

CANCELACION PARCIAL DE HIPOTECA SOBRE FINCA SEGREGADA: NO PROCEDE SIN CONSENTIMIENTO DE LOS RESTANTES TITULARES DE LAS FINCAS RESULTANTES DE LA MATRIZ. (RESOLUCIÓN DE LA D. G. R. N. DE 12 DE FEBRERO DE 1988).

Objeto.—Cancelación de la hipoteca respecto a una finca resultante de segregación sin previa distribución de la responsabilidad.

Partes.—Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda y Registrador de la Propiedad de Archidona.

Acuerdo.—Desestimar el recurso.

Disposiciones legales examinadas.— Artículos 1.084, 1.085, 1.087, 1.144, 1.145, 1.146, 1.837 y 1.844 del Código Civil; 14 de la Compilación de Galicia; 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, y Resolución de 17 de marzo de 1969.

Doctrina.— No procede la cancelación de hipoteca parcial sobre finca segregada cuando no se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria y no prestan su consentimiento los restantes titulares de fincas resultantes de la matriz sobre la que se constituyó la hipoteca.

Hechos.—Constituida hipoteca en garantía de un préstamo mutuo sobre varias fincas sobre las que se distribuyó la responsabilidad hipotecaria, se procede a la segregación de varias nuevas fincas de una de ellas, sin efectuar una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria. Por la entidad acreedora se otorga escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que se confiesa recibida determinada cantidad del préstamo y libera de responsabilidad hipotecaria a dos fincas segregadas, «sin perjuicio de la subsistencia de la hipoteca sobre las demás fincas, por la cantidad que queda por satisfacer».

Presentada en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota:

«Suspendida la cancelación parcial solicitada en el precedente documento, porque, de conformidad con los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria, al no haberse convenido voluntariamente, al verificar las segregaciones, la distribución de responsabilidad entre las fincas resultantes, no procede exigir la liberación de ninguna de ellas; todo ello de acuerdo, igualmente, con el principio de indivisibilidad de la hipoteca, sancionado en el artículo 122 de dicho texto legal.—Archidona, 21 de noviembre de 1986.—La Registradora, Pilar Martín Moya.»

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la nota del Registrador, fundándose en que nuestra legislación hipotecaria se encamina a favorecer el crédito territorial, en los artículos 122, 123 y 124 de la Ley Hipotecaria, 221 del Reglamento y 1.860 del Código Civil y que en virtud de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento y 1.876 del Código Civil, enlazados con los artículos 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria, carecería de consistencia la petición realizada y que al no haberse solicitado la correspondiente nota marginal del artículo 144 de la Ley Hipotecaria es inadecuado extenderla en este caso concreto de oficio, por lo que la ausencia de las partes interesadas hace ortodoxa la calificación del Registrador.

Fundamentos de Derecho.— Vistos los artículos 1.084, 1.085, 1.087, 1.144, 1.145, 1.146, 1.837 y 1.844 del Código Civil; 14 de la Compilación de Galicia; 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de 17 de marzo de 1969.

1. La cuestión de decidir se plantea en relación con una hipoteca que grava, por determinada cantidad, una concreta finca que, después, es objeto de diversas segregaciones, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria. ¿Puede el acreedor hipotecario, por sí solo, al cobrar una parte de la cantidad garantizada por la

finca de procedencia, liberar de la hipoteca a algunas de las fincas resultantes de las sucesivas segregaciones?

2. Conviene, para resolver esta cuestión, precisar cuál es la situación de la hipoteca cuando, como en el supuesto, la finca se divide en varias, sin distribuir entre ellas el crédito hipotecario. Resulta entonces que un mismo gravamen hipotecario afecta a las diversas fincas resultantes de tal modo que el acreedor hipotecario puede, a su elección, exigir «la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez» (cfr. art. 123 de la Ley Hipotecaria), al modo que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (cfr. arts. 1.144, 1.084 y 1.837). Del hecho de que un mismo y único gravamen recaiga por el entero sobre cada una de las varias fincas se desprende que el derecho real de hipoteca no sólo produce relaciones jurídicas entre el titular del derecho real y cada uno de los dueños de las fincas resultantes de las segregaciones sino también entre los distintos dueños de estas fincas afectadas por el mismo gravamen. Si cualquiera de ellos hiciere el pago de la deuda garantizada, no se producirán los efectos ordinarios de la subrogación (lo que determinaría que el que paga, a su vez, pudiera exigir la cantidad íntegra contra cualquiera de las nuevas fincas); por efecto de las relaciones que la unidad de gravamen establece entre los diversos dueños de las fincas, el que de ellos pague la cantidad íntegra sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente (cfr. arts. 1.087, 1.145 y 1.844, y especialmente el 1.085 del Código Civil y también el art. 15 de la Compilación de Galicia).

3. El acreedor puede, si quiere, renunciar a sus derechos sobre cualquiera de las diversas fincas. Pero esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real —el de hipoteca— 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 (cfr. por analogía, el art. 1.146). Por razones análogas —no se puede disponer de derechos ajenos— hay que ratificar hoy la doctrina ya sentada por la Resolución de 17 de marzo de 1969: para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total se requerirá «además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, 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».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.— El problema planteado en esta Resolución es el relativo a la aplicación del principio de indivisibilidad de la hipoteca formulado por el artículo 1.860 del Código Civil y desarrollado por los artículos 123 a 125 de la Ley Hipotecaria.

La indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca, pues a ambas se refiere el artículo 1.860 del Código Civil, deriva de los principios de integridad e indivisibilidad del pago, como medio de extinción de las obligaciones, proclamado en los artículos 1.157 y 1.169 del Código Civil al decir que «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entrado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistiría» y que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las

prestaciones en que consista la obligación». Al constituir la prenda y la hipoteca garantías reales del cumplimiento de una obligación subsistirán íntegras (art. 122) e indivisibles aunque se divida la deuda, se reduzca la obligación o se fraccione (divida o segregue) el bien sobre el que se estableció la garantía.

En el supuesto que examino se ha procedido a la segregación y venta de varias parcelas de la finca hipotecada sin que se haya realizado la distribución de la responsabilidad hipotecaria. La Dirección General resuelve manteniendo la doctrina ya expresada en la Resolución de 17 de marzo de 1969, reproduciendo su último «considerando», en el que se recoge el fundamento de la Resolución: «en caso contrario, por el juego de la solidaridad, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular». Estamos, por tanto, ante una doctrina constante, reiterada incluso en una posterior Resolución, la de 27 de marzo de 1989, a la que también dedicaré este comentario por su indudable identidad.

La primera afirmación que hay que realizar es que estamos ante un supuesto con implicaciones civiles e hipotecarias y, por tanto, la consecuente obligación se centra en determinar en qué medida se influyen recíprocamente unas y otras. En aras de la sistematización conviene examinarlas independientemente:

1. *La división de la obligación*

El concepto adecuado es el de la modificación o novación de la obligación a la que el Código Civil dedica los artículos 1.203 a 1.213, aun cuando encontramos otros preceptos dispersos en su articulado.

La novación puede ser objetiva (variando el objeto de la obligación o sus condiciones principales) o subjetiva (por cambio de deudor o acreedor). Aquí no interesa la modificación subjetiva por cambio de deudor al tener lugar la aparición de una pluralidad de ellos o, en último caso, concurriendo inicialmente varios, por su sustitución.

El artículo 1.205 del Código Civil es terminante: «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor». Por tanto, jurídicamente no hay novación en tanto no preste su consentimiento el acreedor.

Lo expuesto no obsta a que durante la vida de la obligación o en el momento de su extinción se produzca una modificación de hecho del sujeto pasivo de la obligación. Estas modificaciones pueden ser voluntarias o necesarias:

a) Las voluntarias, a su vez, pueden producirse:

1.º Durante la vida de la obligación, por un cambio de deudor, que no produce el efecto propio de la novación (extinción de la relación obligacional con el deudor inicial) si no concurre el consentimiento de acreedor, tal y como lo declara el transcrito artículo 1.205 del Código Civil.

2.º En el momento de su extinción, supuesto del pago efectuado por persona distinta del deudor, recogido en el artículo 1.158 del Código Civil al decir que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor». Este pago tiene que aceptarlo el acreedor siempre que sea idéntico al estipulado (art. 1.166), íntegro (art. 1.157) e indivisible (art. 1.169) y se realice «en el lugar que hubiere designado la obligación» (art. 1.171).

b) Las modificaciones necesarias de la persona del deudor se producen por

su fallecimiento, ya que conforme al artículo 659 del Código Civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingue por su muerte», quedando el heredero que acepte pura y simplemente responsable de todas las cargas de la herencia (art. 1.003). Y así «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos» (art. 1.084), pudiendo «el coheredero que hubiese pagado más de los que corresponda a su partición en la herencia... reclamar de los demás su parte proporcional» (art. 1.085).

Con relación al supuesto que aquí nos interesa, modificación subjetiva de la obligación por ampliación del círculo de obligados o por sustitución, debe destacarse que si en el momento de contracción de la obligación no se previó y reguló, por voluntad de las partes, tal supuesto, la nueva situación es irrelevante para el acreedor. Es frecuente la constancia en las escrituras de hipoteca de cláusulas que prevén la solidaridad en el caso de adquisición de la finca y subrogación en la hipoteca por el comprador, no quedando liberado el primitivo deudor de los débitos producidos.

En definitiva, el acreedor ante la cesión de la deuda, sin su consentimiento, conserva intactas todas sus acciones e íntegros sus derechos frente a aquel con quien contrató. En la relación interna de los deudores podrá, sin embargo, establecerse el régimen de solidaridad o mancomunidad para la satisfacción de la obligación. Es plenamente aplicable la disposición del artículo 1.137 del Código Civil, en virtud del cual la solidaridad no se presume.

Con lo expuesto, quiero destacar una primera conclusión, evidente en nuestro Ordenamiento: la división o cesión de la deuda operada sin el consentimiento del acreedor no le afecta.

2. *La división de la finca hipotecada*

La legislación hipotecaria sienta el principio de la indivisibilidad del derecho real de hipoteca en su artículo 123. El Código Civil en su artículo 1.860 declara que «la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor».

Realmente se puede decir que la protección del derecho real de hipoteca se realiza en nuestro Ordenamiento a través de tres principios:

1.º Principio de integridad de la hipoteca, formulado por el artículo 122 de la Ley Hipotecaria al decir que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido».

2.º Principio de solidaridad excepcional de la hipoteca en los supuestos de posterior división de la finca hipotecada. El artículo 123 de la Ley Hipotecaria dice que «si una finca hipotecada se divide en dos más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez».

3.º Principio de indivisibilidad, formulado por el artículo 1.860 del Código Civil.

Hay un evidente paralelismo entre los requisitos del pago, antes referido, y las garantías de la hipoteca, como no podía ser menos dado su carácter de derecho real accesorio de una obligación.

Los principios expuestos tienen cada uno un diferente contenido. La integridad supone que la hipoteca no sigue las vicisitudes ni de la obligación ni de la cosa, siempre que estas vicisitudes no sean totales. El carácter de integridad es una consecuencia de su indivisibilidad estructural. No existe la fracción o cuota de hipoteca con relación a la obligación y sin perjuicio de que evidentemente puede constituirse la hipoteca a favor de una pluralidad de acreedores en régimen de solidaridad o mancomunidad activa.

La solidaridad excepcional es una solución no adoptada en todos los Ordenamientos. El artículo 833 del Código Civil suizo impone el prorrateo de la responsabilidad hipotecaria si el acreedor no consiente la distribución, atribuyéndole el derecho a declarar vencida la hipoteca si no se conforma con el prorrateo o distribución.

Nuestra legislación hipotecaria exige la distribución de la responsabilidad cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito (art. 119 Ley Hipotecaria) pero repercute en el deudor y en los terceros adquirentes las consecuencias de la división sin el consentimiento del acreedor a la distribución de la responsabilidad. Obsérvese que la distribución inicial del crédito hipotecario es, simplemente, una norma de protección del crédito territorial y de los terceros adquirentes, protección que hipotecariamente se expresa a través del principio de especialidad. El Registro publica derechos con especificación de su extensión y circunstancias.

La indivisibilidad de la hipoteca y de la prenda están expresadas en el artículo 1.860 del Código Civil, que recoge el supuesto auténtico de división: división del crédito y división de la deuda. En el primer caso, el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda no podrá «devolver la prenda sin cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos». En el supuesto de división de la deuda, tampoco podrá «el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo».

En la doctrina Gorla destaca que la indivisibilidad de la hipoteca no es el producto de un principio lógico superior o la consecuencia lógica de un determinado concepto de la hipoteca, sino que es un refuerzo de la garantía inspirado en razones prácticas de tutela crediticia. Así se recoge en el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.809 establece que la hipoteca «es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes afectados, sobre cada uno de ellos y sobre cualquiera de sus partes».

La Resolución en examen se ocupa fundamentalmente del que he denominado principio de solidaridad excepcional. En el supuesto de hecho resuelto esta norma de protección del derecho real de hipoteca se vuelve contra el propio destinatario de la misma, el acreedor hipotecario. Segregada parte de la finca hipotecada y vendida se deniega la cancelación de la hipoteca que consta sobre la misma. El fundamento alegado para la Resolución acordada no es otro que la concentración del gravamen «en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular». Así se recoge reiterando textualmente la Resolución de 17 de marzo de 1969. Esta última Resolución tiene a su vez precedente en la Resolución de 12 de julio de 1945 que declara que el principio de indivisibilidad de la hipoteca puede sufrir atenuaciones al permitir a las partes el artículo 123 de la Ley que renuncien a las consecuencias que del

mismo se derivan, y como en todo momento es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad claramente manifestada en este sentido no debe encontrar obstáculos y sí producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un trozo de finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación.

La Resolución en estudio señala que la renuncia del acreedor «no puede tener sobre esa finca como efecto la cancelación de un derecho real, el de hipoteca, que y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas, no sólo confiere facultades al acreedor sino también a los demás dueños (cfr. por analogía, el art. 1.146 del Código Civil)».

La decisión adoptada entiendo que no es acertada o, al menos, no está suficientemente fundamentada.

1.º Todas las disposiciones que hemos examinado, junto con el artículo 125 de la Ley Hipotecaria, constituyen normas de protección del derecho real de hipoteca que pretenden evitar el desmerecimiento que una acción del deudor pueda ocasionar a la hipoteca. La división de la finca hipotecada es una *res inter alios acta*, que no afecta al acreedor hipotecario, pues su *hipoteca est tota in toto et in qualibet parte*.

2.º Si dividida la finca hipotecada y vendida a un tercer poseedor el acreedor ejecuta su hipoteca en virtud del artículo 123 de la Ley Hipotecaria podrá dirigirse contra ella por la totalidad de la suma asegurada. El tercer poseedor no tendrá otros derechos que los que le confiere la Ley Hipotecaria y su Reglamento:

a) Deberá ser requerido de pago en el procedimiento ejecutivo, conforme al artículo 126 de la Ley Hipotecaria, que dispone que «podrá el acreedor reclamar de éste (el tercer poseedor) el pago de la parte de crédito asegurada (en este caso la totalidad, en virtud del principio de solidaridad excepcional) con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario». De igual modo en el procedimiento extrajudicial, conforme al artículo 234, 2.º, del R. H. Y en el judicial sumario tiene derecho a ser notificado siempre que hubiere adquirido con anterioridad a la nota acreditativa de la expedición de certificación de cargas. (art. 131, regla 5.ª).

b) El tercer poseedor podrá adoptar diversas actitudes: pagar, desamparar los bienes, oponerse o una actitud pasiva con las diversas consecuencias establecidas en los artículos 126, 132 y 134 de la Ley Hipotecaria, y 143, 222, 223, 224, 231 y 236 de su Reglamento.

c) Sin embargo, el tercer poseedor no ostentará otra posibilidad de subrogación que la que le confiere el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, para el supuesto de que hubiese satisfecho alguna carga o gravamen anterior o preferente al crédito del actor.

3.º El tercer poseedor ha adquirido la finca, en virtud de la publicidad material del Registro de la Propiedad, con conocimiento del gravamen hipotecario que sobre la misma pesa, estando protegida la adquisición, en virtud de la fe pública registral, sólo con las limitaciones y cargas con que consta inscrito el derecho de su transmitente.

El mismo principio debe predicarse para los terceros acreedores.

4.º La renuncia de derechos no puede hacerse en perjuicio de acreedores del renunciante (art. 1.001 Código Civil), pero en ningún caso está limitada en virtud de causar posibles perjuicios a acreedores del beneficiario.

5.º No existe ningún perjuicio para los terceros acreedores de las restantes partes de la finca matriz que ven concentrarse sobre las mismas el gravamen hipotecario. Cuando adquirieron sus derechos o anotaron sus embargos conocían el estado de cargas.

6.º Supone una restricción al crédito territorial impedir la cancelación de alguna de las fincas divididas, que estaría demorada hasta que se otorgase y consintiese la cancelación total.

7.º La Resolución de 23 de febrero de 1929 proclama que la transmisión de parte de finca hipotecada como libre de cargas por haber concurrido el acreedor hipotecario y prestado su consentimiento es una liberación de carácter jurídico similar a la remisión de la solidaridad pasiva, que no altera la extensión del crédito asegurado ni implica la constitución de una hipoteca sobre el resto de la finca que sigue gravada, siendo inscribible la escritura de venta de la finca segregada libre del gravamen hipotecario.

8.º Los efectos de la solidaridad pasiva legal, establecida por la L. H. en el artículo 123, no producen entre los adquirentes de las fincas divididas ni los efectos de la solidaridad pasiva convencional (art. 1.146 del Código Civil) ni los efectos de la fianza (art. 1.844) ni los de la solidaridad hereditaria (art. 1.084).

Sus efectos son puramente reales, para que no se pervierta el derecho real de hipoteca tal como fue constituido. Entre los terceros poseedores de las fincas resultantes de la división no existe relación alguna, puesto que su derecho fué adquirido con la hipoteca que el Registro publicaba.

9.º Si en lugar del supuesto contemplado en la Resolución, el acreedor ejerce el derecho de ejecutar la hipoteca por la totalidad de la responsabilidad garantizada contra una de las fincas resultantes de la división se produce el mismo efecto que se pretende evitar: la concentración del gravamen.

10. Los derechos de los terceros acreedores en ningún caso se ven afectados pues serán notificados (art. 131, 5.º L.H. y 1.490 L.E. Civil) para satisfacer el crédito antes del remate o intervenir en el avalúo y subasta de los bienes.

En conclusión la solución adoptada por la Resolución en estudio está motivada en una posibilidad («puede concentrarse»), razón de ser que debe contemplar el legislador y nunca el juzgador. Obsérvese, además, que la Resolución comentada declara que el tercer poseedor que pague la cantidad íntegra «sólo podrá reclamar de los demás lo que le corresponda proporcionalmente». No se establece que criterio proporcional servirá para esa distribución. Las partes de fincas resultantes pueden tener valores diferentes que no permitan una distribución en función de su cabida. Puede ser, y normalmente así será, que el tercer poseedor, contemplando el gravamen que recae sobre la finca, haya procedido a descontar o retener el precio de remate (art. 118 de la L.H.). En definitiva no existe en nuestro Ordenamiento soporte legal ni cauce procesal para sostener y exigir que se produce una relación entre los posteriores adquirentes de las fincas divididas. La única relación que surge será la existente entre el deudor que vendió la finca y la dividió y el tercer adquirente y, dicha relación, se regulará por lo que conste en el correspondiente documento de compraventa. Como he expuesto, el artículo 118 de la Ley Hipotecaria prevee que el tercero se haya subrogado o que haya descontado o retenido el importe de la deuda. También es posible que ninguna de estas actitudes haya adoptado o que la subrogación, descuento o retención

hayan sido parciales. Pero en cualquier caso lo que no se prevé en la Ley Hipotecaria es un mecanismo de subrogación activa en la hipoteca. La Resolución únicamente cita en los «vistos» los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, que no lo preveen. Este mecanismo de subrogación activa indudablemente tampoco está regulado para los supuestos en que no haya división. El tercer poseedor de finca hipotecada puede adoptar las posiciones y tiene los derechos a que antes nos hemos referido. Pero en ningún caso, ejecutada la hipoteca, surge en favor del mismo una acción real contra el deudor. Indudablemente, no desconozco la existencia de una relación obligacional recogida en el artículo 1.158, párrafo segundo, del Código Civil, al decir que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad». La existencia o no de derecho de repetición vendrá determinada, como he expuesto, por lo pactado por deudor y tercer adquirente en la escritura de compraventa.

Por lo que respecta a los terceros acreedores, su posición está siempre potencialmente afectada por la hipoteca, que actúa en régimen de solidaridad excepcional sobre las parcelas resultantes de la división. Y a ello deben atenerse los embargos practicados. La posible confabulación entre el deudor y el acreedor que libera alguna de las fincas no es óbice para denegar la cancelación solicitada. Tal actuación debe ser demostrada y en ningún caso un posible fraude puede ser causa de denegación de asientos registrales, pues el Registrador califica, limitadamente, por lo que resulta del Registro y del documento presentado.

La Resolución comentada se reitera en la de 27 de marzo de 1989, con la particularidad de que en ella se contempla un supuesto de cancelación de la hipoteca sobre un piso de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la constitución de la misma sobre la totalidad del edificio.

La argumentación de la Resolución es idéntica a la que sirve de fundamento a la que es objeto de este comentario. Debo destacar, sin embargo, que el supuesto contemplado está modalizado por la circunstancia de que la liberación del piso se realiza en relación con la cuota que ostenta en el régimen de propiedad horizontal.

La Resolución cita en los vistos los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario y en su fundamentación de derecho cita los artículos 1.839 y 1.212. Ambas disposiciones regulan la subrogación en el crédito bien en virtud de un negocio que opera la novación (art. 1.212) bien a través de un contrato de fianza (art. 1.839). Ninguno de ambos supuestos es aplicable al caso en estudio. Ambos exigen un negocio jurídico concreto en el que presta su consentimiento el acreedor. Así se deduce claramente del artículo 1.212 («La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de la hipoteca») y se deriva, en relación con el artículo 1.839 («el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor»), de una interpretación sistemática de los preceptos que regulan la fianza, pues para que se produzca tal efecto la fianza tiene que haber sido constituida con conocimiento, al menos, del acreedor (arts. 1.828, 1.829, 1.842, 1.850 y 1.853).

En esta última Resolución, comentada «al hilo» de la primera, existe sin embargo una evidente fundamentación para la denegación de la cancelación solicitada. El artículo 218 del R. H. regula la hipoteca sobre la totalidad del edificio y prevé la forma en que ha de practicarse su inscripción. Su último párrafo dispone que «el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho en

estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio». Se establece por tanto una excepción al principio de solidaridad excepcional formulada por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. La división es inoperante, a todos los efectos, para el acreedor que ha constituido la hipoteca sobre un objeto único: el edificio en su conjunto. El Reglamento Hipotecario le exige que sea consecuente con ello, imponiéndole que su actuación se refiera siempre a la totalidad del mismo.

Llama la atención en la Resolución la posibilidad que ofrece el fundamento de derecho número 3. En él se establece que «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 en la distribución de la responsabilidad 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 hasta la participación en las cargas».

Esta distribución unilateral es rechazada por el Presidente de la Audiencia que en su Auto destaca que «no puede equipararse la aceptación de la cuota de participación con la aceptación de la distribución del crédito hipotecario, ya que cuando la Ley acude a la cuota para distribuir la responsabilidad, lo hace frente a la obligación que, por no ser susceptible de indivisibilidad (art. 9, 5º, de la Ley de Propiedad Horizontal), trasciende al conjunto de la comunidad horizontal y, en cambio, con la distribución del crédito, lo que se lograría es individualizar y segregar una responsabilidad, trasladándola a los propietarios individuales..., sirviendo la cuota únicamente a efectos de distribución *inter partes* de la responsabilidad (art. 1.145, 2.º, del Código Civil)».

En definitiva, dos interesantes Resoluciones que ponen de manifiesto el entrecruzamiento del Derecho Civil y del Derecho Hipotecario, entrecruzamiento en el que, en materia de hipotecas, debe primar la sustantividad, a efectos registrales, de las relaciones reales.

IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA