección General confirma, en consecuencia, el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO

I. SOBRE LA PLENA DISPOSICIÓN DE LA CUOTA INDIVISA

El artículo 399 del Código Civil establece el principio de la libre disposición de la cuota indivisa, limitando el efecto de la enajenación o *hipoteca* de la misma a la porción que se adjudique en la división de la cosa común.

Este principio supone, por razones de orden público inmobiliario (arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria), que son ineficaces a efectos reales (7) los pactos que impliquen prohibición de disponer a título oneroso y que la hipoteca de la cuota indivisa trae consigo, en caso de extinción de comunidad (división, dice el art. 399), la permanencia del gravamen sobre la porción adjudicada al hipotecante (8).

A un tiempo, el artículo 1.860 del citado Código impone la indivisibilidad de la garantía hipotecaria en el caso de que la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor y con independencia del carácter mancomunado o solidario de esa división (9). Es decir, este artículo contempla un supuesto de hecho distinto al que ahora contemplamos, el de la hipoteca de la cuota indivisa, ya que trata de la hipoteca de una finca por la una sola obligación que con posterioridad a su constitución registral se divide. Por tanto, en nuestro estudio la diferencia estriba en que la deuda es plural, nace dividida.

No obstante, debemos tener presente las palabras de MANRESA: «La indivisibilidad, con todo, no es característica institucional de la hipoteca, sino producto de creación de la Ley; por ello admite *pacto en contrario* y sus beneficios pueden ser *renunciados* o *no utilizados* por el acreedor. Además, no repercute en la esencia de la obligación, pues ésta no se torna indivisible ni solidaria (ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, pág. 78)» (10).

(7) En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 1101.

(8) Es decir, si son varias fincas y la extinción de comunidad se produce adjudicando fincas concretas a los comuneros en pleno dominio, la hipoteca de la cuota gravaría la adjudicada o adjudicadas al hipotecante. En principio, la extinción o división de la cosa común, si la hipoteca afecta sólo a determinadas participaciones indivisas, requiere el consentimiento del acreedor hipotecario o resolución judicial para evitar el desequilibrio económico de la partición o extinción que pueda traer consigo la valoración de las fincas resultantes. Este supuesto ha sido estudiado, entre otros, por RODRÍGUEZ LÓPEZ Y PRESA DE LA CUESTA.

Véanse Resoluciones de 4-12-1935 y 24-6-1936 sobre la necesaria concurrencia del acreedor hipotecario en la división de la cosa común. En otro caso, podemos añadir, la ejecución de la hipoteca dará lugar a la cancelación de la división, como asiento posterior.

(9) Véase MANRESA y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*

(10) *Op. cit.*, pág. 536.

La consecuencia de esta afirmación, sin embargo, de la diferencia de hechos advertida es trascendente si reparamos en que está tratando de una deuda única con una única garantía —que es lo más— y la trasladamos a nuestro caso, donde la deuda es plural—, es decir, son varias las obligaciones —y plurales las hipotecas—, que es lo menos. Y aunque se mantuviese que la deuda es única por entender que es solidaria y la hipoteca asimismo única e indivisible por constituirse al amparo del artículo 217 del Reglamento Hipotecario, tal situación no sería inamovible, toda vez que siempre el acreedor puede *renunciar o no utilizar el beneficio de la indivisibilidad*.

Obsérvese que ese supuesto, el del artículo 1.860 del Código Civil, deuda e hipotecas únicas con un solo deudor y un solo acreedor en el momento de la inscripción constitutiva, da lugar, si al deudor sucede una pluralidad de deudores, a la necesaria distribución de la deuda por común acuerdo de acreedor y deudores, a efectos exclusivamente registrales, de manera que si el acreedor admite el pago solutorio de un causahabiente, sin concurso de las voluntades de los restantes, el pago produce sus efectos civilmente, pero no provoca la cancelación parcial de la hipoteca, que se mantiene indivisible conforme a ese artículo 1.860 para que el dictado de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria no suponga una «concentración del gravamen en forma arbitraria», según afirma la Resolución de la Dirección General de 27-3-1989, que se remite a la doctrina contenida en las Resoluciones de 17-3-1969 y 12-2-1988, declarando que ello no impide que, civilmente (arts. 1.844.2, 1.145, 1.087, 1.085, 1.839 y 1.212 del Código Civil), el causahabiente que pagado pueda repetir contra los demás con las garantías del acreedor principal, *«que puede renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas; mas esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real que por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños»* (11).

Ahora bien, dicha Resolución contiene un pronunciamiento de gran trascendencia para el presente caso: «No existiría, en cambio, para la cancelación solicitada (12) el obstáculo observado si *el acreedor*, en lugar de limitarse a consentir la cancelación, hubiere previamente *consentido en la distribución de la responsabilidad entre todos los pisos y locales, tal y como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de la propiedad horizontal*, pues, ciertamente, dichas cuotas sirven para delimitar a todos los efectos, desde la propiedad del edificio a la participación en las cargas».

(11) El supuesto de hecho de esta Resolución es el habitual de una finca hipotecada que se divide horizontalmente y se transmiten los elementos privativos a distintos compradores, dando el acreedor carta de pago a uno de ellos que pretende la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto grava su finca (vid. *infra*).

(12) No se cuestiona *ex iure civile* el efecto solutorio del pago realizado frente al acreedor.

La Sentencia de 2-4-1968, dictada por el Juzgado municipal número 9 de Barcelona, estima la demanda de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal contra un comunero por no haber abonado la *parte proporcional* (cuota) de los intereses de un préstamo con garantía hipotecaria que gravaba el citado edificio en su conjunto en virtud, entre otros argumentos jurídicos, del principio de subrogación real del número 3 del artículo 1.210 del Código Civil (véase FUENTES LOJO, *op. cit.*, págs. 929-930).

En definitiva, si en el caso de deudor único y única hipoteca, la cuota comunitaria, previo consentimiento del acreedor (13), determina la responsabilidad hipotecaria de cada finca, y en consecuencia de cada comunero, no obstante la indivisibilidad de la hipoteca (arts. 1.860 del Código Civil y 122 y 123 de la Ley Hipotecaria), más aún en el supuesto objeto ahora de estudio, donde *la hipoteca se constituye por una pluralidad de comuneros en proporción a sus respectivas cuotas y al margen del artículo 217 del Reglamento Hipotecario*, que luego analizaremos. *La cancelación parcial y el pago parcial, pues, conforme a la Resolución de 27-3-1989, cabría en todo caso* por lo que se refiere al asunto de que tratamos.

Asimismo, por otro lado, si en el caso de deudor y acreedor hipotecarios únicos sobre una finca la división de ésta no impide que a pesar del número de terceros poseedores de las mismas y conforme al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, *el acreedor pueda repetir contra cualesquiera de las nuevas fincas por la totalidad del crédito*, es lógico pensar que si todas las cuotas *pro indiviso* de una única finca se hipotecan en garantía de un crédito, mancomunado o solidario, el acreedor pueda ejercitar la acción ejecutiva contra cualesquiera cuotas, ya que la indivisibilidad de la hipoteca se establece legalmente en beneficio del acreedor y no se impone como beneficio irrenunciable, sobre todo si reparamos en que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario dispone el tratamiento de la cuota indivisa como derecho real autónomo. Es decir, de forma equivalente a una pluralidad de fincas y, en su caso, con distribución de la responsabilidad entre ellas (las fincas o derechos reales, las cuotas), pudiendo perseguir cualquiera de ellas. Situación que en el caso del artículo 217 del repetido Reglamento —hipoteca unitaria de una pluralidad de cuotas que integran el pleno dominio de la finca hipotecada— habilita, *ex artículo 121 de la Ley Hipotecaria*, para perseguir, incluso, una cuota por la totalidad del crédito y, ante la insuficiencia de la misma, ejecutar las restantes hasta la íntegra satisfacción de la obligación asegurada, sin que quepa la cancelación parcial (arts. 122 y 125 de la propia Ley). O renunciar al privilegio del artículo 217 del Reglamento y ejecutar cada cuota en proporción a la deuda de cada comunero, puesto que, siendo la facultad del acreedor, si entiende suficiente la garantía de esa cuota (derecho real) para satisfacer la deuda reclamada sería innecesario traspasar los efectos de ese incumplimiento a los restantes comuneros que puntualmente satisfacen el importe de su obligación, y ello aunque se tratase de una deuda solidaria, puesto que la solidaridad vendría impuesta a favor del acreedor y éste podría no hacer uso de su beneficio frente a la cuota ejecutada, sin alterar el resto de la garantía.

El artículo 123 de la Ley reconoce la facultad del acreedor de perseguir, como hemos visto, cualesquiera fincas por la totalidad del crédito, lo que no supone, claro está, la imposibilidad de perseguir cualesquiera fincas por una *parte del crédito*, ya que en otro caso el pago parcial de uno de los adquirentes

(13) Sin él, dice la Dirección General que la cuota es el límite mínimo de responsabilidad de los comuneros.

La especialidad de la propiedad horizontal no supone la exclusión del concepto de «comunidad ordinaria o romana», que es el concepto primario que rige la tradición jurídica: véanse Poveda Díaz, J., *Los elementos procomunales de la propiedad horizontal*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1987, y Cabello de los Cobos y Mancha, L. M.^a, «Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, págs. 237 y sigs.

de las nuevas fincas no sería solutorio, en contra del contenido de la citada Resolución de 27-3-1989 y de la voluntad del acreedor, que otorgó carta de pago y escritura de cancelación parcial, sin que se produzcan los efectos del inciso final del artículo 121 de la Ley Hipotecaria, que parte de la existencia de un solo deudor y una pluralidad de fincas con distribución de la responsabilidad, pues se trata, ahora, de una pluralidad de deudores —los terceros adquirentes— y de una pluralidad de fincas hipotecadas sin distribución alguna de la responsabilidad. El artículo 121 se restringe al supuesto en que el acreedor persiga una finca por la integridad de un crédito y, luego, no cubierto éste, su diferencia sobre otras fincas hipotecadas del mismo deudor —distribuida la responsabilidad—, sin que sea de aplicación al caso del artículo 123 de la misma Ley —hipoteca solidaria—, que es el que se relaciona con el artículo 216 de su Reglamento, que por conexión con el 217 supone la ejecución de todas las cuotas de un solo deudor sobre una pluralidad de fincas, a pesar del carácter unitario de la hipoteca (art. 217), ya que en este caso la ejecución actúa como en la *hipoteca solidaria* (art. 123 LH), sin limitar los efectos de la acción judicial del acreedor.

II. SOBRE LA INEFICACIA DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER A TÍTULO ONEROSO

El artículo 216 del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del artículo 119 de la Ley, dispone la aplicación del principio general de especialidad en cuanto exige la distribución de la responsabilidad garantizada entre las fincas, derechos reales o cuotas ideales de una y otros, afectos a una misma obligación, en sintonía con la Resolución de 12-3-1936, como señala ROCA SASTRE (14). Lo que no equivale, entendemos, a que una misma obligación distribuida entre distintos deudores —mancomunidad— no pueda dar lugar a una pluralidad de hipotecas simultáneas sobre las mismas cuotas indivisas de los comuneros —deudores— y en idéntica proporción a la distribución del crédito (15) o a una única hipoteca como —por excepción— recoge el artículo 217, que dice: «Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución».

La aplicación del citado artículo 217 requiere, en primer lugar, para algunos autores, como GARCÍA GARCÍA, el pacto expreso de constitución de la hipoteca con carácter de unitaria (16), pues en caso contrario regirá el artículo 216, o la manifestación clara e indubitada de la voluntad de las partes en este sentido, según otros (17). Y en segundo término, *implica la imposibilidad de la ejecución aislada de la cuota*, según ROCA, sin que estemos ante una hipoteca

(14) *Op. cit.*, págs. 610 y sigs.

(15) Véase ROCA, *op. cit.*, pág. 611.

(16) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la legislación hipotecaria*, ed. Cívitas, Madrid, 1990, pág. 197.

(17) ÁVILA NAVARRO, *op. cit.*, pág. 140: sin necesidad de la utilización de palabras sacramentales, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 622: «depende, pues, del modo en que se estipule la constitución de la hipoteca». CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 1628, sigue a ROCA.

solidaria ya que concurren una pluralidad de hipotecantes sobre la misma finca que debe perseguirse «en bloque» (18).

Sin embargo, en nuestro criterio, la aplicación del artículo 217 del Reglamento no es tan sencilla como aparenta:

1.º Porque si el establecimiento de la hipoteca unitaria debe resultar del contrato, directa o indirectamente formulada, el carácter de solidaria o mancomunada de la única obligación repercute en la posibilidad de ejecución de la garantía, ya que si la obligación es mancomunada en la misma proporción a la titularidad de la finca hipotecada, regla general en nuestro Derecho si no se acuerda expresamente otra cosa, el carácter unitario de la hipoteca sólo faculta al acreedor para la ejecución «en bloque», como facultad del mismo y no como imposición normativa. Beneficio, pues, renunciable. Y si la obligación es solidaria, la aplicación del artículo 216 no impide la ejecución, asimismo, «en bloque» de la finca, por lo que entendemos que la distribución o no distribución de la responsabilidad es un imperativo hipotecario, de forma estricta y no civil. Es decir, frente a tercero. Lo que supone, en caso de una pluralidad de fincas *pro indiviso*, el mismo juego que ofrece la hipoteca solidaria del artículo 123 de la Ley frente a cada finca y frente a cada cuota. La cuota, derecho real hipotecable, conforme a los artículos 119 de la Ley y 216 del Reglamento, actúa de idéntica forma a la finca. La hipoteca de una finca no es más que la del derecho de propiedad sobre la misma.

2.º Si en la escritura de préstamo no se establece expresamente la solidaria, debe presumirse que la deuda es mancomunada, y esa mancomunidad lleva consigo la presunción de que de ella responde cada comunero en proporción a su titularidad dominical. Más aún: si el préstamo financia una construcción de la que resultarán copropietarios todos en idéntica proporción a su titularidad sobre el solar preexistente. Es decir, si nada se pacta, la obligación única es mancomunada y de ella responde cada comunero por su cuota indivisa. Circunstancia que arrastra una tercera presunción si no resulta del contrato de la voluntad de garantizar la obligación mancomunada con una hipoteca unitaria (*ex art.* 217); la hipoteca se entenderá dividida proporcionalmente a la titularidad si todos los comuneros hipotecan sus respectivas cuotas no obstante la exigencia hipotecaria —de mayor claridad por razón de publicidad— del artículo 216 (19).

3.º Si a pesar de la mancomunidad del préstamo la hipoteca es unitaria, el acreedor está facultado para perseguir solidariamente las cuotas, pues de otra forma el precepto reglamentario derogaría los principios civiles o, lo que es lo mismo, podrá ejecutar una cuota o todas ellas. En otro caso, la hipoteca unitaria no solidaria en la ejecución —y sólo en ésta— desnaturalizaría el crédito —respecto del que se admiten pagos parciales por parte de cada comunero—, imponiendo por vía indirecta una prohibición de disponer a título oneroso, ya que si, como indica ROCA SASTRE (20), la ejecución de una carga preferente a la hipoteca que grave una cuota dará lugar a la cancelación de la carga posterior

(18) *Op. cit.*, pág. 623.

(19) La Resolución de 22-3-1915 hace depender la necesidad de la distribución de la responsabilidad, que hoy requiere el artículo 216, de la naturaleza mancomunada o solidaria de la obligación, siendo imprescindible en las obligaciones mancomunadas simples.

(20) *Op. cit.*, pág. 624.

—la hipoteca unitaria en cuanto a esa cuota ejecutada por carga preferente—, desapareciendo el carácter unitario de la hipoteca, que sólo afectará al resto de la titularidad, evitar esta circunstancia supondría la imposición de una prohibición de disponer, impensable frente a la carga anteriormente inscrita e impensable asimismo frente a una carga posterior que grave una cuota o una transmisión ulterior de la misma, naciendo la solidaridad frente al tercer poseedor de la cuota adquirida (art. 123 de la Ley Hipotecaria), a pesar de lo que parece implicar el artículo 217, en la interpretación de Roca (21).

4.º En consecuencia, a efectos de reclamación judicial, la solidaridad de la obligación o la solidaridad ejecutiva de la hipoteca unitaria en garantía de la obligación mancomunada facultan —y no imponen— al acreedor la elección del objeto a perseguir según sus concretos intereses.

III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL COMUNERO

Si partimos de la base, según hemos expuesto, de la exclusión o ineficacia real de cualesquiera prohibiciones de disponer voluntarias y a título oneroso, y de que el derecho subjetivo del comunero —aspecto activo: libre disposición— comporta, en su aspecto pasivo, la responsabilidad de la cuota frente a los acreedores, pueden observarse los limitados efectos del artículo 217 en cuanto establece, excepcionalmente, el carácter unitario de la hipoteca sólo en el momento de la *ejecución* como facultad del acreedor y no como imperativo reglamentario de su actuación. El acreedor, aunque sea la obligación solidaria y sin perjuicio de esta especial naturaleza, puede admitir pagos parciales de los deudores y, de igual suerte, si el carácter unitario de la hipoteca supone solidaridad en la ejecución, puede perseguir todas o algunas de las cuotas, pues en otro caso quebraría lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley —que no se puede ver afectado por un artículo reglamentario— para el supuesto de la disposición, activa o pasiva, de la cuota y frente a tercero, siendo la excepción del artículo 217 del Reglamento una prevención inoperante que deja en peor condición al acreedor que el supuesto de deuda solidaria e hipoteca de cuotas *pro indiviso* distribuida entre los deudores (art. 216), donde el impago le habilita para perseguir todas o cualesquiera de las fincas. Por ello, entendemos que el artículo 217 está pensado para aumentar el margen de actuación del acreedor en caso de deudas mancomunadas o solidarias, actuando la garantía como una hipoteca solidaria a efectos ejecutivos (22).

IV. SOBRE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA CUOTA

Y si la hipoteca unitaria del artículo 217 es solidaria a efectos ejecutivos, ello supone que, con independencia de que la obligación sea a su vez manco-

(21) *Op. cit.*, pág. 623.

(22) La solidaridad, tal y como prevé el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, no impide el pago parcial e incluso la parcelación parcial en los términos —antes vistos— de la Resolución de 27-3-1989, que citan, entre las disposiciones que la fundamentan, el artículo 217.

En el artículo 123 la solidaridad —o los términos «hipoteca solidaria»— viene referida a la ejecución y, de esta manera, el artículo 217 no puede implicar más que esto. Si existiese un tercer poseedor de una cuota —o parte de ella—, el artículo 123 actuaría de forma directa.

munada o solidaria (23), el acreedor hipotecario puede perseguir la cuota *pro indiviso* del deudor que no ha satisfecho la parte proporcional del crédito por los medios que establecen la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria, sirviendo la tasación en la subasta el valor de la cuota una vez distribuido el importe total a las distintas cotitularidades, pues dicha valoración unitaria no deja de ser la suma del valor en que se cifra cada cuota por imperativos de Derecho civil puro, sin contradicción hipotecaria alguna. Y en cualquier caso, al carecer de contradicción hipotecaria, la ejecución aislada de la cuota dependerá de la admisión por el acreedor de la interpretación que aquí se mantiene y que resumimos en los siguientes puntos:

1.º El acreedor hipotecario puede, ante el incumplimiento de la obligación y con independencia de su carácter solidario o mancomunado, perseguir cualesquiera derechos reales que garanticen la deuda y, ante la insuficiencia de uno de ellos, repetir por la diferencia contra los demás (art. 121 de la Ley Hipotecaria).

2.º En el caso de que la finca hipotecada (hipoteca que grava el dominio sobre la misma) se divida, el derecho real de garantía se extiende, a efectos ejecutivos, con carácter solidario sobre todas ellas, pudiendo en consecuencia en el supuesto anterior —incumplimiento— ejecutar todas o algunas de ellas, sin merma de su derecho a ser reintegrado por la diferencia sobre las restantes fincas hipotecadas (art. 123 de la Ley Hipotecaria).

3.º La situación que se produce en caso de división de la finca hipotecada es sustancialmente idéntica a la que se produce cuando los distintos copropietarios de una finca en comunidad ordinaria la hipotecan unitariamente (art. 217 del Reglamento Hipotecario) y cuando los distintos propietarios de un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal hipotecan el mismo en su conjunto (art. 218 del citado Reglamento), ya que —en este supuesto— la titularidad de los elementos privativos está indisolublemente unida a la cotitularidad en condominio —igualmente— ordinario de los elementos comunes.

4.º La solidaridad que se produce en los supuestos de los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario lo es a efectos ejecutivos y con independencia, pues, de la naturaleza mancomunada o solidaria de la obligación garantizada. Y buena prueba de ello es la Resolución de la Dirección General de 27-3-1989, que admite en base al propio artículo 217, que relaciona con el 218, la cancelación parcial otorgada por el acreedor a un comunero (pago solutorio que no se cuestiona como facultad que es del acreedor), no obstante la solidaridad preexistente, siempre que medie acuerdo de redistribución entre el acreedor y los deudores o consentimiento del acreedor a que se redistribuya en proporción a las respectivas cuotas de participación de todos los copropietarios, límite mínimo —dice— de su responsabilidad real.

Evidentemente, los pronunciamientos de la Dirección General abogan por la aplicabilidad del artículo 123 de la Ley Hipotecaria a estos dos supuestos de hecho.

(23) En el presente caso parece mancomunada, ya que la palabra «solidaria» empleada en la cláusula de constitución de la hipoteca es una «cláusula de estilo» que no implica la naturaleza solidaria del préstamo, que en la estipulación primera se entrega a todos los comuneros proporcionalmente para financiar la construcción después de hacer constar expresamente en apartados anteriores las cuotas que a cada uno corresponden en el dominio de las fincas. Lugar donde en un contrato de préstamo debe figurar la naturaleza solidaria del mismo.

5.º La solidaridad ejecutiva de la hipoteca unitaria que prescriben ambos artículos (217 y 218) permite al acreedor la ejecución aislada de un derecho real (cuota indivisa o propiedad sobre una finca) sin merma de la permanencia de aquélla sobre los restantes. A efectos ejecutivos, la responsabilidad se distribuye por medio de las correspondientes cuotas, lo que supone que el valor de tasación de una cuota *pro indiviso* será el resultado de dicha distribución porcentual.

6.º Cualquier otra interpretación supondría que la solidaridad ejecutiva no es un beneficio establecido a favor del acreedor, como lo es *ex iure civile*, sino una limitación a su actuación. Interpretación que sería contraria a los preceptos que rigen esta materia en el Código Civil (art. 144) y en la Ley Hipotecaria (art. 123), preceptos de rango superior a la prescripción reglamentaria, siendo por tanto la solidaridad un atributo del derecho real del acreedor y, como tal atributo, susceptible de renuncia, no utilización o periodificación en el tiempo. Así, puede perseguir, primero, una cuota y, luego, las restantes.

7.º Los derechos fundamentales del acreedor en las obligaciones solidarias —solidaridad pasiva— con el *ius variandi* y el derecho de elección, y la utilización del derecho de elección no supone la renuncia a la solidaridad preexistente —aunque reclame sólo parte de la deuda— como sostienen CAFFARENA y GUILARTE (24). Y la solidaridad pasiva —añade CAFFARENA—, por otro lado, no constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario según declara una permanente jurisprudencia (25).

8.º CARBONELL y NAVARRO, por último, al comentar las Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989 (26), han criticado las afirmaciones de que la cancelación parcial de la hipoteca «solidaria» puede «concentrar el gravamen de forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca», y que dicha hipoteca «no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños», fundamentándose para ello en el contenido de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, que la Dirección General utiliza para mantener su interpretación.

Para ambos autores el artículo 122, en relación al 125, lo que «pretenden es robustecer la posición del acreedor hipotecario, siendo colorario de lo establecido en el artículo 1.169 del Código Civil: el acreedor no puede ser compelido a aceptar pagos parciales ni a otorgar cancelaciones parciales, pero si quiere puede hacerlo», como se desprende en la doctrina de la opinión de

(24) Véase CAFFARENA, *op. cit.*, comentario al artículo 1.144, pág. 137.

Para CAMY, sin embargo, el artículo 217 del Reglamento Hipotecario excluye la aplicación del 1.144 del Código Civil (*op. cit.*).

(25) *Op. cit.*, pág. 138.

(26) Que excluyen la cancelación parcial de hipoteca devenida solidaria —división al gravamen— y otorgada por el acreedor hipotecario sin el concurso de los restantes deudores con el fin de liberar una finca resultante de la división de toda carga por entender que dicha cancelación afecta no sólo al acreedor y al deudor interesados, sino también a los demás deudores, creando relaciones jurídicas complejas con recíprocos derechos y obligaciones, para evitar la distribución no equitativa de la hipoteca entre las nuevas fincas, que supondrá un perjuicio indudable para los deudores que no intervienen en dicha cancelación parcial, ya que se puede concentrar el gravamen sobre determinada finca de forma arbitraria o desproporcionada.

En realidad se refieren al concurso de los demás propietarios de las fincas resultantes de la división, tengan o no la condición de deudor, pues se trata de distribuir la carga que pesa sobre sus respectivas fincas.

CAMPUZANO y ROCA SASTRE. Postura que acentúa el artículo 123 «cuando admite que por decisión unilateral y libérrima del acreedor “se concentre el gravamen” en trance de ejecución sobre una sola finca. Tal concentración no es arbitraria, sino reglada, ni es desproporcionada, porque ni la Ley señala proporción alguna en que deba repartirse el gravamen, ni esta cuestión admite reglas generales». Así, añaden, «cuando el acreedor adquiere por cualquier título» una de las fincas hipotecadas, la cancelación opera vía confusión de derechos. Y «se produce —por su parte— la concentración en el caso, más hipotético que real, de destrucción de una de las porciones de la finca hipotecada». Realidad —dicen— que permite no sólo la cancelación parcial por pago parcial, sino «por simple renuncia». Situación que se reproduce en el de la «anotación de embargo sobre varias fincas». «La cuestión relativa al definitivo reparto del gravamen entre los titulares de los diversos fragmentos de finca es, a nuestro juicio, totalmente extrarregistral» y «además no admite soluciones generales». Los «titulares de las fincas hipotecadas no son deudores solidarios. No hay, en principio, relación jurídica alguna entre ellos. Cuando cada uno de ellos adquirió su finca, conocía la existencia de la hipoteca y los riesgos que asumía» (27).

9.º En definitiva, la atribución al acreedor de la facultad de ejecutar unitariamente una hipoteca —art. 123 de la Ley, 217 y 218 de su Reglamento— no lleva consigo el impedimento de la admisión de pagos y cancelaciones parciales, ni mucho menos de ejecuciones parciales, con independencia de la naturaleza solidaria o mancomunada de la obligación garantizada tanto en el supuesto de la Resolución de 1915, *sensu contrario* (28) como en el de la Resolución de 1989 (29).

Y conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, éstas son mis conclusiones sobre el asunto objeto del presente dictamen, que sujeto a opinión mejor fundada.

LUIS M.ª CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

(27) *Op. cit.*, págs. 1276 y sigs. En el supuesto de la Resolución de 1989 el consentimiento —señalan— de la aceptación del acreedor de la distribución de la hipoteca en proporción a las cuotas de cada finca por razón del régimen de propiedad horizontal «se infería del hecho de que se daba carta de pago por una cuantía equivalente a la de la cuota en el crédito local, de modo que bien pudo la Dirección entender que, implícitamente, se estaba consintiendo tal distribución» (pág. 1284).

(28) Como hemos visto, esta Resolución exige la previa distribución de la responsabilidad entre las cuotas indivisas de una finca por tratarse de obligaciones mancomunadas simples y, para nosotros, aun en el supuesto excepcional del artículo 217 del Reglamento —y en el 218, de igual suerte— la ejecución y la cancelación parcial cabrían, ya que dicho artículo no restringe, sino que concede facultades al acreedor.

(29) Que como plantean CARBONELL y NAVARRO, no llega a dar una interpretación totalmente satisfactoria en el caso de división material de la finca hipotecada, si bien marca el camino de la distribución porcentual, en el supuesto del régimen de propiedad horizontal, de una forma implícita o casi automática cuando el pago parcial se acepte en proporción a la cuota, y que tratándose de la excepción del artículo 217, muestra la viabilidad que respecto de la hipoteca solidaria considera. Solución acorde con los comentarios de ambos autores sobre confusión de derechos y concentración de gravamen.