

Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Evolución histórica de los principios básicos informantes del derecho de hipoteca:* A) Derecho romano: 1) Sistema de responsabilidad personal. 2) Sistema de garantía real. 3) La fiducia y la prenda, antesala de la hipoteca. 4) La hipoteca en sentido estricto: carácter solidario. 5) La indeterminación y la solidaridad favorecidas por la clandestinidad del sistema. B) Derecho histórico español hasta el siglo XVI: 1) Hasta las Leyes de Partidas. 2) Legislación de Partidas. 3) Legislaciones forales. 4) Conclusiones de este período. C) Desde las Leyes de Toro a la primera Ley Hipotecaria: 1) Hasta el establecimiento de los Oficios de Hipotecas. 2) La Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768. 3) Los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851. 4) La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.—III. *Vigencia actual de los principios básicos de la hipoteca definidos en la Ley Hipotecaria:* A) La hipoteca solidaria y la regla de distribución: 1) Concepto y caracteres de la hipoteca solidaria. 2) Fundamento de la regla de distribución. 3) Derecho comparado: a) Derecho alemán. b) Derecho suizo. c) Portugal. d) Francia. e) Italia. 4) Nuestra posición. B) La hipoteca solidaria en origen: 1) Pacto estableciendo la solidaridad de la hipoteca. 2) Carácter solidario de la hipoteca hasta la aparición de terceros. 3) Hipoteca por todo el valor de la finca. 4) Hipoteca subsidiaria o condicional subsidiaria. 5) Hipoteca cambiaria: a) Una sola letra con hipoteca sobre dos o más fincas. b) Varias fincas en garantía del pago de varias letras. c) Regla de distribución y fijación de las letras de que responde cada finca. C) Los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario, ¿son casos de hipoteca solidaria? 1) El artículo 217. 2) El artículo 218. 3) Una cuestión común a ambos. D) Hipoteca solidaria sobrevénida y alteraciones al principio de distribución de la responsabilidad: 1) Agrupación de fincas hipotecarias: a) Régimen legal. b) Derecho comparado. c) Opiniones doctrinales. d) Postura de la Dirección General. e) Nuestra posición: 1.º Pacto de extensión de la hipoteca a las fincas agrupadas: a') Lo que se incorpora a la finca es un elemento común o procomunal. b') ¿Cabe incorporar como elemento común una finca hipotecada? 2.º Ejecución de finca hipotecada agrupada: a') Si la hipoteca se constituyó con pacto de extensión a las fincas que se incorporen. b') Si no hay pacto o no produce efectos. 2) División de fincas hipotecadas: a) Régimen legal. b) Opiniones doctrinales. c) Postura de la Dirección General: 1.º Naturaleza de la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario. 2.º Ante una eventual adjudicación del crédito hipotecario, ¿dónde debe

inscribirse? 3.º) Efectos de la división para el acreedor que no la ha consentido. 4.º) Cancelación parcial de la hipoteca. 5.º) ¿Puede el acreedor, por sí solo, cancelar parcialmente? d) Nuestra opinión: 1.º) División de finca hipotecada e hipoteca solidaria: a') ¿Puede el acreedor perseguir la finca primitiva? b') Persecución de todas las fincas resultantes. c') Persecución de solo alguna o algunas por la totalidad del crédito. d') Persecución de solo alguna o algunas por parte del crédito. e') Pago voluntario por el tercer adquirente de la totalidad del crédito. f') Pago en vía ejecutiva. 2.º) Repercusiones registrales: a') ¿Dónde queda inscrita la hipoteca? b') ¿Dónde se inscribe una eventual adjudicación o cesión del crédito hipotecario? c') ¿Se puede cancelar parcialmente la hipoteca? 3.º) Repercusiones procesales: a') Persecución de la finca originariamente hipotecada: a'') Inexistencia de valor a efectos de subasta. b'') Hipoteca de cuota indivisa estando libres las demás cuotas. c'') Si el adjudicatario de la porción gravada decide no inscribir la finca resultante. d'') Si hipotecado un elemento de una propiedad horizontal se desvinculase un elemento común. e'') Persecución del resto de las fincas. b') Cancelación de la hipoteca ejecutada. c') ¿Dónde se inscribe el Auto de adjudicación de la finca originaria? E) La igualdad de rango en la hipoteca: 1) La hipoteca en garantía de créditos pluripersonales: a) Terminología. b) Naturaleza. c) Ejecución y cancelación parcial de estas hipotecas. 2) Las llamadas hipotecas con igualdad de rango: su actualidad: a) El débito. b) La hipoteca: 1.º) ¿Es posible constituir una hipoteca unitaria en garantía de los distintos reconocimientos de deuda? 2.º) ¿Es posible constituir hipotecas distintas por cada reconocimiento pactándose la igualdad de rango? 3.º) Variantes de la hipoteca unilateral.

I. INTRODUCCION

Durante la discusión en el Parlamento del Proyecto que fue luego, en febrero de 1861, nuestra primera Ley Hipotecaria, y en cuyo artículo 119 se introducía como novedad el *principio de distribución* de responsabilidad entre las varias fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito, se suscitó una reñida polémica entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER (1).

Entendía el primero que con el sistema propuesto quedaba destruido o, al menos, modificado el *principio de indivisibilidad* de la hipoteca, por cuya razón impugnó el artículo.

El señor PERMANYER le contestó que aquél confundía *indivisibilidad* con *solidaridad*. La solidaridad de las obligaciones se da cuando un solo crédito se asegura en garantía con varias fincas, de tal modo que responden todas y cada una por el todo del crédito asegurado, y esto —decía el señor PERMANYER— es lo que el Proyecto ha condenado y prohibido en beneficio del crédito territorial. En cambio, la Comisión expresaba que el principio de indivisibilidad de la hipoteca, secular desde los romanos, consistente en la subsistencia de la misma, mientras no haya sido

(1) Está detallada en el tomo I de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, II Congreso Internacional de Derecho Registral, Editorial Castalia, 1974. págs. 157 y ss.,

cumplida la obligación, sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, no podía ser objeto de disputa y por ello ya lo había adoptado el Proyecto de Código Civil (2).

Por su parte, don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ (3), que fue comentarista de la Ley de 1861 y de su reforma de diciembre de 1869, al analizar el nuevo texto, precisaba que aunque se ha querido ver en el artículo 119 el *principio de especialidad*, adoptado por la Ley, frente al tradicional *principio de generalidad*, no es ese principio el que consagra, sino el *principio de determinación* de la hipoteca: la especialidad significa que se hayan de hipotecar bienes inmuebles o derechos reales individualmente y no en general; la determinación, que si es una sola la finca o derecho real hipotecado, se marque la cantidad porque haya de responder, y si son más, se prefije la porque cada uno haya de quedar obligado.

En cualquier caso, había una exigencia previa, sin la cual las nuevas ideas resultarían inútiles: «Para llevar a cabo tan grave reforma, se necesita dar a los registros de hipotecas una organización adecuada al importante y delicado servicio que tienen por objeto», decía el Ministro don JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ DE LA HOZ, al presentar al Congreso el fallido Proyecto de 1858 (4). Y, como ya había expresado don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA (5), tenía que partirse del *principio de publicidad* de las hipotecas, desconociéndose para lo sucesivo las hipotecas generales y clandestinas y estudiar la conveniencia de suprimir las hipotecas legales.

Ahora bien, a esta precisión técnica de los conceptos o principios básicos señalados —objeto de momento de simple apunte y en los que trataremos de profundizar más adelante—, es decir, distribución frente a indivisibilidad, especialidad frente a generalidad, determinación frente a solidaridad y publicidad frente a clandestinidad, se llega tras una larga evolución histórica en la que han jugado factores condicionantes del concepto actual de hipoteca e incluso del alcance sustantivo del propio Registro de la Propiedad. Responde, por otra parte, a la necesidad de cubrir un concreto objetivo que, como veremos, se reitera, casi obsesivamente, en los trabajos preparatorios, informes y discusiones que desembocaron en nuestra primera Ley Hipotecaria. Nos referimos a la necesidad, como expresa el Preámbulo, de «proporcionar sólida base al crédito territorial, hoy deprimido».

(2) Se refería al artículo 1.798 del Proyecto de 1851.

(3) *Legislación Hipotecaria Española*, tomo II. José L. Guevara. Madrid, sin fecha. Páginas 222 y ss.

(4) *Leyes Hipotecarias y Registrales*, cit., pág. 117.

(5) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de don FLORENCIO GARCÍA GOYENA. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza, 1974, tomo II, pág. 927.

Pero ¿cómo y, si es posible, por qué se ha llegado a la definición formal de este paquete de principios o conceptos básicos informantes del derecho real de hipoteca, que, como dice RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ (6), con sus actuales perfiles, como tipo definitivamente integrado, no aparece hasta la Ley Hipotecaria de 1861?

Este va a ser un primer intento en nuestro trabajo: tratar de hacer un análisis, desde los orígenes, del cambio operado en la figura central de un sistema de garantías que partiendo de la idea de responsabilidad personal y solidaria, en su sentido más literal y primitivo, pasa por un largo período histórico de coexistencia de la responsabilidad personal con la responsabilidad real, general y solidaria —en el que prima, sobre toda otra consideración, la protección a ultranza de los intereses de los acreedores—, para desembocar en un sistema de alta perfección técnica, apoyado en los conceptos de especialidad y publicidad, y en el que la noción de solidaridad se convierte en un residuo histórico, puesto que el fundamento ya no es exclusivamente la protección del acreedor, sino el impulso y vigorización del crédito territorial.

Este bosquejo, en el que pretendemos enlazar los principios básicos de la hipoteca con su circunstancia histórica, lo estimamos conveniente porque, como dice el propio BALLARÍN (7), la consecuencia jurídica representa, en todo caso, un juicio de valor, formulado desde un determinado nivel de civilización y con los límites de cierta cultura. Y para don ALFONSO DE COSSÍO (8), cuando de disposiciones normativas se trata, la promulgación es sólo noticia de nacimiento; la génesis hay que rastrearla en sentido retrospectivo, pulsando en la tensión Economía-Derecho.

De todas maneras, la aceptación de las nuevas ideas, lógicamente, no fue igual en todos los Códigos y Leyes Hipotecarias elaborados a partir del pasado siglo. Como tampoco lo han sido las valoraciones de la doctrina. A todo ello nos referiremos en su momento. Baste por ahora apuntar, como ya puso de relieve don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ, al comentar el artículo 121 de la primitiva Ley, que el sistema, al incorporar los principios de especialidad y determinación, aunque ventajoso para el crédito territorial, no lo es tanto para el primer acreedor hipotecario, porque hace más difícil el cobro de su deuda con la concurrencia de acreedores posteriores de la misma clase, con prelación sobre la cantidad que, por el mayor valor de las fincas, exceda de la que para su crédito se fijó a cada

(6) *La Hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 20.

(7) *Ob. cit.*, pág. 76.

(8) *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975, pág. 12.

una (9). Es decir, este comentarista, en el umbral mismo de la Ley que implantaba los nuevos principios, intuyó algo que un siglo después aparece inequívocamente confirmado: que en el contrato de hipoteca siguen mandando e imponiendo sus condiciones los acreedores prestamistas.

Y en este punto enlazamos con lo que pretendemos pueda ser, en alguna medida, fruto práctico de nuestro trabajo. No se trata de someter a revisión aquellos principios básicos que, después de más de un siglo de vigencia inalterada en este punto de nuestra legislación hipotecaria, no necesitan ninguna clase de particular apología. Esto queremos decirlo con toda claridad: aquellos principios y, en particular, el carácter excepcional de la idea de solidaridad en su aplicación a la hipoteca, deben ser mantenidos. Pero es indudable que tampoco podemos desconocer las circunstancias de la cambiante realidad a la que el Derecho debe servir y que tal vez exijan modalizar en algunos aspectos la aplicación de aquellos conceptos básicos, no todos institucionales, sino algunos, como la indivisibilidad de la hipoteca, mantenidos exclusivamente con la finalidad de favorecer a los acreedores (10).

Pensemos, de una parte, en la escasa aplicación de la idea de *segunda hipoteca*. Por encima de los principios y del deseo de vigorizar el crédito territorial, razones de orden financiero la convierten en objeto casi desconocido. Y las pocas que se inscriben suelen serlo como ampliación de garantía del mismo acreedor de la primera o solución desesperada y utópica para acreedores que no tienen otras posibilidades de cobro. Fuera de estos casos, son pocos los acreedores que prestan sobre fincas ya hipotecadas. Al contrario, procuran distribuir sus créditos entre el mayor número posible de fincas de sus deudores con el fin de cubrir, sin ningún riesgo, la suma asegurada. Con ello, la idea inicial del principio de distribución como factor de vigorización del crédito territorial, se vuelve contra sí misma y resulta inútil. La cláusula de prohibición de nuevas hipotecas, lugar común en las escrituras de préstamo hipotecario, aunque permanentemente rechazada por los Registradores, funciona, al menos, como efecto psicológico sobre los hipotecantes, temerosos de que su incumplimiento provoque una ejecución anticipada de la primera hipoteca. Pero es que, además, como dice VICENTE GUILARTE ZAPATERO (11), jurídicamente, la peor situación del segundo acreedor hipotecario se manifiesta claramente si tomamos en consideración que está supeditada a una posible resolución independiente de la voluntad de su titular y que,

(9) Obra y tomo citados, págs. 219 y ss.

(10) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV-1.º, págs. 192 y 193.

(11) *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1966, página 119.

inevitablemente, se producirá cuando la primera hipoteca vaya a la ejecución.

De otro lado, es patente la fundamental alteración operada en *la finca como elemento objetivo de la hipoteca* en su concepto jurídico. El concepto de predio, referido a la casa en su acepción tradicional y más especialmente a las fincas rústicas cultivables, como objeto de la garantía hipotecaria, si no ha sido prácticamente eliminado, al menos, ha pasado a representar estadísticamente una posición de segundo plano, ante los nuevos conceptos de finca surgidos de las Leyes del Suelo y del Derecho urbanístico: solar o parcela urbana; edificios en régimen de propiedad horizontal; propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo sobre sus elementos (12); conjuntos inmobiliarios, de iniciativa pública o privada, donde aparece superado no ya el concepto tradicional de finca material, sino el de finca especial de la propiedad horizontal, pues la pluralidad de fincas lo es en sentido material, es decir, hay varios edificios y varias parcelas y no ya pisos dentro de un edificio, y, además, una multiplicidad de titularidades (13); los llamados elementos procomunales (14); la configuración registral de las nuevas titularidades *ob rem* e incluso de las obligaciones *propter rem*, consecuencia de la existencia de servicios comunes (15); las nuevas fincas resultantes de la agrupación de elementos pertenecientes a edificios distintos e incluso sujetos a distinto régimen (16); las urbanizaciones con edificaciones adosadas, frente a la llamada propiedad horizontal tumbada (17); la inscripción de edificios en construcción o meramente proyectados, con la complicada red de relaciones jurídicas que empieza a manifestarse en la llamada fase de prehorizontalidad (18); la aparición de nuevas formas de garantía, ante la crisis de determinados títulos valores, como la letra de cambio, es decir,

(12) Puede verse el trabajo de PEDRO SÁNCHEZ MARÍN y PEDRO MARTÍNEZ CASTO sobre este tema en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 106, 1975, págs. 817 y ss.

(13) Estimamos de la máxima actualidad e importancia sobre esta materia el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, PABLO VIDAL FRANCÉS y JESÚS ALVAREZ BELTRÁN: «Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad», en el tomo *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, páginas 3 y ss.

(14) El tema está ampliamente tratado en el libro de JOSÉ PVEDA DÍAZ *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983.

(15) Además del trabajo citado de GARCÍA, VIDAL y BELTRÁN es fundamental la Resolución de 21 de octubre de 1980.

(16) Autorizadas por la Resolución de 27 de mayo de 1983.

(17) Entre otras, Resolución de 2 de abril de 1980.

(18) Resolución de 5 de noviembre de 1982.

la conocida como hipoteca cambiaria (19); las nuevas hipotecas unilaterales, a favor de una multiplicidad de acreedores, con pretendida igualdad de rango, etc.

Este simple apunte de problemas revela que estamos ante una nueva realidad, representativa, a su vez, de una nueva sociología de la convivencia, de la concepción de la casa como habitáculo y, de rechazo, de las relaciones de vecindad, que por todo ello se han hecho más interdependientes en el campo del Derecho.

Pero el problema jurídico no es nada más que el reflejo de la realidad económica fundamentalmente. Como dice RAFAEL ARNAIZ EGU-REN (20), la vieja concepción de la accesión del vuelo al suelo, que parte de la base del mayor valor de este último, pierde significación ante el coste económico y la permanencia de las edificaciones; lo que realmente se contempla como objeto de tráfico es algo más que el suelo: la *unidad urbana* terminada, que se desvincula claramente en muchas ocasiones de la superficie sobre la que se asienta. El objeto del Derecho se concibe más como un *espacio cúbico edificado o edificable*, que como un trozo de superficie, objeto de profundas modificaciones físicas y jurídicas hasta que es susceptible de edificación, surgiendo una serie de elementos, atribuibles unos a un titular individualizado y otros cuya atribución debe realizarse en régimen de comunidad.

Ante estas nuevas realidades jurídicas y económicas, puede fácil y razonablemente colegirse que la aplicación de aquellos principios básicos de la hipoteca pueda revelarse necesitada de modalidades que vengan a satisfacer el moderno tráfico jurídico y sus complejos intereses en juego. Pensemos, por vía de ejemplo, el supuesto tan habitual en que se opera con una o varias fincas ya hipotecadas que son objeto de profundas modificaciones físicas —agrupaciones, segregaciones, nuevas agrupaciones, declaraciones de obra nueva, nuevos edificios o locales con régimen específico, etc.—. La fácil declaración, general en la doctrina a la vista del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, de que para el primitivo acreedor o acreedores esas modificaciones es como si no se hubiesen producido, choca ante una compleja realidad jurídica y económica que desborda to-

(19) El tema de la hipoteca cambiaria ha dado lugar ya a una amplia bibliografía, recogida sustancialmente en nuestros trabajos siguientes, aparecidos en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: M. GONZÁLEZ LAGUNA: «La hipoteca cambiaria», núm. 533 de 1979, y A. MANZANO SOLANO: «La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio», núm. 546, 1981, y «Cancelación de la hipoteca cambiaria», núm. 552, 1982.

(20) «Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 560, enero-febrero de 1984, páginas 68 y 69.

talmente aquella idea, pensada principalmente, según creemos (21), para los casos de hipoteca de predios rústicos que, aunque sean objeto de modificaciones hipotecarias, mantienen íntegra su realidad física esencial y, por tanto, sin grandes alteraciones, su valor económico. En cambio, en el caso del ejemplo, que puede ser el de cualquier conjunto inmobiliario, se produce un claro desequilibrio que favorece a los primitivos acreedores hipotecarios, en perjuicio del crédito, no sólo territorial, sino del crédito que no busca más garantía que la personal del prestatario complementada con la simple información del contenido registral por alguno de sus habituales medios.

La CARTA DE ROMA, conclusiones del V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en la capital italiana en noviembre de 1982, declara en su punto 14 que «para evitar la exigencia de garantías desorbitadas respecto al importe de los préstamos, debe procurarse la valoración objetiva de los bienes, que conceda a los prestamistas la confianza necesaria e incrementa, en consecuencia, la capacidad de crédito del deudor en beneficio de éste y de la sociedad» (Declaración II: «Aspectos financieros del derecho real de hipoteca»).

En fin, el cuadro, brevemente expuesto, de problemas que, indudablemente, plantean un importante reto a algunas de las modalidades de aplicación de los principios o conceptos básicos afectantes al esquema tradicional del derecho real de hipoteca, creemos que justifica nuestro intento de bucear en las razones históricas de los mismos y de buscar, a la vista de esos problemas que la realidad de hoy plantea, fórmulas actuales de aplicación.

Como escribió TIRSO CARRETERO, es necesaria la confrontación de los principios hipotecarios con las más recientes orientaciones jurídicas, dándose prevalencia al problema sobre el sistema y superando la «aburrida polémica» entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses, que debe sustituirse por la jurisprudencia de problemas y la jurisprudencia de principios (22).

(21) Como dice RAFAEL BALLARÍN (*ob. cit.*, págs. 390 y 391) ya la disposición de 1768 se formula y promulga en el marco del reformismo agrario y la legislación desamortizadora de Carlos III, y con razón se ha señalado la conexión entre la Ley de 1861 y la legislación desamortizadora.

(22) «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *Revista de Derecho Registral*, CINDER, núm. 1, 1974, pág. 60.

II. EVOLUCION HISTORICA DE LOS PRINCIPIOS BASICOS INFORMANTES DEL DERECHO DE HIPOTECA

Quizá debamos empezar haciendo algunas aclaraciones:

— Que cuando hablamos de *principios* informantes del derecho de hipoteca, no nos estamos refiriendo necesariamente a los principios del sistema hipotecario en su conjunto, sino, más específicamente, a la suma de conceptos jurídicos, ya esbozados en la introducción, que en cada momento han constituido el perfil esencial del derecho real. Y decimos *necesariamente* porque si, v. gr., hablamos de *principio de publicidad*, aludimos a un principio general del sistema; pero si hablamos de *principio de indivisibilidad* o de *solidaridad hipotecaria*, nos referimos indudablemente a caracteres específicos del régimen de la hipoteca en un momento determinado.

Como precisa JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (23), en esta línea, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 concreta a la hipoteca el principio de especialidad, es evidente que su actuación, alcanza no sólo a la hipoteca, sino todo el ámbito de los derechos reales.

— Que no es nuestro propósito hacer una historia de la hipoteca, sino intentar extraer de esa historia —a partir de Roma y de nuestros Derechos históricos— aquellos datos que revelan la influencia dominante de unos u otros de los que hemos llamado principios básicos, según las condiciones económicas y sociales del momento, porque, como dice LACRUZ (24), los sistemas hipotecarios encuentran su razón de ser en la utilidad efectiva que prestan a la economía y a la sociedad del país.

En este intento de buceo histórico vamos a distinguir tres períodos: La fase del Derecho romano, que representa el punto de partida; nuestro Derecho histórico hasta principios del siglo XVI, porque, en nuestra opinión, es en este momento —que coincide con las Leyes de Toro, Cortes de 1505— cuando, por el incremento de las transacciones y de la vida económica general, se siente la urgente necesidad de creación de un órgano adecuado de publicidad que, lógicamente, resulta incompatible con las

(23) *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 738, Marcial Pons, 1982.

La teoría simplificadora de los principios acercaría ambos puntos de vista: Para ANGEL SANZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 31, Academia Matritense del Notariado) sólo hay dos principios comunes a todo sistema: la publicidad de los derechos y la seguridad del tráfico. Para ABELARDO GIL MARQUÉS hay un solo principio: el de organización del tráfico, que supone contemplar si la institución cumple la misión para la que fue creada, más allá de sus aspectos científicos («Crítica actual de los llamados principios hipotecarios», en *Revista de Derecho Registral*, editada por el CINDER, núm. 2, año 1974, págs. 134 y ss.).

(24) *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, 1968, págs. 62 y 63.

ideas que habían informado el derecho real hasta aquel momento, y un tercer período, hasta la publicación de la primera Ley Hipotecaria en 1861, en la que se consagran los conceptos hoy vigentes todavía. A partir de ese momento, no cabe ya hacer historia, sino solamente un análisis de la adaptación o no a los problemas de la vida actual. Esto es lo que intentaremos en la segunda parte de este estudio, sin pretensión, claro está, de agotar una problemática que se presenta extensa y en continuo cambio.

A) DERECHO ROMANO (25)

A diferencia de lo que ocurrió en Roma, en los *antecedentes griegos* encontramos un sistema bastante perfeccionado que es contrario a la afectación general y solidaria, porque en la época de mayor cultura, la hipoteca aparece organizada bajo tres bases o principios: identificación de la finca (*especialidad*), fijación de la suma asegurada (*determinación*) y *publicidad* (una columna situada en la finca atestiguaba la existencia del gravamen), aunque se trataba de una publicidad de carácter local y no existía un registro público.

En Roma, y como lógica consecuencia de su desenvolvimiento cultural, encontramos una primera fase de garantía personal y solidaria, a la que sigue otra de garantía real, dominada por las notas de *generalidad y solidaridad*, si bien el paso de una a otra ofrece las figuras intermedias de la fiducia y la prenda, origen de la hipoteca, con la que aparece confundida durante un largo período histórico, que en nuestro Derecho llega hasta las *Partidas*. Veremos por separado, brevemente, cada una de ellas.

1. *Sistema de responsabilidad personal*

Ofrece dos variantes, que se corresponden con las dos modalidades de este tipo de garantía primitiva: la primera, centrada exclusivamente en la persona del deudor (personal simple), que va desde los primeros tiempos de Roma hasta el año 428, en que se publica la *Lex Petilia Papiria de nexis*, y la segunda, en la que, con el deudor, se obligan como deudores solidarios o meros fiadores otras personas, que dura hasta los últimos tiempos de la República (personal compleja).

(25) Hemos seguido, principalmente, los siguientes textos: *La historia de la hipoteca*, que aparece en el tomo I de la ya citada obra de don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ, págs. 15 a 146; *Manual de Derecho Romano*, de JUAN PACCHIONI, Turín, 1935, versión española, tomo I; el *Digesto y las Instituciones*, de JUSTINIANO, texto en dos tomos de M. ORTOLÁN, Madrid, 1877.

En efecto, durante la Monarquía y los primeros años de la República, las XII Tablas regularon un procedimiento de ejecución personal —*personal*, en sentido literal— contra los deudores insolventes, que la historia ha calificado de feroz, pues implicaba la *manus injectio* o aprehensión por el acreedor, que podía vender a su deudor y hasta darle muerte. Y si los acreedores eran varios, podían partirlo en pedazos..., ¡y no cometían fraude, aunque las partes cortadas fueran más o menos grandes! (26).

Aquí nos encontramos ya con dos datos, dentro de la brutalidad y primitivismo del sistema: a) supuesta la posible división en partes del cuerpo del deudor insolvente, todas responden *solidariamente* del pago de las deudas, y b) estamos ante el más remoto antecedente conocido de división de *la cosa* ofrecida en garantía, por vía de ejecución. Y el hecho de que se hable de inexistencia de fraude, aunque las distintas partes de la división no estuvieran en proporción a las deudas, revela o apunta ya la idea de equivalencia entre la deuda y la respectiva parcela de valor del objeto o bien que sirve de garantía, que una vez superadas las concepciones sobre afección general e indeterminación, llevarán un día al principio de distribución de responsabilidad.

La segunda variante se da cuando con el deudor se obligan terceros de modo personal, directo e inmediato. Aquí parece estar el origen de la solidaridad personal y pasiva y de las cauciones o fianzas, garantías subsidiarias de terceros distintos del verdadero deudor.

2. Sistema de garantía real

La superación del sistema de responsabilidad personal se sitúa en la *Lex Petilia Papiria de nexis*, hacia el año 428 de la fundación de Roma, según el testimonio de TITO LIVIO. Por influencia del Derecho natural, se llega al principio de que son los bienes y no las personas los que deben responder inmediatamente de las deudas. Otros autores explican el cambio desde un punto de vista más jurídico, como una simple modificación

(26) El carácter sangriento del proceso establecido por la Tabla XII, *De rebus creditis*, era tal que algunos autores han querido explicarlo por vía simbólica, creyendo inconcebible tanta ferocidad. Pero AULIO GELIO, TERTULIANO y QUINTILIANO aceptan el texto al pie de la letra: si el deudor no pagaba en treinta días era conducido ante el Magistrado, *in ius ducito*, y si a pesar de ello no pagaba, el acreedor podía llevarle a su casa, encadenarle y ponerle hierros en los pies, aunque —eso sí— no podían exceder de 15 libras... Si durante los sesenta días siguientes a este secuestro no había acuerdo o transacción, el acreedor lo exhibía ante el Magistrado durante tres días de mercado, y, si aún no pagaba, podía venderlo, matarlo y hasta partirlo en pedazos.

del *nexum*: el deudor sólo podía empeñar *per aes et libram* sus bienes, pero no su persona (27).

En el sistema de ejecución forzosa o real, introducido por los Pretores, que coexistió con la primitiva personal, encontramos una forma de *garantía general y solidaria*. La *missio in possessionem* o *pignus praetorium* implicaba la transferencia de la posesión al acreedor de todos los bienes; como pago, podía venderlos, y esta venta se hacía en su conjunto y no especialmente o por lotes (*venditio bonorum*) (28).

No obstante, este procedimiento tenía graves consecuencias para la persona del deudor: la pérdida de su personalidad jurídica o *existimatio*, que pasaba al acreedor por el acto de adjudicación, y la Ley Julia le dio la posibilidad de evitarlo, si bien el deudor tenía que ceder voluntariamente todos sus bienes a los acreedores (*bonorum cessio*). A la cesión seguía la venta universal de los bienes, si bien, al conservar el deudor su personalidad, se mantenía íntegro el derecho de los acreedores a perseguirle de nuevo si adquiría otros bienes. Aunque el deudor de buena fe gozaba del beneficio de competencia (29), o derecho a quedarse con los bienes necesarios para su subsistencia, esto suponía una *responsabilidad general y solidaria*, permanentemente renovada.

Por último, con los dos procedimientos anteriores coexistió el de la prenda judicial (*pignus capio* o *pignus ex iudicata capio*), que se ofrece como importante excepción al principio de responsabilidad general y solidaria. Aquí es el Magistado quien, por medio de sus *viatores apparitores* o *executores*, embargaba los bienes necesarios para el pago de las deudas, incluso siguiendo un orden: muebles, inmuebles y créditos.

Esta forma de ejecución ofrece características propias que en el futuro adoptarán las leyes hipotecarias: *a)* sólo alcanza a la parte necesaria para cubrir la deuda; *b)* la ejecución se hace de cada cosa por separado y no en conjunto; *c)* ya no surge un acreedor considerado sucesor universal en vida del deudor, y *d)* el acreedor sólo entra en posesión de los bienes en caso de contumacia o fuga del deudor (30).

En realidad, como podemos observar, todos estos procedimientos no son propiamente garantías para el caso de incumplimiento, sino medidas

(27) Según el testimonio de GAYO el sistema se fue dulcificando desde la publicación de las *Leyes Juliae*, en las que el deudor insolvente ya no se convertía en esclavo, aunque se hallara en servidumbre, apremio menos vejatorio que el de las XII Tablas.

(28) La *missio in possessionem* no suponía la pérdida del dominio ni de la posesión civil de la cosa, sino sólo posesión natural (*Inst.*, Libro XX, Tít. I, Ley 26. *Digesto*, Libro XLIII, Tít. IV). No constituía, por tanto, un verdadero derecho real. Sin embargo, JUSTINIANO dio a la prenda-pretoria los mismos efectos que a la convencional.

(29) *Digesto*, Ley 1, Libro VII, Título LXXI.

(30) *Digesto*, Libro VIII, Título XXIII.

de ejecución en sí mismas. Falta en ellos un período previo, en el que la garantía es sólo una posibilidad que desaparece en caso de cumplimiento de la obligación.

3. *La fiducia y la prenda, antesala de la hipoteca*

En la fiducia romana aparece ya esa fase inicial de garantía. La responsabilidad deja de ser general y solidaria y aparecen las notas de *especialidad* e incluso de *determinación*, aunque, como vamos a ver, resultaba inútil en aras de lo que podía constituir un eventual apoyo al crédito del deudor.

Se trata, en cualquier caso, de una garantía desorbitada, ya que el deudor que ofrece la cosa en garantía a su acreedor tenía que transferirle el dominio quirritario, a través de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, con el pacto (fiducia) de que una vez pagada la deuda el acreedor debía devolverle el dominio de la misma cosa (*sub fiducia, sub lege remancipationis*). Y si el deudor no pagaba el comiso se extendía incluso a aquella parcela de valor en cambio que excedía del importe ya determinado de la obligación (*hyperocha*).

En realidad, la fiducia desbordaba la idea misma de fase de garantía y situaba la relación acreedor-deudor en el terreno del vencimiento anticipado.

El *pignus*, en cambio, no transmitía la propiedad de la cosa dada en garantía, sino sólo la posesión: se trataba más bien de un embargo preventivo que no permitía al acreedor ni quedarse con la cosa en pago ni venderla para cobrarse hasta que más tarde obtiene el *ius distrahendi*. La entrega de la cosa sólo tenía lugar en el *pignus real*, porque ante la dificultad de desplazamiento de ciertos bienes se desarrolló también el *pignus convencional* o meramente obligacional, que sería el origen de la hipoteca. En caso de incumplimiento el acreedor estaba protegido por el *interdicto Salviano* o *adipiscendae possessionis*, que le daba derecho a la *distractio pignoris*.

Sin embargo, tanto la fiducia como la prenda, aunque suponían un claro avance en la concreción de la garantía (*especialidad*) y en el alcance de la obligación asegurada (*determinación*), tenían graves inconvenientes.

En la fiducia, si el deudor no pagaba perdía la cosa, generalmente de más valor que la deuda u obligación, con lo cual, como decíamos, la *determinación* resultaba inútil; no podía rescatarla de un tercero, pues la cesión hecha por el acreedor, como dueño que era, no permitía el ejercicio de acciones reales; por último, el deudor, privado de dominio y posesión, no podía percibir los frutos de la cosa.

Similares eran los perjuicios que la prenda ocasionaba al deudor, pero fundamentalmente en orden al alcance de la responsabilidad, aunque conservaba dos acciones reales —la pignoratícia contra el acreedor, una vez pagada la deuda, y la reivindicatoria, contra terceros poseedores—, no podía ofrecer la cosa como garantía de otros compromisos u obligaciones, con lo cual quedaban mermadas sus posibilidades de obtención de crédito.

4. *La hipoteca en sentido estricto: carácter solidario*

La hipoteca nació por la necesidad de buscar fórmulas de equilibrio entre los intereses del acreedor (conservación de su acción personal contra el deudor y la real contra la cosa, cualquiera que fuese su poseedor) y los intereses del deudor (conservación del dominio y posesión de la cosa, percepción de frutos fomentando su producción y posibilidad de ofrecerla en garantía varias veces).

Así como el acreedor contaba con el *interdicto Salviano* en la prenda, que le permitía vender la cosa dada en garantía, el Pretor Servio concedió una acción real sobre los bienes introducidos en la finca arrendada para su cultivo (*invecta et illata*) a favor del dueño o arrendador como garantía del pago de la renta contra los terceros poseedores. Esta fue la llamada *acción Serviana*, extendida después a todos los casos de prenda sin desplazamiento (*actio cuasi Serviana* o *Serviana utilis*, llamada *actio in rem hypothecaria* en la *Compilación de Justiniano*) (31).

VALLET DE GOYTISOLO (32) señala que cuando a la titularidad de la prenda llegó a unirse sustancialmente la posibilidad de instar la venta de la cosa pignorada para satisfacer con su precio la obligación, se pudo pensar en la posibilidad de aislar esa facultad de la posesión de la cosa, naciendo una nueva forma de garantía: primero mediante la retrotradición de la cosa en la fiducia; luego creando directamente la garantía por mera convención, es decir, prenda sin posesión o hipoteca.

De todas formas, la distinción entre prenda e hipoteca aparece confusa, ya que era indiferente que las cosas dadas en garantía fuesen muebles o inmuebles, si bien la prenda requería la tradición en los muebles y la posesión en los inmuebles; en cambio la hipoteca quedaba constituida por el simple pacto (33).

(31) CATÓN en su *De re rustica* explica que la cosa estaba siempre ligada a la obligación real a que se hallaba afecta y con ella pasaba a cuantos la adquirieran, a título singular o universal.

(32) *Estudios sobre garantías reales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 400.

(33) En la Ley 6, Título I, Libro XX del *Digesto* se lee que la prenda y la hipoteca sólo se diferenciaban en el sonido: *inter pignus autem et hypothecam*

Fue ULPIANO (34) el que deslindó marcadamente prenda e hipoteca sobre la base del desplazamiento posesorio: *pignus quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit...* Y JUSTINIANO (35) sitúa la prenda entre los contratos reales y la hipoteca entre los consensuales, sin más solemnidad que el consentimiento.

En orden al alcance y naturaleza de la responsabilidad, es de observar que la garantía, además de sobre muebles e inmuebles, podía recaer *sobre patrimonios enteros*. En este último caso estamos ante una modalidad de *hipoteca solidaria*: la afectante a un conjunto de bienes que, perteneciendo al deudor al tiempo del vencimiento de la obligación, permite el ejercicio sobre cualquiera de ellos de la *actio in rem hypothecaria*. Se trata, desde luego, de una solidaridad impuesta por el carácter general de la hipoteca misma que nada tenía que ver con la hipoteca solidaria inscrita —vigente, como veremos, en el Derecho alemán— al faltar un órgano adecuado de publicidad. JUAN PACCHIONI hace notar (36) cómo estas hipotecas generales o sobre todas las cosas presentes y futuras de una persona estaban muy en uso en Roma, como accesorias de toda hipoteca singular, favorecidas por la falta de solemnidades y de publicidad. Pero a esto nos referimos brevemente a continuación.

5. *La indeterminación y la solidaridad favorecidas por la clandestinidad del sistema*

La separación de prenda e hipoteca se hace bajo el signo de la clandestinidad. Roma no creó ningún registro público para la toma de razón de las hipotecas, ni de las nacidas por ministerio de la ley de ciertos contratos, ni de las que estipulaban las partes. Todo se reducía a un problema de prueba de su existencia y de su fecha (37).

Es cierto que existieron unos libros —los llamados *tabulae*, *codex accepti* y *codex expensi*— en los que algunos autores han querido ver un antecedente del registro de hipotecas. Quizá porque la obligación derivada del *nexum* de pagar una cantidad de dinero no se consideraba cumplida hasta que dicha cantidad se inscribía como tal en el registro doméstico, *per aes et libram*, es decir, dada por una parte y recibida por la otra, obli-

tantum sonus differt. Y en la Ley 13 siguiente del mismo Título se utilizan ambos términos como sinónimos cuando se dice que el esclavo que tenía pendiente su libertad del cumplimiento de una obligación podía ser dado en hipoteca, aunque terminara la prenda.

(34) *Digesto*, Ley 9, Título VII, Libro XII.

(35) *Instituciones*, Título XIV, 4, Libro III. Gayo y Ley 4, Título I, Libro XX del *Digesto*.

(36) *Cit.*, págs. 438 y ss.

(37) *Digesto*, 20, 1. *De Pignoribus*, 4, GAYO.

gación derivada de la *expensilatio*. Pero en realidad se trataba de libros que hoy llamaríamos de Debe y Haber: *expensi*, entregado, y *accepti*, recibido. Sus asientos, según el testimonio de GAYO (38), sólo tenían eficacia contra el que los había hecho.

La hipoteca, pues, se constituía en la clandestinidad. Incluso se podía constituir entre ausentes, sin solemnidad alguna, sin fecha y hasta sin firma de los interesados. Para evitar precisamente las hipotecas fingidas una Constitución del Emperador LEÓN exigió bien instrumento *publice confectum*, es decir, bajo la autoridad de un Magistrado o Notario público (*pignus publicum*), o bien firma de tres testigos de buena reputación (*pignus cuasi publicum*). Si no se observaban estos requisitos el *pignus* se consideraba privado y no gozaba de preferencia (39).

Pero, en definitiva, los romanos no establecieron un sistema público de registro. Como dice VALLET DE GOYTISOLO (40), el Registro de la Propiedad, en su actual significación de medio de actuar la garantía sin desposesión, fue elaborado a orillas del río Rhin, hasta alcanzar la idea de sustituir la mera convención por la inscripción en el mismo como forma generatriz de la garantía real. Los romanos se limitaron a remitir el problema al Derecho penal, tipificando como delito el estelionato y declarando incursos en él a los que daban como libres bienes hipotecados y a los que hipotecaran de nuevo, sin manifestarlo, los que ya lo estaban (41).

JUAN PACCHIONI (42) explica que faltaba en todo el Imperio, con la única excepción de Egipto, un adecuado sistema de publicidad tanto para las transmisiones de propiedad como para la constitución de derechos reales, lo cual constituyó una grave laguna del sistema hipotecario romano que los Emperadores trataron de remediar, aunque sólo en la época moderna se ha comprendido plenamente la importancia de este problema económico y jurídico.

Rigió, desde luego, en Roma el principio *prior in tempore potior in iure*, determinándose la prioridad por la fecha, no del crédito garantido, sino del contrato constitutivo de la hipoteca, y la regla jugaba sólo entre acreedores hipotecarios ordinarios, pues no afectaba a los que tenían hipoteca privilegiada o tácita, como eran la *hipoteca general* del fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes en garantía de los impuestos, la hipoteca dotal frente a los acreedores del marido y la hipoteca en garantía del crédito nacido de una *versio in rem* y cuando mediante convención hipotecaria se haya creado o aumentado una hipoteca anterior.

(38) *Instituciones*, Comentario III.

(39) Ley 11, Título XIV, Libro VIII, Código JUSTINIANO.

(40) *Ob. cit.*, pág. 401..

(41) *Digesio*, Ley 36, Título VIII, Libro XIII.

(42) *Ob. cit.*, pág. 439 del tomo I.

En resumen, podemos decir que en el Derecho romano, al dominar de una parte la *clandestinidad* del sistema por la falta de un órgano adecuado de publicidad y de otra parte las *hipotecas generales*, directamente pactadas o como accesorias de las hipotecas singulares, la garantía hipotecaria está caracterizada por las notas de *solidaridad e indeterminación*. El *principio de especialidad* no aparecerá históricamente hasta que se sienta de forma urgente e inaplazable la necesidad de creación del registro público. Y el de *determinación*, hasta que el sistema alcance un elevado nivel de desarrollo técnico.

B) DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL HASTA EL SIGLO XVI

1. *Hasta las Leyes de Partidas*

El sistema de garantías fue sustancialmente el ya indicado mientras la Península Ibérica fue una provincia romana a la que se impusieron no sólo la lengua y costumbres de Roma, sino también sus leyes.

En materia de hipotecas fue nula la influencia del Derecho germánico. Ni el *Código de Eurico*, encarnación del elemento germánico, ni el *Código de Alarico*, expresión del romano, introducen novedad en la materia.

En la legislación visigótica el *Fuero Juzgo*, que como todos los Códigos posteriores, incluido el de Partidas, no habla nunca de hipoteca, sino sólo de prenda, ofrece como particularidades en la materia que venimos estudiando la regulación de un sistema de distribución de los bienes entre los varios deudores, el establecimiento de la prioridad entre acreedores sobre la base del orden de antigüedad de las respectivas demandas y, quizá como residuo del sistema romano de responsabilidad personal directa, un medio de ejecución, consistente en la entrega al acreedor del deudor insolvente para que pagara con sus servicios (43).

En el *Fuero Real* se regularon los llamados *peños de toda la buena*, o sea, de toda la hacienda o caudal, que constituye lo que después se llamó *hipoteca general*. Aunque era de esencia que la cosa dada en prenda pasase a manos del acreedor, esto sólo ocurría cuando aquélla consistía en cosas singulares o determinadas. Había otras prendas —las luego llamadas hipotecas generales y legales— en las que los bienes en que consistían permanecían en poder del deudor.

Las hipotecas generales eran siempre convencionales o expresas. Las legales, en cambio, operaban *ministerio legis*, recogiendo el *Fuero Real* dos casos de hipoteca legal, que era además general y solidaria: a) el de los bienes de los obispos y prelados, que respondían de los daños que

(43) Título VI del Libro V, «De pignoribus et debitis», en especial su Ley 5.^a

ocasionasen a la Iglesia, y b) el de los bienes del que tenía bajo su administración o custodia fondos públicos, o del Rey, como dice la Ley del Fuero (44).

Aunque se trataba de hipotecas que hoy llamaríamos en garantía de obligaciones de hacer o no hacer, era claro su carácter general y solidario. Pero es que además en la Ley 243 de las de Estilo —colección de las decisiones reales para la aplicación del *Fuero Real*— se contiene la siguiente norma interpretativa: el deudor que hubiera constituido la llamada «prenda convencional de todos los bienes» no podía enajenarlos hasta que tuviera pagada la deuda. Es decir, primaba el interés del acreedor sobre toda otra consideración, como pudiera ser el fomento del crédito del deudor. Y como decía al comentarla don NICOLÁS CANALES (45), aunque limitada a los empeños convencionales, venía a establecer una especie de interdicción contra el deudor, contrariando el principio de que la prenda general, como no se concrete a bienes determinados, no debe ser obstáculo a la enajenación. Con ello se reforzaba el *principio de solidaridad* de la garantía.

2. Legislación de «Partidas»

Define tres clases de *peños* (46):

- a) Los que hacen los hombres entre sí de su voluntad, empeñando sus bienes unos a otros por razón de alguna cosa que deban dar o hacer.
- b) Cuando los juzgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendiente por falta de respuesta, por razón de rebeldía, por juicio que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del Rey; y
- c) Los que se hacen calladamente, sin decir ninguna cosa.

Los dos primeros se corresponden con la posterior división entre hipotecas voluntarias y judiciales. Estas dos formas de *peño* se hacían *por palabras*, según dicen las *Partidas*, y en cuanto a las judiciales, hay que destacar que se trataba de un verdadero apremio —«que tales peños o prendas como éstas se hacen como por apremio»—, hoy sustituido por la anotación preventiva.

La tercera categoría de prenda es la llamada hipoteca tácita y luego

(44) Título XIX, Libro III, Leyes 6.^a, 7.^a y 8.^a

(45) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 53.

(46) Resumimos de la *Partida* 5.^a, Título XIII, Ley 1.^a El texto consultado es la Glosa del Licenciado GREGORIO LÓPEZ, año de 1555, págs. 82 y ss. Edición facsímil del *Boletín Oficial del Estado*.

hipoteca legal. En este grupo las *Partidas* incluyen una gran variedad de hipotecas, tanto *generales como especiales*, privilegiadas o no (47).

En cambio las *Partidas* no establecieron *ninguna clase de publicidad* para las hipotecas. Al contrario, a pesar de exigir, por imitación del Derecho romano, la tradición o posesión, verdadera o fingida, para adquirir el dominio, establecieron expresamente que cuando se empeñaban los títulos acreditativos del dominio de una cosa inmueble se entendiera empeñada la cosa misma (48).

3. Legislaciones forales

Vamos a destacar muy brevemente algunos aspectos interesantes de las legislaciones aragonesa, catalana y navarra.

La *legislación aragonesa* fue la más desarrollada legislación foral en materia de hipotecas, admitiendo varias formas de garantía real: la convencional, la judicial, *la general y la especial*, regulando incluso una hipoteca general tácita a favor de los legatarios. *La prenda general* no impedía la enajenación de los bienes, salvo los obligados al fisco. *La especial* sí, pero la práctica era que pudieran venderse aunque sujetos al gravamen (49).

La *legislación catalana* reguló una hipoteca tácita a favor de la mujer para asegurar la restitución de la dote y el esponsalicio.

Tal vez el dato más destacable de la legislación catalana es que ofrece un *antecedente de registración de bienes*, en el que algunos autores han querido ver el origen del Registro de la Propiedad en España. Se trata de la Pragmática del Rey Don Pedro del año 1339, que ordenó *escribir o anotar* los bienes de los criminales a fin de que durante el procedimiento

(47) *Partida* 5.ª, Título VIII, Ley 5.ª, y Título XIII, Leyes 23, 24, 26, 28 y 33.

Entre las *hipotecas generales privilegiadas* se encontraban las del fisco y las de las mujeres casadas en todos los bienes del marido como garantía de la dote; y *no privilegiadas* eran las de los menores en los bienes de sus guardadores, de los legatarios en los del testador, del marido en los del que prometió dote, de los hijos en los del padre o madre que pasó a segundo enlace en garantía de la reserva, o en los bienes de la madre viuda que contrae nuevo matrimonio y en los del padrastro hasta que dieran cuentas, y la de los hijos en los bienes del padre usufructuario por los que recibió de la madre del hijo y enajenó.

Entre las *hipotecas especiales privilegiadas* pueden citarse: la establecida a favor del que dio dinero para edificar o reparar un edificio o nave, a favor del huérfano que anticipó dinero para comprar alguna cosa, y a favor del que estipuló que lo comprado con su dinero quedara empeñado para el pago; y *no privilegiada especial* era la establecida a favor del arrendador de una finca urbana en todo lo introducido en ella, y si fuere rústica, de lo que, con conocimiento del dueño, haya entrado el arrendatario.

(48) *Partida* 5.ª, Título XIII, Ley 14.

(49) Fueros II a V y Observancias I, III y IX, «De Pignoribus».

no pudieran enajenarlos ni donarlos. Y llama la atención el uso de la palabra *anotar*, propia de la moderna técnica hipotecaria.

Por último, de la *legislación navarra*, en la que hay escasas disposiciones, debemos destacar la minuciosa regulación que hace de las formas y solemnidades de la *prenda general de todos los bienes* (50).

4. Conclusiones de este período

Podemos intentar unas primeras conclusiones, en esquema, situándonos históricamente a comienzos del siglo XVI, en el intento de buscar la situación de los que venimos llamando principios básicos de la hipoteca, afectantes fundamentalmente a la constitución y alcance de los mecanismos de ejecución de la garantía:

a) La hipoteca, como garantía de carácter real, aparece dominada por la nota de *generalidad*, recayendo sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

b) A la nota anterior se une la de *indeterminación* de la responsabilidad en cuanto a los bienes objeto de la garantía. No existe aún el más somero atisbo de la noción de distribución de la responsabilidad entre los varios bienes objeto de hipoteca.

c) Consecuencia de las dos notas anteriores es la de *solidaridad*, con posibilidad de ejercicio de la acción hipotecaria indistintamente sobre cualquiera de los bienes de los deudores.

d) Aunque, como hemos visto en las *Partidas*, existieron también las *hipotecas especiales*, su número era muy escaso entre las legales y prácticamente nulo entre las convencionales por la presión de los acreedores.

e) También es cierto que en algunos casos se pactaba hipoteca especial sobre bienes ciertos, pero de poco servía, pues *la ejecución alcanzaba a la totalidad*, aunque excediese del importe de la deuda.

f) Por último, *ausencia de publicidad*, de un sistema capaz de organizarla adecuadamente, inconveniente acentuado por el carácter tácito de muchas hipotecas generales, particularmente las de origen legal.

Es decir, hasta este momento histórico —finales del siglo XV, comienzos del XVI— la hipoteca se organiza, casi exclusivamente, en beneficio de los acreedores, sin atender su ordenación a la idea de fomento del crédito territorial. Como dice RAFAEL BALLARÍN (51), hay una cierta correspondencia entre el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 104 de la Ley Hipotecaria. La ordenación de la hipoteca en beneficio exclusivo del

(50) Fuero General, Capítulos I a IV, Título XVI, Libro III.

(51) *Ob. cit.*, pág. 73.

acreedor venía a reforzar el principio civil de la responsabilidad patrimonial universal. En el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, en efecto, sólo tiene cabida la nota de reipersecutoriedad, quizá como residuo histórico de lo que la hipoteca quiso ser exclusivamente durante largos siglos.

C) DESDE LAS «LEYES DE TORO» A LA PRIMERA «LEY HIPOTECARIA»

Con el descubrimiento de América, la expansión generada por el Imperio y la crisis del feudalismo, desde comienzos del siglo XVI se siente fuertemente la necesidad de robustecer el crédito territorial. Esta necesidad —aparte de otras consecuencias, como es la de llegar a un deslinde pleno entre prenda e hipoteca— no puede satisfacerse sin acabar con el concepto de *clandestinidad*, instaurando el *principio de publicidad* de las cargas primero y de las transacciones después, lo cual va a llevar directamente a la creación del órgano que la haga efectiva: el moderno Registro de la Propiedad.

Curiosamente, la misma palabra *hipoteca* la encontramos por primera vez en la Ley LXII de las de Toro (52), formadas en las Cortes de 1505, con el alborear del siglo.

Vamos a tratar de precisar, distinguiendo los siguientes momentos dentro de este apartado más general:

1. *Hasta el establecimiento de los Oficios de Hipotecas*

Las primeras disposiciones empiezan por atacar la clandestinidad con medidas extrarregistrales, imponiendo a los que establecieran censos o tributos sobre fincas anteriormente sujetas a tales gravámenes, que lo declarasen así, bajo pena de pagar «el dos por tanto» (53).

Más tarde se acuerda la llevanza de un libro en las cabezas de jurisdicción donde se registrasen los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas, que luego se extiende a las ventas, apareciendo por primera vez los términos *registro*, *registrar* y *registrador* (54).

(52) En dicha Ley se lee: «... donde en la obligación hay *hipoteca*, o donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos». El texto lo hemos tomado de los *Comentarios a las Leyes de Toro*, del Licenciado JUAN ALVAREZ DE POSADILLA, Madrid, 1796, Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 338. Este texto se corresponde, por otra parte, con la Ley V, Título VIII, Libro XI de la *Novísima Recopilación* (tomo V, pág. 196 de la edición facsímil del *Boletín Oficial del Estado*).

(53) Cortes de Madrid de 1528 y Pragmática del mismo año. Se reitera en las Cortes de Valladolid de 1548 y 1558. Estas cuatro disposiciones se recogen luego en el Libro X, Título XV, Ley II de la *Novísima Recopilación* (tomo V, página 76 de la edición antes citada).

(54) Cortes de Toledo de 1539 y Pragmática del mismo año.

El sistema de publicidad adoptado era, desde luego, muy imperfecto, pues se limitaba a las hipotecas convencionales y especiales, quedando fuera de registro las hipotecas llamadas legales, generales o indeterminadas, expresas o convencionales, e incluso las judiciales.

2. La «Real Pragmática de Carlos III» de 31 de enero de 1768

La Real Pragmática de 1768, creadora de los Oficios o Contadurías de Hipotecas (55), y sus disposiciones complementarias (56) suponen un considerable avance, más que en orden a los efectos de la registración, que eran meramente negativos (57), en orden a la organización de lo que sería el moderno Registro de la Propiedad. Esta previsión era indispensable para la implantación de los principios que ante la nueva realidad social y económica iban a regir en lo sucesivo el derecho real de hipoteca.

El establecimiento de un órgano de publicidad de esta naturaleza tropezaba con no pocas dificultades, derivadas de la concepción social y económica imperante. Don VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA, en su interesante libro *Comentarios a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*, publicado hacia mediados del pasado siglo (58), así lo pone de relieve, explicando que la excesiva publicidad perjudicaba al crédito de las personas que tenían que tomar prestado sobre sus bienes. Por eso TREILHARD, en su discurso en las Cámaras francesas sobre el proyecto de Ley de Hipotecas, decía que los reyes de los siglos XVI y XVII fueron incapaces de dar a las hipotecas la publicidad suficiente, porque la publicidad impedía a los poderosos consumir la riqueza de los crédulos ciudadanos, que suponían la realidad donde encontraban

(55) Se corresponde con la Ley III, Título XVI del Libro X de la *Novísima Recopilación* (tomo V de la edición facsímil citada, pág. 106 y ss.), que es el texto que utilizamos, más comprensivo, al recoger las disposiciones posteriores complementarias, insertas en el propio texto, hasta 1804, año inmediatamente anterior al de su publicación. De todos modos, el texto, también facsímil, de 1768 puede verse en el tomo I de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, obra ya citada, págs. 41 y ss.

(56) Hay que destacar la Instrucción de 14 de agosto de 1767, inserta en la Ley III, citada en la nota anterior, y las dos disposiciones integrantes de la Ley IV de los mismos Título y Libro de la *Novísima*, es decir, la Resolución de Carlos III al Consejo de 27 de septiembre de 1777 y la Cédula del propio Consejo de 10 de marzo de 1778.

(57) «...que sin preceder la circunstancia del registro, ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe...»; «...expresando al fin de ellos que no harán fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito» (números 2 y 16 del texto citado de la *Novísima Recopilación*).

(58) En Madrid, en 1853, Imprenta que fue de Operarios.

brillo y esplendor. Y ese brillo de los poderosos contribuía al brillo del trono; debilitarlo era disminuir el respeto de los pueblos.

Había otras razones que suponían, igualmente, dificultades añadidas al normal funcionamiento de la institución. Destacaban las de orden fiscal, ya que el registro de instrumentos hacía públicas las enajenaciones y había que huir del mismo para evitar el pago de las *alcabalas*.

Pero veamos con un poco de orden un par de puntos relacionados con nuestro estudio, directamente sobre el texto, reveladores del importante avance de la Real Pragmática de 1768:

a) En la relación de *actos inscribibles* se sigue manteniendo el criterio, en cuanto a la hipoteca, de limitar el registro a las *convencionales* y *especiales*: «...fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes (raíces o considerados por tales)...; en general, todos los instrumentos que tengan *especial* y *expresa hipoteca* o gravamen con expresión de ellos». Se añade —lo cual era novedad entonces— «su liberación o redención» para significar el alzamiento de la hipoteca u otra carga real afectante a las fincas, es decir, la idea de cancelación por extinción del derecho inscrito.

En *Cataluña* el Edicto de 1774 —al que nos vamos a referir también en el siguiente apartado— dispuso igualmente la inscripción de las *hipotecas generales voluntarias*, aunque la Pragmática, como acabamos de ver, se había limitado a las expresas y especiales. En opinión de MARINA LÓPEZ y MERCÉ TATJER, que han estudiado recientemente el citado Edicto de 1774 (59), la inserción de las hipotecas generales traía consigo la inviabilidad de los Oficios como registros de inmuebles gravados, y cabe pensar que fue una solución admitida en relación con la situación de no prelación de las hipotecas especiales sobre las generales, es decir, la responsabilidad absoluta e ilimitada de las personas con respecto a los actos económicos realizados.

b) Se sientan las bases del carácter de *Derecho común de la legislación hipotecaria* y de la competencia del Registro de la Propiedad fundada en el principio de *circunscripción territorial*.

En el primer aspecto, la Real Pragmática dispuso la observancia de sus normas «en todos los pueblos cabezas de partido de estos mis reinos..., según el señalamiento que harán las Audiencias y Cancillerías». En *Cataluña* la publica el mencionado Edicto de 1774 con la diferencia apuntada y la que veremos seguidamente.

(59) En su trabajo «Observaciones sobre la historia de los Oficios de Hipotecas en Cataluña (1768-1861)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 560, enero-febrero de 1984, págs. 133 y ss.

En efecto, el Edicto de 1774 dispuso que en aquella región la inscripción se hiciera en tres Registros: el del lugar de la cosa, el del lugar del contrato y el del domicilio de los otorgantes.

Las dudas, que fueron muchas, sobre este fundamental problema del lugar en que debería hacerse la inscripción o toma de razón fueron resueltas en el sentido de que «con distinción y claridad se tome la razón respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas..., y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos se anotará en cada uno las que le correspondan». Y más concretamente, «que todos estos registros y toma de razón deben hacerse indistintamente, no en las capitales donde se hallan los Cuerpos, Comunidades y acreedores respectivos, sino en los correspondientes Oficios de Hipotecas destinados a este efecto en las cabezas particulares del partido donde están situadas las mismas hipotecas, porque lo contrario produciría grandísima confusión y perjuicios sucesivos» (60).

Indudablemente, el principio de especialidad, tal como hoy lo entendemos —precisión de los datos relativos a la finca, a los derechos inscritos y a los titulares registrales—, requería previamente determinar de modo inequívoco el Oficio o Registro en que debían practicarse las inscripciones o toma de razón. De lo contrario, como ya se decía entonces, se produciría grandísima confusión y perjuicios sucesivos para la seguridad jurídica. En aras de esa seguridad se optó por el sistema de *circunscripción territorial o lugar de situación de las fincas*, entendemos que con buen criterio, por tratarse de una circunstancia siempre fija, frente al carácter, necesariamente aleatorio, del lugar del domicilio o de celebración del contrato.

La bondad del sistema elegido se revela en el hecho de que fue recogido y mantenido por las sucesivas Leyes Hipotecarias. Sin este sistema, por otra parte, resultaba inútil intentar sustituir el principio de las hipotecas generales por el de especialidad y determinación de las fincas gravadas.

3. Los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851

El primer trabajo legislativo sobre reforma de la legalidad en materia de hipotecas, acordado por el Ministerio de Gracia y Justicia, aparece en el Proyecto de Código Civil español, redactado por los jurisconsultos TAPIA, VIZMANOS y AYUSO en 1836, que, como es sabido, no llegó ni a discutirse en las Cortes (61). No obstante, hay en el mismo algunos as-

(60) Leyes III, preámbulo, y IV, punto 3, Título XVI, Libro X de la *Novísima Recopilación*.

(61) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, cit., págs. 64 y ss.

pectos interesantes que indican ya la línea del Derecho hipotecario en formación y que destacamos:

a) Aunque aparecen confusas las nociones de *indivisibilidad* y *solidaridad*, es clara la formulación de los efectos que producen estos principios:

- «...están sujetos a la seguridad y cumplimiento de la obligación porque se constituye (la hipoteca) todos y cada uno de los bienes hipotecados» (art. 1.722).
- «La hipoteca es por su naturaleza indivisible... La finca o fincas hipotecadas subsisten siempre sujetas a la hipoteca mientras no se liberten de este gravamen...» (arts. 1.722 y 1.724).

b) La *segunda hipoteca* aparece prohibida: «Una vez hipotecada una finca, no puede hipotecarse de nuevo a no ser que su valor alcance a cubrir ambas obligaciones» (art. 1.729).

Queremos destacar ya esta idea de equivalencia entre la obligación asegurada y valor de los bienes dados en garantía, rota en tantos casos por la realidad actual. Pero ésta será materia a desarrollar más adelante.

c) Ante la ausencia de un órgano adecuado de publicidad, se recoge la obligación de manifestar el gravamen en caso de venta de finca hipotecada y se recuerda que el Código Penal castiga al que omita esta manifestación por estelionato (art. 1.730).

d) La *hipoteca convencional*, que exige escritura y toma de razón, ha de recaer sobre bienes específicos y determinados (arts. 1.751 y 1.752), rechazándose por tanto las hipotecas generales, con la excepción que veremos.

e) Se reconoce la *hipoteca legal tácita* a favor del fisco, a favor del vendedor que ha entregado la cosa y no ha recibido el precio y a favor del legatario (arts. 1.755 a 1.761).

f) La *hipoteca judicial* exige toma de razón, como cualquier otra especial, si bien puede extenderse si es necesario a todos los bienes del condenado. Este es el único caso de *hipoteca general* que se acepta (artículos 1.765 y 1.766).

En cuanto al *Proyecto de Código Civil de 1851*, es, sin duda alguna, el precedente de mayor importancia de nuestra primera Ley Hipotecaria. Sus títulos XIX y XX suponían una profunda transformación de nuestra legislación hipotecaria en la materia que venimos exponiendo desde el momento que se adoptan, sin lugar a dudas, los dos principios básicos de *publicidad* y *especialidad de las hipotecas*. Según el testimonio del propio

GARCÍA GOYENA (62), las concordancias, motivos y comentarios relativos a estos dos títulos «son obra de don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, que ha trabajado tanto como yo en la formación del Código Civil y más que yo en la materia de hipotecas».

Pues bien, siguiendo fundamentalmente los comentarios de LUZURIAGA, vamos a ver las novedades y aspectos más importantes del Proyecto de 1851:

a) Quizá la aportación más importante del Proyecto fue la adopción de forma absoluta del *principio de publicidad*. Según LUZURIAGA (63), se ha procurado la publicidad más absoluta siguiendo el sistema alemán y rechazando el sistema mixto, que prescribe la publicidad para las hipotecas voluntarias y deja ocultas las legales. El texto del artículo 1.786 era contundente: «La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el registro público y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero». Y tan sólo la cuarta disposición transitoria declara subsistentes los privilegios que la legislación vigente otorgaba a los menores y a la mujer casada, sin sujetarlos a inscripción, para evitarles perjuicios en derechos ya adquiridos.

b) Consecuencia de la publicidad absoluta es el desarrollo del *principio de especialidad*, ya que aquélla no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales. Comenta LUZURIAGA (64): «No se otorga hoy ninguna escritura sin obligar a su cumplimiento todos los bienes de los contratantes; esta cláusula de rutina está en todos los formularios de los escribanos; ¿y puede haber quien asegure que esta fórmula no constituye una hipoteca general? Sin la especialidad es imposible conocer la verdadera situación de un inmueble que hubiera de servir de objeto de una obligación». El artículo 1.784 lo recogía así: «No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados».

c) No se recoge en cambio en el Proyecto el *principio de determinación*, aunque; a nuestro juicio, aparece apuntado en el artículo 1.785 desde el momento que, con la vista puesta en el crédito territorial, parcela el valor en cambio de la finca gravada, que no debe exceder del duplo del importe conocido o presunto de la obligación. Para LUZURIAGA (65) el Proyecto no ha querido ir tan lejos como el sistema alemán. «que lleva el rigor de la especialidad de las hipotecas hasta el último punto, presen-

(62) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., tomo II, pág. 927.

(63) *Ob. cit.*, pág. 931, comentario a los artículos 1.782 a 1.786.

(64) La misma cita anterior.

(65) La misma cita anterior.

tando cada inmueble en el registro público un verdadero balance de su situación», porque no es prudente improvisar un sistema absoluto, según decía.

Se insiste aquí en la idea de equivalencia o correlación económica entre la obligación y el valor de la finca gravada. Por lo demás, los recelos en la aplicación del principio de determinación desaparecerán con la Ley de 1861.

d) El *principio de indivisibilidad*, apuntado ya en nuestra legislación de *Partidas* (66), siguiendo la tradición romana, y consagrado en las legislaciones francesa y alemana, es un punto —decía LUZURIAGA (67)— que no admite discusión. «La hipoteca es indivisible, y como tal subsiste toda sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes», era la proyectada redacción del artículo 1.798.

e) A diferencia de lo que hace, como vimos, el Proyecto de 1836, no se formula, ni siquiera por vía indirecta —como hará después el artículo 123 de la Ley Hipotecaria—, el concepto o *principio de solidaridad hipotecaria*. Y es lógico que así sea, porque aún no habían superado los redactores del Proyecto la idea de *generalidad* de las hipotecas como fuente normal de la *solidaridad* (68), y las nociones de *indivisibilidad* y *solidaridad* aparecen confundidas, como lo prueban las discusiones parlamentarias que precedieron a la Ley de 1861, a que nos referíamos en la introducción. Sólo en esta Ley se recogerá, con específica formulación, el principio o concepto de *indivisibilidad* o subsistencia íntegra de la hipoteca hasta su cancelación, aunque se reduzca la obligación asegurada, como traducción hipotecaria del principio civil, que concede al acreedor el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación —hoy art. 1.169 del Código Civil, en relación con el art. 1.860

(66) *Partida* 5.ª, Título XIII, Ley 5.ª

(67) *Concordancias, motivos...*, cit., pág. 939, comentarios a los artículos 1.798 a 1.807.

(68) Una prueba de lo que decimos se encuentra en el «Informe sobre registro de hipotecas», dictamen sobre el Proyecto del Fiscal del Supremo Tribunal de Justicia, don JOAQUÍN JOSÉ CASADO, fechado en Madrid en 1849. Decía el señor CASADO que contra las hipotecas generales se alega la dificultad de su concurrencia con las especiales, cuya seguridad disminuyen al someterlas al arbitrio del *hipotecario general*, que puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los predios gravados. Y es curiosa la solución que propone: que se declare subrogado al *hipotecario especial* en lugar del general que haya sido pagado, de modo que aquél pasaría a ser hipotecario general; o bien, que el general debe dirigirse primero contra los predios no sujetos a hipoteca especial y sólo después contra éstos, pero por orden inverso de su antigüedad. Con esta solución —estimaba el Fiscal—, aun existiendo hipotecas generales, puede calcularse la seguridad de las especiales desde su imposición: basta examinar el importe de la obligación principal asegurada y compararla con los bienes sobre los que no pese todavía ninguna hipoteca o con el valor excedente de las que ya la tienen sobre sí. Y concluía: la especialidad no es condición de un buen sistema hipotecario...

del mismo—, y su diferencia con la *solidaridad* o posibilidad del acreedor de repetir, por la totalidad de la suma asegurada, contra cualquiera de las fincas gravadas.

4. *La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*

Como antecedentes inmediatos deben citarse el Decreto de 1855, que mandó redactar una nueva Ley de Hipotecas, y el Proyecto de Bases de 1858.

El Real Decreto de 8 de agosto de 1855 y la Orden del mismo mes, cuyo preámbulo es bien conocido entre hipotecaristas, acentúan la necesidad de búsqueda de fórmulas de equilibrio entre los intereses del deudor y del acreedor: las leyes actuales —decía— «ni facilitan la adquisición del dinero a los dueños de la propiedad inmueble» (posición del hipotecante: vigorización del crédito territorial), «ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales» (posición del acreedor: seguridad en la recuperación del préstamo).

En cuanto al Proyecto de 11 de febrero de 1858 (69), había propuesto la desaparición de las hipotecas tácitas generales y la obligación de hacer públicas todas las hipotecas por medio de la inscripción. Toda hipoteca —disponía— será necesariamente especial, sin perjuicio de que se adopten las disposiciones convenientes para preservar en lo sucesivo los derechos protegidos en la actualidad por las hipotecas legales (art. 1.º, bases 2.ª y 3.ª).

Como hemos apuntado más arriba, la *Ley Hipotecaria de 1861* consagra los conceptos o principios básicos de la hipoteca actualmente vigentes y que por tanto han permanecido inalterados en las sucesivas leyes. Vamos a tratar de seguir su peripecia legislativa, único camino para intentar descubrir su justificación social y técnica. Distinguiremos los siguientes momentos:

a) En la *presentación del Proyecto al Senado* por el Ministro de Gracia y Justicia don SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE (70) se puso de manifiesto la urgencia de la misma, y como principal razón se argumentó por el Ministro la necesidad que tenía la agricultura de obtención de recursos para desarrollarse, recursos que, según decía, «los proporciona el crédito territorial, a la sombra de una buena legislación hipotecaria».

(69) Presentado al Congreso por el Ministro don JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ DE LA HOZ, en realidad, se trataba del Proyecto de Ley de Bases del Ministro SEIJAS LOZANO, que, presentado al Congreso el 6 de junio de 1857, fue retirado, cerradas las Cortes, tras el cambio de legislatura, por el Real Decreto de 5 de febrero de 1858.

(70) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, cit., págs. 131 y 132.

Como apuntábamos en la introducción, es el crédito territorial el motor de la reforma y fundamentalmente las fincas rústicas el elemento objetivo posible de la hipoteca que se toma en consideración para hacerlo realidad.

b) De la *discusión en el Senado* (71) destacaremos la resistencia a acabar con las hipotecas legales tácitas, encarnada por el señor GÓMEZ DE LA SERNA, que reclamaba la no inscripción de las hipotecas a favor de las mujeres casadas por razón de dote, parafernales y arras; en favor de los hijos por bienes reservables y por los de su peculio que los padres usufructúen o administren, y las análogas de fueros o leyes especiales.

El señor LUZURIAGA fue tajante en su contestación: el sistema está viciado, porque la existencia de hipotecas ocultas falsea el gran principio de la Ley discutida y defrauda la esperanza que había hecho concebir a los que habían pensado fundar en ella el crédito territorial.

c) De la *discusión ante el Congreso* (72), de enorme interés, pues allí se libró la batalla de la que nacerían los principios básicos del sistema a los que venimos refiriéndonos, vamos a recoger los siguientes puntos:

1.º En la presentación del Proyecto, una vez dictaminado por la Comisión, ésta se justificaba explicando que, así como a beneficio del crédito se habían efectuado grandes progresos, era vergonzoso para España que la riqueza territorial viera alejarse de sí los capitales que debieran secundarla.

Es decir, frente al criterio tradicional de organizar las garantías en beneficio casi exclusivo de los acreedores, se afirma la necesidad de proteger y vigorizar el valor de los bienes que constituyen su seguridad.

2.º Como apuntábamos también en la introducción, el señor ORTIZ DE ZÁRATE atacó el *principio de divisibilidad de la hipoteca*, que establecía el Proyecto, calificándolo de nuevo y desconocido en España. El derecho que hasta ahora tenía el acreedor hipotecario —decía— sobre todas y cada una de las diferentes fincas hipotecadas para reclamar el pago de todo el capital o parte de él y de sus réditos, se echa por tierra al obligarle a señalar en cada una de ellas la cantidad que ha de responder; lo cual es, además, contrario al Proyecto de Código Civil, que estableció la responsabilidad de todas las fincas por todo el capital. Y no comprendía que se rechazase la divisibilidad en caso de división de la finca hipotecada y, en cambio, se impusiese en el contrato de hipoteca.

En opinión del señor PERMANYER, el Proyecto sancionaba el tradicional *principio de indivisibilidad* de la hipoteca y, como decíamos, lo que ocurría es que el señor ORTIZ DE ZÁRATE confundía los conceptos de

(71) *Leyes Hipotecarias*..., cit., págs. 135 y ss., y 153 y ss.

(72) *Ibidem*.

solidaridad e indivisibilidad. No vamos a insistir en lo ya dicho. Pero es de resaltar la claridad de ideas del señor PERMANYER cuando, al rematar su alegación en este punto, decía que para evitar los excesos y desmedidas exigencias de los capitalistas es por lo que el Proyecto ha ordenado sabiamente que, siendo varias las fincas que se ofrezcan en garantía por un solo crédito, se determine la parte de gravamen de que habría de responder cada una. Y eso —concluía el señor PERMANYER— sin perjuicio aún no sólo de la indivisibilidad de la garantía, sino también de la solidaridad del gravamen a que quedan sujetas todas las fincas obligadas por un solo crédito, mientras estos bienes continúen siendo propiedad del deudor y obligado, pues entonces responden lo bienes todos y cada uno por la totalidad del crédito (73).

3.º Sobre las *hipotecas legales*, también se entabló un dúo dialéctico entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER, ya que no veía claro el primero que, al sujetarlas a inscripción, pudieran subsistir. La novedad —decía el segundo— no es la supresión de las hipotecas legales, sino la radical reforma de aquello que venía siendo un grave obstáculo al acrecentamiento del crédito territorial, siendo absolutamente necesario subordinar su eficacia a las formalidades de inscripción, una vez que ha aparecido en Europa esa gran institución salvadora del crédito territorial que ha introducido en la riqueza inmueble el elemento de la publicidad. Los que antes tenían derecho a hipoteca legal, continuaránteniéndolo, aunque ese derecho haya de quedar sujeto a nuevas condiciones: que han de ser hipotecas especiales y públicas.

De todas formas, la Ley mantuvo, aunque con limitaciones, el carácter tácito de las hipotecas por contribuciones y seguros.

4.º Y un último aspecto queremos destacar de la discusión de la Ley en el Congreso, objeto también de enfrentamiento entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER. Se trataba de la llamada *tasa de la hipoteca*, es decir, la proporción que debe existir entre el crédito asegurado y el valor de los bienes ofrecidos en garantía. En algunos casos se establecía que habrían de ser del triple valor de lo que se recibe, y ORTIZ DE ZÁRATE opinaba que en ningún caso debía fijarse ese límite y que la Ley no tenía por qué colocarse entre la voluntad de los contratantes y establecer las condiciones en que ha de tomarlo el que necesita dinero.

PERMANYER le replicó que, en el fondo, estaba de acuerdo con él y, por ello, el Proyecto no establecía nada en cuanto a las hipotecas voluntarias. Pero en cuanto a las legales, que habrán de reducirse a especiales

(73) El mantenimiento de esta idea de la solidaridad primaria, en tanto no aparezca un tercero, quedó plasmado en los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que permanecen inalterados («... repetir contra ellos con perjuicio de tercero...»; «... pero sin prelación...»).

y expresas, será necesario buscar esa proporción, porque si no sería imposible la reforma, proporción que, en la mayoría de los casos, habrá de fijar el prudente arbitrio judicial.

Como vemos, la búsqueda de equilibrio, puramente económico, entre la obligación asegurada y la finca gravada, fue ya preocupación de los redactores de la primera Ley Hipotecaria.

d) Por último, nos vamos a referir a la *Exposición de Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley* (74), que lleva fecha de 6 de junio de 1860.

Se sienta como principio incuestionable la aceptación de un sistema hipotecario que tiene como base *la publicidad y la especialidad rigurosa de las hipotecas*, desechándose tanto el antiguo sistema de las hipotecas ocultas, contrario al crédito territorial, y que, en lugar de buscar como garantía del deudor su crédito real, prefiere más bien su crédito personal, así como el sistema que admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas.

No obstante, no vamos a reiterar ideas expuestas ya en las citas de los trabajos preparatorios de la Ley. Vamos a concretarnos a aquellos conceptos de la Exposición de Motivos que, en la materia que venimos estudiando, suponían una auténtica revolución del sistema: llevar hasta sus últimos extremos el principio de especialidad, con la implantación de los *principios de determinación y distribución*. Los legisladores de 1861 dieron el paso que no se atrevió a dar ni el avanzado Proyecto de 1851, por miedo, como veíamos que comentaba LUZURIAGA, a improvisar un sistema demasiado absoluto en el que cada inmueble presenta en el registro público un verdadero balance de su situación.

Nosotros distinguiríamos dos partes en las palabras, en este punto, de la Exposición de Motivos. De un lado, el planteamiento del problema, su condicionamiento económico y filosófico. Y de otra parte, la solución técnico-hipotecaria que los legisladores ofrecen.

En el primer sentido, la Exposición de Motivos explica: «cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas a una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor; resulta de aquí que el deudor ve minorado su crédito territorial mucho más de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aún le ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas a que se hallan afectos; indirectamente, se protegen las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de

(74) *Leyes Hipotecarias...*, cit., págs. 223 a 336.

seguro éxito, multiplican, sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipoteca».

La solución al grave problema planteado, la encuentra la Exposición de Motivos en la aplicación de la regla o principio de distribución: «A estos inconvenientes ha ocurrido el Proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una tiene que responder; de este modo, la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su verdadero valor, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario, que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada...».

Esta es la situación *inter partes*. Pero ¿qué ocurre si la finca o fincas se enajenan, apareciendo un tercer poseedor de las mismas, o si se constituye sobre ellas una nueva hipoteca? «Enajenada la finca a un tercero —dice la Exposición de Motivos— o constituida sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente o hipotecario no deberá ser inquietado por la obligación personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre expedita la acción real para reclamar contra los demás bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto a la suma a que no alcancen, como su acción es meramente personal, no podrá ni perjudicar a las enajenaciones ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca» (75).

Como vemos, la Exposición de Motivos explica, con palabras de una perfección técnica difícilmente superable, que la Ley no sólo acepta el principio de especialidad de las hipotecas, frente al de generalidad de nuestro Derecho histórico, sino que exige, además, la determinación del valor en cambio de la finca gravada, de cada finca gravada cuando son varias las que se hipotecan en garantía de un solo crédito que, sin sufrir alteración alguna en su unidad desde el punto de vista civil (76), va a tener una garantía fraccionada y determinada sobre cada una de las fincas,

(75) Don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ (*ob. cit.*, pág. 222) explicaba, con la precisión de los números, el funcionamiento del nuevo sistema: A recibe de B un préstamo de 10.000 y lo garantiza con hipoteca sobre cuatro fincas, que quedan gravadas, cada una, por 2.500. A recibe de C otro préstamo garantizado también con hipoteca sobre una cualquiera de las cuatro fincas. B ejecuta su hipoteca, por falta de pago, reclamando de cada finca las 2.500 de que responde; la tasación arroja para tres fincas un valor superior a las 2.500 y para una de ellas sólo de 1.250. Pues bien, B podrá repetir por las 1.250 restantes que dejara de cobrar de su crédito, contra las demás fincas obligadas, pero sólo en virtud de acción personal y sin prelación sobre C, respecto de la finca que A hipotecara también a favor del mismo C.

(76) ROCA SASTRE, *obra y tomo citados*, págs. 546 y ss.

a través de la regla de distribución. Esto va a liberar al hipotecante de las negativas consecuencias que le imponía la presión solidaria, nacida no sólo de la regla de generalidad, sino también de lo que podríamos llamar especialidad primaria, limitada exclusivamente a la concreción de las fincas gravadas.

La regla de determinación y distribución va a permitir, por otra parte, al hipotecante-deudor, al menos en teoría, disponer de un mayor crédito territorial, en la medida en que la carga real no se va a extender a todo el valor de la finca, ofreciendo el sobrante como garantía de nuevos préstamos. Y decimos «en teoría» porque, como apuntábamos en la introducción, las imposiciones de los prestamistas —que siguen mandando en el contrato de hipoteca— han limitado, de hecho, la importante función que podían haber cumplido las segundas hipotecas.

Debemos destacar también de los párrafos transcritos de la Exposición de Motivos, cómo aparece delineada la figura del *tercer poseedor de finca hipotecada*, lógica consecuencia de la regla de determinación. El tercer poseedor no va a ser inquietado por la obligación personal del deudor. En cambio, mientras no aparezca dicho tercer poseedor, el acreedor, a pesar de la regla de distribución, podrá repetir contra cualquiera de las fincas gravadas por la totalidad del crédito, como ya había dicho el señor PERMANYER en la discusión ante el Congreso: el acreedor tendrá *acción real hipotecaria sobre cada finca* por la cantidad a que venga ligada, y sólo *acción personal contra el deudor*, no contra el tercer poseedor, para cobrar de las restantes lo que una o más no hayan podido cubrir. Contra las fincas que el deudor haya transmitido a otras personas, a terceros, el acreedor no podrá ejercitar acción personal alguna.

Si las reglas de distribución y determinación de la hipoteca se establecen en beneficio del hipotecante, de su crédito territorial, el *principio de indivisibilidad de la hipoteca* lo es en beneficio del acreedor. La Exposición de Motivos lo explica así: «El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fue entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa... Existiendo la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantida, y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es también que cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, a no ser que el acreedor y el deudor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace

la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre, y, por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, o cuando siendo varias no está distribuida entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte a que queda afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libere ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no haya sido satisfecha toda la deuda».

La *generalidad y solidaridad* consiguiente del Derecho tradicional en materia de hipotecas eran contrarias al crédito territorial. La *especialidad y determinación* lo favorecen. Pero ¿en qué medida el *principio de distribución* de la responsabilidad, impuesto obligatoriamente (77), atacaba al viejo *principio de indivisibilidad* de la hipoteca, que recogería incluso el Código Civil en su artículo 1.860?

De la Exposición de Motivos parece resultar que el principio, como tal, permanece intacto. La distribución se impone como previa, de tal modo que lo que en realidad se exige es una determinada modalidad en la inscripción de la garantía, con vistas a la vigorización del crédito territorial y a la aparición de terceros, que va a dar lugar a la ficción legal de entender constituidas tantas hipotecas como fincas gravadas. Pero una vez inscritas, la indivisibilidad actúa respecto de cada finca con plena eficacia. Por ello, la división unilateral de la finca o fincas gravadas no altera la subsistencia íntegra de la hipoteca sobre todas ellas. Y si el acreedor consiente la nueva distribución, no es que la antigua hipoteca se divida, sino que, como dice literalmente la Exposición de Motivos, «la antigua hipoteca queda *extinguida* y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo». Respecto de las nuevas hipotecas, vuelve a actuar en plenitud el principio de indivisibilidad. Por eso, pagada la parte de crédito con que están gravadas algunas de ellas, se puede exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la misma finca, cancelación mal llamada parcial, pues es la hipoteca total, aunque no única, en garantía del mismo crédito, la que se cancela (78).

(77) La Instrucción que siguió a la Ley, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a inscripción (CANALES E IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pág. 220), exigía que no se otorgue ninguna escritura de hipoteca o de imposición de censo o capital o réditos sobre fincas diferentes, sin señalar en ella la parte que haya de corresponder a cada una y que los Notarios exijan a los otorgantes que hagan la distribución.

(78) Tal vez, por ello, sea excesiva la afirmación de la Resolución de 12 de marzo de 1936 de que la determinación de la responsabilidad hipotecaria de cada finca «trunca el principio de indivisibilidad, para someterse al de especialidad».

Precisamente es esta consecuencia del principio de indivisibilidad —los efectos de la división de la finca gravada sin consentimiento del acreedor—, la que hemos puesto en la introducción, en alguna medida, en tela de juicio, ante el nuevo concepto de finca, que rompe en muchos casos el equilibrio deuda-garantía, y que nos ocupará más adelante.

Por último, destacamos de la Exposición dos justificaciones que afectan a la *relación de la deuda con el tercer poseedor*.

En primer lugar, la no concesión al fiador real de los beneficios de orden y de excusión se explica por no avenirse con la naturaleza del crédito real. En cambio, se concede el beneficio de excusión al tercer poseedor de los bienes hipotecados: el acreedor habrá de reclamar el pago del deudor, y sólo si no lo verifica en el breve plazo de diez días puede dirigirse contra el tercer poseedor, al que, a su vez, se reconoce el derecho de desamparar los bienes.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos afirma que no cabe duda, en el caso de que la finca hipotecada se enajene para pagar con su importe un plazo vencido estando los demás todavía pendientes, que la enajenación debe hacerse quedando subsistente la hipoteca por la cantidad que reste por satisfacer. Y si son varios los terceros poseedores, que sean requeridos todos simultáneamente.

* * *

Los artículos 119 a 133 de la Ley de 1861 recogen esta doctrina de la Exposición de Motivos.

La Ley de 21 de diciembre de 1869 hizo las siguientes modificaciones:

- Suprimió del artículo 127 el plazo de los diez días para la reclamación previa contra el deudor, y estableció la forma judicial o notarial del requerimiento. Es el primer párrafo del artículo 126 de la vigente Ley Hipotecaria.
 - *Item* en cuanto a los artículos 128 y 129. El primero es hoy el segundo párrafo del artículo 126. El segundo es el tercer párrafo del mismo artículo 126.
 - El artículo 132 es hoy el artículo 127, párrafos tercero y cuarto.
 - El artículo 133 es hoy el artículo 127, párrafos quinto, sexto y séptimo.
 - Los artículos 119 a 125 se han mantenido inalterados en la Ley actual, tal como estaban en la Ley de 1861.
- La Ley de 1909 tampoco modificó estos artículos.

* * *

III. VIGENCIA ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS BASICOS DE LA HIPOTECA DEFINIDOS EN LA LEY HIPOTECARIA

Hasta aquí hemos intentado hacer un bosquejo —hubiéramos deseado que con un mínimo de rigor— sobre la peripecia histórica seguida por los que hemos llamado principios o conceptos jurídicos básicos informantes del derecho real de hipoteca. Esa peripecia alcanza hasta la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, nuestra primera Ley Hipotecaria. A partir de ahí —como decíamos al plantear el esquema seguido—, ya no cabe hacer historia, porque las Leyes Hipotecarias posteriores han recogido fielmente en la materia la herencia que aquélla les legó.

Lo que sí cabe —como también anunciábamos— es intentar un análisis de la adaptación o no de esos principios a la realidad económica y social del momento. La doctrina lo ha venido intentando y a ella acudirémos cuando sea necesario. A la Dirección General de los Registros y del Notariado corresponde el mérito, en los últimos años particularmente, de la definición y aceptación de aquellos supuestos —a algunos de los cuales nos referíamos en la introducción— que han venido evidenciando la necesidad de contemplar variantes o modalidades en la aplicación de los conceptos jurídicos tradicionalmente informantes de la hipoteca.

Nosotros, ante una problemática que, como la realidad de la vida actual, se presenta variada y en constante cambio, tenemos una doble pretensión: en primer lugar, despertar, si fuera posible, la conciencia de los estudiosos hipotecaristas en relación con el problema mismo que venimos planteando, es decir, la búsqueda de las coordenadas en que hoy debe moverse el binomio hipoteca-principios jurídicos. En segundo lugar, intentar buscar y plantear algunos —sólo algunos— de los problemas concretos que ponen de relieve aquella conveniencia. Como hemos visto en la evolución histórica, la aplicación y definición misma de esos principios ha respondido en cada momento a las exigencias socioeconómicas, es decir, a los verdaderos problemas planteados por una determinada realidad. Esta condicionante es hoy patente y así lo ha entendido la doctrina más avanzada, que rechaza la prevalencia dialéctica de la *jurisprudencia de conceptos y de intereses*, frente a la más dinámica *jurisprudencia de problemas y de principios*, sin que, como escribió TIRSO CARRETERO (79), sea lícito a la doctrina eludir la confrontación de los principios hipotecarios con las más recientes orientaciones jurídicas.

En este terreno principios-problemas, vamos a estudiar, en primer

(79) Ver nota número 22 anterior.

lugar, la hipoteca solidaria en relación con la regla o principio de distribución de la responsabilidad, cuyo fundamento trataremos de investigar, distinguiendo entre una solidaridad que llamamos *en origen* o inicial y una solidaridad *sobrevenida*. En el primer aspecto, estudiaremos la posibilidad legal del pacto estableciendo la solidaridad, las figuras afines de la hipoteca sobre todo el valor de la finca y de la hipoteca condicional subsidiaria, así como la nueva figura de la hipoteca cambiaria y su relación con los principios tradicionales básicos, para terminar con una referencia a determinados supuestos dudosos de hipoteca solidaria, es decir, los casos de hipoteca de participaciones *pro indiviso* o de derechos integrantes del dominio y de hipoteca de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Bajo la rúbrica de hipoteca solidaria sobrevenida y lo que estimamos supone o puede suponer alteraciones al principio de distribución de responsabilidad, trataremos de estudiar los graves problemas que hoy plantea la agrupación o agregación, en su caso, de fincas hipotecadas cuando alguno de sus componentes o elementos es un edificio en régimen de propiedad horizontal o finca integrante del mismo y, en general, cuando la agrupación choca con las modernas concepciones urbanísticas y la nueva idea de finca como espacio cúbico o volumétrico frente al histórico de finca plana. Y en segundo lugar, bajo esta misma rúbrica, estudiaremos las mismas cuestiones con referencia a los otros dos supuestos de modificación de entidades hipotecarias, o sea, la división o segregación de fincas hipotecadas.

Por último, vamos a intentar lo que es casi una primera aproximación, por las características con que se presenta, a un problema de máxima actualidad: el de las hipotecas a favor de distintos acreedores, por créditos diferentes, constituidas por un solo deudor con pretendida igualdad de rango. Como el problema se ofrece, en cierto modo, como variante al más general y tradicional de la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales, nos ha parecido oportuno hacer previamente un resumen de las más interesantes cuestiones que esta última plantea y en las que habrá de apoyarse necesariamente todo estudio fundado del problema actual.

Con este esquema, como hemos apuntado, no se agotan los problemas que el mundo de hoy plantea a una figura como la hipoteca, fuertemente asentada en unos principios decantados tras largos siglos de historia. Simplemente, lo aceptamos como punto de partida.

A) LA HIPOTECA SOLIDARIA Y LA REGLA DE DISTRIBUCIÓN

1) *Concepto y caracteres de la hipoteca solidaria*

Históricamente, como hemos visto, la solidaridad de la hipoteca era una consecuencia de las notas de generalidad e indeterminación. Es cierto que, en algunos casos, se pactaban hipotecas especiales, pero, según veíamos que comentaba LUZURIAGA (80), incluso en éstas, lo habitual era incluir una cláusula de rutina, por la que quedaban obligados todos los bienes del hipotecante, quedando aquéllas convertidas en hipotecas generales, a su vez.

Sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas.

En este sentido, podemos definir la hipoteca solidaria como aquella por la que quedan sujetas varias fincas a la vez, en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas simultáneamente. Sería una definición sacada, *a contrario sensu*, de los artículos 119 y 123 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 1.722 del ya citado Proyecto de Código Civil de 1836, que no había superado aún la idea del principio de generalidad de las hipotecas, contenía una definición de la hipoteca solidaria, al establecer que la hipoteca «sujeta a la seguridad y cumplimiento de la obligación porque se constituye todos y cada uno de los bienes hipotecados».

ROCA SASTRE (81) recoge la clasificación de las hipotecas en *especiales* y *solidarias*, definiendo estas últimas de la siguiente manera: «cuando una misma hipoteca pesa sobre dos o más bienes inmuebles sin distribución de responsabilidad hipotecaria entre ellos».

En el Derecho comparado, al que nos referiremos más detalladamente en seguida, encontramos definida la hipoteca solidaria, entre otros textos, en el artículo 1.132 del Código alemán, según el cual «si en garantía de un crédito existe una hipoteca sobre varias fincas, cada finca responde por todo el crédito; el acreedor puede intentar la satisfacción a su voluntad, a costa de cada una de las fincas, en todo o en parte». La doctrina califica esta hipoteca de *solidaria* o *Gesamthypothek*.

Por último, el artículo 15 de la Ley de 1871, reguladora del sistema tabular italiano o de folio real, llama *hipotecas simultáneas* o *solidarias*

(80) *Concordancias...*, cit., pág. 931.

(81) *Ob. cit.*, IV, 1.º, pág. 208.

a aquellas que «pueden ser inscritas simultáneamente sobre dos o más cuerpos tabulares».

Conforme a estas definiciones, la hipoteca solidaria ofrece los siguientes *caracteres*:

a) *El acreedor puede repetir contra cada una de las fincas gravadas o contra todas a la vez, en perjuicio de tercero, por la total cantidad asegurada.* No tienen eficacia, por tanto, los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que están basados en la regla o principio de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

La Resolución de 17 de julio de 1935, en su último considerando, después de destacar que «el procedimiento se entabló y siguió contra la finca primitiva, que era hipotecada», señala «que al dividirse, sin acordarse la distribución del crédito, pudo el acreedor, en fuerza de la indivisibilidad de la hipoteca, obrar, en cierto modo, como si no se hubiese llevado a efecto».

b) *No cabe liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial,* cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, y esto ocurre independientemente de que existan o no terceros poseedores de los bienes gravados. Es decir, tampoco aquí tienen aplicación los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento, de modo que ni el hipotecante ni el tercer poseedor pueden exigir la cancelación parcial de la hipoteca, cualquiera que sea la parte de crédito satisfecha.

MORELL Y TERRY se pregunta (82) si modifica el artículo 124 de la Ley Hipotecaria lo dispuesto en el artículo 1.169 del Código Civil, en cuanto que concede al acreedor, a menos que el contrato expresamente lo determine, el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Y estima que no hay más remedio que entenderlo así: cuando el acreedor no consiente la entrega parcial de la prestación, el deudor no puede pagar parcialmente y no cabe, por ello, que pueda exigir la cancelación parcial, ni eligiendo ni sin elegir, a pesar del último inciso del artículo 124, que, por tanto, queda limitado al caso en que el deudor se halle autorizado para verificar pagos parciales o cumplir parcialmente la obligación, o aquel en que el acreedor admita, aun sin hallarse autorizado, la entrega parcial.

Ahora bien, en el mismo caso del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, *¿es válido el pacto de no admitirse cancelaciones parciales?* MORELL Y TERRY dice que esta cuestión está relacionada con la anterior. Si no se admite al deudor el derecho de realizar entregas parciales, es claro

(82) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo IV, págs. 28 y 29, Editorial Reus, 2.ª ed., 1930.

que tampoco ha de poder exigir cancelaciones parciales, ni antes ni después de vencer la obligación; ni el tercero, en su caso, podrá pedir esa cancelación parcial antes del vencimiento de la deuda.

La Resolución de 27 de agosto de 1912, sin distinción alguna, considera válido el pacto de no poder pedir el deudor cancelaciones parciales, subsistiendo íntegra la hipoteca sobre todas las fincas mientras no sea totalmente pagada la deuda.

Ahora bien, este pacto, que es un reflejo de la unidad del crédito frente al principio hipotecario de distribución o división de la garantía, no beneficia gran cosa al acreedor con relación al tercero, pues, como dice el propio MORELL, el tercero, en todo caso, sólo ha de responder de las cantidades que determinadamente se impusieron sobre las fincas o derechos que pasaron a su poder.

c) Consecuencia de lo dicho, en la hipoteca solidaria *rige en su plenitud el tradicional principio de indivisibilidad o tota in toto et tota in qualibet parte*.

El principio de distribución o divisibilidad hipotecaria ni determina ni impone la división del crédito, que sigue siendo uno en el orden civil y en cuanto a su ejecución o efectividad, y no sólo por acción personal, sino también por acción real hipotecaria si el vencimiento es único; lo que exige e impone es la división en la forma de prestar la garantía. Es el principio de especialidad el que ha vencido al de generalidad, el de determinación al de solidaridad, aunque esto suponga quebrantar el principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

Pero la indivisibilidad, aceptada la ficción legal de que la distribución de responsabilidad da lugar al nacimiento de tantas hipotecas como fincas, permanece intacta con respecto a cada finca, que es lo mismo que decir con respecto a cada hipoteca. Es decir, la indivisibilidad actúa respecto de cada hipoteca como entidad registral. De modo que cuando, por virtud de la distribución, quedan constituidas tantas hipotecas como fincas, la indivisibilidad actúa respecto de cada una de ellas. Un pago parcial del crédito asegurado con la hipoteca que grava esa finca, no da lugar a una cancelación parcial (es el caso de los artículos 122 y 125, primer inciso, de la Ley Hipotecaria). El pago total, en cambio, da derecho a exigir la cancelación mal llamada parcial, pues lo que se cancela es la hipoteca total, que junto con otras hipotecas, producto de la distribución, constituyen la garantía de un solo crédito (caso del art. 124 de la Ley Hipotecaria).

Cuando se producen modificaciones físicas en la finca hipotecada (caso del art. 123 de la Ley Hipotecaria), el principio de indivisibilidad actúa, como decimos, en toda su plenitud: sólo el pago total de la deuda

da derecho a exigir la cancelación de la hipoteca única y solidaria que grava por el todo todas las fincas —casos de división y segregación— o partes de fincas —casos de agrupación y agregación—, que tienen su origen en la única hipotecada (caso del art. 125, segundo inciso, de la Ley Hipotecaria). Todo ello sin perjuicio del consentimiento del acreedor (caso del propio art. 123 de la Ley Hipotecaria), que, indudablemente, puede aceptar la liberación de alguna de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria única, y en este supuesto estaríamos ante una verdadera cancelación parcial.

MORELL Y TERRY (83) distingue entre una indivisibilidad física —aunque la finca se divida..., sobre cualquier parte que quede— y otra jurídica —aunque se disminuya la obligación—. Pero el principio de indivisibilidad de los artículos 122 y 125 sólo es aplicable —dice— cuando el crédito o la obligación es uno y una la finca sobre que grava. La regla de distribución —tantas hipotecas como fincas— obliga a entender la indivisibilidad en este sentido, o sea, respecto de cada una de las fincas hipotecadas. Esta es la regla, en opinión de MORELL, a la que reconoce dos excepciones: 1.^a, el caso del párrafo 1.º del artículo 125 de la Ley Hipotecaria, cuando se halla hipotecada una sola finca, pues entonces es también indivisible el crédito hipotecario, y 2.^a, cuando la finca hipotecada se dividiere en dos o más y no acordasen distribuir entre ellas el crédito voluntariamente el deudor y el acreedor, pues en este caso subsiste la indivisibilidad de origen, aunque, según MORELL, el no llevar consigo la división de la finca la distribución de la responsabilidad, implica una anomalía en el sistema de la Ley Hipotecaria. El acreedor conserva íntegro e indivisible su crédito sobre cada fracción y sobre todas ellas, pero los intereses del deudor se perjudican y el tercer adquirente de alguna de las nuevas fincas la recibe con la responsabilidad indeterminada que le afecta.

2) *Fundamento de la regla de distribución*

Las razones que movieron al legislador de 1861 para rechazar la hipoteca solidaria, exigiendo la distribución de la responsabilidad, constan en la Exposición de Motivos y constituyen un texto clásico a cuya argumentación es difícil sustraerse. Comoquiera que lo hemos recogido más arriba (ver II, C, 4, letra d)), donde distinguíamos entre el condicionamiento económico y filosófico del problema y su solución técnico-hipotecaria, lo damos aquí por reproducido.

(83) *Obra y tomo citados*, pág. 26.

La doctrina, en general, ha apoyado la aplicación del principio de divisibilidad o distribución hipotecaria.

MORELL Y TERRY (84), al comentar los artículos 119 a 121 de la Ley de 1909 (189 a 191 del Reglamento de 1915) y las palabras de la Exposición de Motivos, dice que se estableció una verdadera ficción y se sacrificó la unidad del crédito a la diversidad de fincas hipotecadas, resultando en realidad tantas hipotecas como fincas y quebrantando, en aras del crédito territorial, el principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Sin embargo, entiende que no por ello la Ley debe ser criticada, ya que hay que rendirse a la evidencia: las diversas fincas constituyen ante el Registro diversas unidades, sin que la unidad del crédito hipotecario baste para ligarlas y convertirlas en una. Cada finca, cada unidad, puede transmitirse y gravarse con independencia de las demás, y el principio de determinación del gravamen no podía considerarse cumplido respecto de tercero sino marcando la responsabilidad especial a que cada finca debía quedar sujeta.

CAMPUZANO (85) se limitaba a comentar que es una «consecuencia del principio de especialidad, que requiere la determinación exacta y precisa de las responsabilidades que pesan sobre cada finca, y por eso, sin duda, se establece la obligatoriedad de la distribución en forma tan rígida e imperativa». A la regla reconocía una sola excepción: la del artículo 190 del Reglamento de 1915 (217 del actual), que, en nuestra opinión, como veremos, no lo es.

GALINDO (86), al comentar las palabras de la Exposición de Motivos, dice que no ve tan palpables las ventajas de la innovación que no pueda sufrir serias impugnaciones. Por de pronto existe un mal: que la Ley Hipotecaria intervenga y arregle y limite la contratación entre personas que ni por edad, capacidad, debilidad o interés social necesitan de la protección especialísima de las leyes. Permiten éstas —sigue diciendo—, atendiendo sólo al principio de libertad, que el usurero desuelle a su víctima, y le coarta el que asegure del modo que le plazca ese contrato, olvidando el principio de libertad que le dio la vida.

Entre los autores más modernos, ROCA SASTRE (87) apoya la distribución con una serie de argumentos, como son el favorecer el crédito territorial, evitar engaños y maquinaciones fraudulentas, que la solidaridad no es de gran utilidad al acreedor y no se presume en nuestro Dere-

(84) *Obra y tomo citados*, pág. 9.

(85) FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación Hipotecaria*, Madrid, Reus, 1925, págs. 483 y ss.

(86) LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, 4.ª ed., Madrid, 1899, tomo III, páginas 253 y ss.

(87) *Ob. cit.*, págs. 523 y ss., tomo IV-1.º

cho que la indivisibilidad no es de esencia en la hipoteca. Y termina apoyándose en los principios de especialidad y publicidad.

LA RICA (88) destacaba que el principio de especialidad, denominado también de determinación por algunos autores, impuso, desde los albores del régimen inmobiliario, que cuando una responsabilidad afectase a una pluralidad de fincas o derechos, fuese aquélla distribuida, especificándose de modo inequívoco la parte correspondiente a cada finca o derecho gravado.

PUIG BRUTAU (89), en pocas palabras, recoge las ideas que venimos reiterando de crédito único, división de la garantía y equivalencia económica, cuando dice: «se trata de lograr que el valor de cada uno de los bienes gravados sólo quede afectado en la medida necesaria para que entre todos garanticen el crédito único».

La DIRECCION GENERAL ha apoyado sin restricciones esta postura, por razones idénticas a las del legislador de 1861. Así, la Resolución de 16 de marzo de 1929, en su último considerando, destaca que «nuestra Ley Hipotecaria ha prohibido *las hipotecas solidarias y las subsidiarias*, es decir, las que gravan simultánea o sucesivamente, con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía, a varios inmuebles, no porque sean radicalmente nulas, y así lo demuestra el contenido del artículo 123, al permitir que el acreedor repita por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido otra, sino por no aminorar el crédito territorial del deudor, ni proteger las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de seguro éxito, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo con hipoteca...».

La Resolución de 12 de marzo de 1936, ya citada (90), además de afirmar que la determinación de la hipoteca trunca el principio de la indivisibilidad para someterse al de especialidad, declaró: « viniendo a ser la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, *mancomunada y no solidaria* entre ellas, sin admitirse, como en otros países, estipulación opuesta, con el fin de favorecer el crédito territorial, dejando un margen libre en su valor» (segundo considerando). MORELL Y TERRY (91) había afirmado con anterioridad que la doctrina del artículo 119 de la Ley Hipotecaria se había introducido no precisamente en beneficio del deudor, sino más bien en interés del crédito

(88) DON RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª Parte, Modificaciones. Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1949, pág. 259.

(89) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III-3.º, 2.ª ed., págs. 141 y siguientes, Bosch, 1974.

(90) Ver anterior nota 78.

(91) *Ob. cit.*, pág. 14, tomo IV.

territorial. Por esta razón, en relación con el *pacto entre deudor y acreedor estableciendo la solidaridad de la hipoteca* sobre todas las fincas, o sea, la indeterminación entre ellas, entendía que debía ser rechazado, aunque reconocía el abuso de los acreedores pidiendo agrupaciones de fincas, al efecto de constituir la hipoteca sin verificar la distribución.

Por último, citaremos la Resolución de 4 de noviembre de 1968, en la cual se declaró por la DIRECCION GENERAL (segundo considerando) que la exigencia contenida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria de fijar la cantidad o parte de gravamen que recae sobre cada una de las fincas hipotecadas, no se entiende cumplida por «el hecho de que en otra de las estipulaciones se haya señalado la parte de precio que en la compraventa corresponde a cada finca», que no es suficiente para que «el Registrador haya de presumir o interpretar que esas mismas cantidades se toman como base para la distribución, máxime cuando no se hace ninguna referencia o remisión a ellas en la citada cláusula».

3) *Derecho comparado*

a) *Derecho alemán*.—De las cuatro formas legales para gravar con deuda por capital una finca —hipoteca con cédula, hipoteca ordinaria sin cédula, hipoteca de seguridad y deuda territorial—, la hipoteca ordinaria, con o sin expedición de cédula, al gravar varias fincas, puede tener carácter solidario o determinarse la responsabilidad especial de cada uno de los inmuebles gravados (arts. 1.113 a 1.203 del Código de 18 de agosto de 1896).

Es decir, en Alemania, a diferencia de España, *la hipoteca es solidaria, como regla general, cuando afecta a varias fincas*. Pero el acreedor está autorizado para distribuir la cuantía del crédito sobre las fincas singulares, de manera que cada finca responda solamente por la suma asignada. De modo que, en Alemania, la división del crédito entre las fincas sólo exige el consentimiento o intervención del acreedor. Para que la solidaridad tenga expresión en el Registro, se dispone que al inscribir una de estas hipotecas, se haga constar de oficio la corresponsabilidad de las otras fincas. Pero no es lícito gravar varias fincas con hipotecas autónomas por razón de un mismo crédito en toda su cuantía.

La hipoteca solidaria es frecuente, en Alemania, en las regiones donde predomina el *minifundio rústico*, como el Palatinado. Se da también en la ciudad (92), y el caso más corriente es aquel en que el propietario de varias casas, sobre las que pesan ya gravámenes muy altos, se ve obligado a hipotecarlas todas juntas para ofrecer una mayor base de garantía. Otra

(92) Véase Roca: *Ob. cit.*, págs. 532 y 533, tomo IV-1.º

fuente de hipoteca solidaria es la *parcelación de fincas*. En las *ventas de solares*, lo corriente es que el vendedor se obligue a distribuir la hipoteca que le corresponda, en garantía del precio aplazado, entre los varios solares que se forman por parcelación de la vendida, o a eximir de responsabilidad hipotecaria las parcelas revendidas por el comprador, previo abono del tanto correspondiente.

En la hipoteca solidaria alemana, como decíamos, el acreedor tiene derecho de libre elección de finca y *distribución del crédito* cuando se trate de precisar la responsabilidad. Como dice HEDEMANN (93), este derecho se muestra en su plenitud al tiempo de la *ejecución forzosa*. El acreedor determina libremente cuál de las fincas quiere ejecutar y las demás quedan libres. Más todavía: esta liberación automática de las otras fincas lleva consigo, contra la tendencia constante en el Derecho de hipotecas alemán, el avance de los puestos hipotecarios de rango posterior, que cubren el vacío producido. Por tanto, la suerte de estos acreedores hipotecarios posteriores depende, en gran medida, de la elección que aquél haga.

La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* recogía en 1941 (94) un comentario de la *Revista de la «Akademie für Deutsches Recht»* —sobre un trabajo de WILHELM SCHÜTZ— contrario a la hipoteca solidaria, en el que, citando a dicho autor, se dice, en resumen: 1.º Que el método, propuesto por los abolicionistas, de dividir el crédito hipotecario y repartirlo sobre las diversas fincas, puede dar resultados satisfactorios en los casos en que las fincas guarden cierta independencia entre sí. Pero muchas veces se trata de fincas que contienen negocios verticales de una empresa industrial, por ejemplo, una mina y una fábrica. En esta hipótesis, se inutilizaría una finca con la pérdida de otra, forzosa consecuencia de su independización. 2.º Proponen los abolicionistas la agrupación de todas las fincas hipotecadas en una sola, procedimiento que fracasa si las diferentes fincas pertenecen a distintos propietarios. 3.º No se puede impedir nunca que una sola finca hipotecada se divida después en varias fincas (con lo que —parece dar a entender— de todas formas surge la hipoteca solidaria).

b) *Derecho suizo* (95).—El Código Civil suizo, cuando la hipoteca por un mismo crédito afecte a varios inmuebles, distingue según que estos bienes pertenezcan o no al mismo propietario, o de ser éstos varios, según sean o no deudores solidarios.

Cuando los propietarios hipotecantes de las varias fincas sean dis-

(93) *Ibidem*.

(94) Número 158, julio de 1941, pág. 501, bajo la rúbrica «Problemas hipotecarios en Alemania. El problema de la hipoteca sobre varias fincas».

(95) Tomado de Roca: *Obra y tomo citados*, págs. 530 a 533 y 554.

tintos o los codeudores correspondientes no sean solidarios, «cada inmueble debe ser gravado por una parte determinada del crédito garantido, debiéndose efectuar la distribución de la garantía proporcionalmente al valor de los varios inmuebles, salvo convención contraria» (art. 798 del Código Civil suizo).

En otro caso, surge la *hipoteca solidaria*, por la cual el acreedor goza de la facultad de satisfacerse por el todo sobre cada uno de los bienes gravados (WIELAND). Varios inmuebles pueden ser gravados por el mismo crédito cuando pertenezcan al mismo propietario o a deudores solidarios. En este caso, *cada inmueble garantiza la totalidad del crédito mientras no sean enajenados*, pues caso de enajenación de uno o de algunos habrá reparto proporcional de la garantía (arts. 833 y 846).

Si el acreedor garantido por una hipoteca colectiva o solidaria tiene derecho a conservar íntegramente su hipoteca sobre cualquiera de los inmuebles, consintiendo en desgravar los demás, no le es permitido hacerlo en *caso de ejecución*, en que debe proceder simultáneamente a la realización de todos los inmuebles, de modo que se haga posible el pago de los acreedores posteriores, contribuyendo cada inmueble proporcionalmente al pago de la deuda (art. 816). No puede el acreedor proceder a la ejecución arbitraria de algunos inmuebles, dejando intactos los demás, cosa posible en el Código francés. El Código suizo no admite la indivisibilidad de la hipoteca, aunque sea solidaria.

En el Derecho suizo, pues, si una porción del inmueble gravado es vendida, o si la enajenación afecta a uno de los varios inmuebles gravados pertenecientes a un mismo propietario, o *si el inmueble es objeto de división*, salvo pacto en contrario, es partida o distribuida, proporcionalmente a su valor, entre las diferentes fracciones de lo hipotecado. El acreedor que no acepte éste reparto puede, dentro de un mes a contar del día en que ha devenido definitiva, exigir el reembolso dentro del año. Cuando los adquirentes cargan con la parte de deuda asignada a sus parcelas, el deudor primitivo es liberado, a menos que el acreedor no declare por escrito, dentro del año, que no entiende renunciar a sus derechos contra él.

En cuanto a la *segunda hipoteca*, el artículo 812 del Código Civil suizo dispone que el propietario de un inmueble constituido con prenda inmobiliaria —que es el nombre común a las instituciones de garantía— no puede renunciar válidamente a la facultad de gravarlo con otros derechos reales. Es decir, como en Derecho español, es nula la cláusula prohibitiva de segundas hipotecas.

c) *Portugal* (96).—El artículo 696 del Código Civil establece la

(96) Las fuentes del Derecho portugués son el Código Civil de 26 de noviembre de 1966 y el Código del Registro Predial de 28 de marzo de 1967.

indivisibilidad de la hipoteca, salvo pacto en contrario, subsistiendo por entero sobre cada uno de los bienes gravados y sobre cada una de las partes que los constituyan, aunque la cosa y el crédito sean divididos o éste se encuentre parcialmente satisfecho. En opinión de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO (97), este artículo parece contemplar de entrada que sean varias las cosas o bienes hipotecados en garantía de un crédito, sin que, en tal supuesto, haya distribución de responsabilidad.

La idea de equivalencia económica entre la deuda y su garantía resulta del artículo 697, que establece que, *en caso de ejecución*, no podrán ser afectados otros bienes del patrimonio del deudor hasta que haya sido reconocida la insuficiencia de la garantía.

Por último, es interesante la disposición del artículo 721 del Código Civil portugués, que reconoce al *tercer adquirente de los bienes hipotecados* que inscribió su título y que no es personalmente responsable del cumplimiento de las obligaciones garantizadas, el derecho de purga o liberación de la hipoteca, bien pagando íntegramente a los acreedores hipotecarios, bien declarando que está presto a entregarles la cuantía por la que obtuvo los bienes o aquélla en que los estima en las adquisiciones gratuitas o sin fijación de precio.

d) *Francia* (98).—Ya antes de la reforma de 1955, se exigía en Francia que la *hipoteca convencional* se refiriera a bienes determinados, pero la jurisprudencia había entendido la exigencia con gran amplitud y estimaba válida la *hipoteca sobre todos los inmuebles de una persona* en un determinado municipio o distrito, a condición de indicar sumariamente su naturaleza.

Las hipotecas legales, los privilegios generales y la hipoteca judicial afectaban a todos los inmuebles presentes y futuros del deudor.

Tras la última reforma, toda hipoteca debe ser inscrita para ser oponible a terceros y se exige la precisión de la deuda asegurada y la determinación del inmueble gravado.

En cambio, no se ha establecido la necesidad de *distribución de la responsabilidad hipotecaria* entre las varias fincas que responden a un solo crédito. Esta falta de especialización determina la inseguridad de los ulteriores acreedores hipotecarios.

La *ejecución de la hipoteca* ofrece la particularidad de que la venta

(97) *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, tomo I, pág. 137. II Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Hipotecarios, 1974.

(98) El Derecho francés está formado principalmente por la Ley de 23 de marzo de 1855 y el Decreto de 4 de enero de 1955. Resumimos del tomo II de *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, a cargo de A. DE LA FUENTE JUNCO y M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. Centro de Estudios Hipotecarios, 1974, páginas 131 y 139.

del inmueble en pública subasta determina la purga de todas las hipotecas, sean de rango inferior o superior a la que se ejecuta. El importe del inmueble, una vez abonadas al tercer poseedor las mejoras que se le deban, se distribuirá entre los distintos acreedores, según su rango —*droit de preference*—, determinado por arreglo amistoso unánime o, en otro caso, por procedimiento especial —*procedure d'ordre*—.

e) *Italia* (99).—Hemos de distinguir los dos sistemas hipotecarios que, como es sabido, se aplican en Italia: el de folio personal y el de folio real o tabular.

En el *sistema de folio personal* rige el *principio de especialidad* y la doctrina entiende que los términos del Código excluyen la posibilidad de la hipoteca solidaria. Sin embargo, la especialidad no tiene el alcance y valor de los sistemas de desenvolvimiento técnico, pues, en opinión de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO (100), tras visitar los Registros italianos, en el Registro no hay ya una descripción detallada de las fincas, sino ni siquiera una alusión amplia.

En el *sistema real o tabular o fondiario*, que rige en las provincias italianas de origen austríaco incorporadas al Reino de Italia en la mitad del pasado siglo, la finca y los derechos reales están perfectamente delimitados en sus características y extensión, es decir, rige el *principio de especialidad*.

Sin embargo, una excepción se encuentra en las llamadas *hipotecas simultáneas o solidarias*, que gravan dos o más fincas o cuerpos tabulares, respondiendo cada una del todo del crédito hipotecario. El acreedor tiene la facultad de proceder a la satisfacción de su crédito sobre todas y cada una de las fincas hipotecadas (art. 15 de la Ley General). Ahora bien, esta facultad electiva del acreedor en las hipotecas simultáneas tiene su importancia a efectos de los acreedores posteriores al ejecutante. Y la Ley tabular, para evitar el daño económico de los *segundos acreedores*, en el supuesto de que se ejecute la totalidad del crédito sobre una de las fincas, concede a los acreedores perjudicados el derecho de subrogarse en el crédito del ejecutante sobre otra de las fincas hipotecadas, subrogación que debe ser inscrita para ser eficaz y no alcanza a los acreedores preferentes.

Otro supuesto de hipoteca simultánea se produce en el caso de *divi-*

(99) Son fuentes del sistema de folio personal el Código Civil de 16 de marzo de 1942 y la Ley del Impuesto Hipotecario de 25 de junio de 1943. Y del sistema tabular el Real Decreto de 28 de marzo de 1929, que declaró vigente la Ley de 25 de julio de 1871 del sistema austríaco, y el Código Civil italiano de 1942.

(100) En el tomo III de *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, a cargo también de P. CABANILLAS, P. MARTÍNEZ DE LA CUEVA y M. AMORÓS GOSÁLVEZ, Centro de Estudios Hipotecarios, 1974, pág. 110.

sión de un cuerpo tabular, formándose cuerpos tabulares independientes, pues la hipoteca que lo gravaba subsiste por entero sobre todos los bienes vinculados y sobre todas sus partes (art. 2.809 del Código Civil de 1942).

4) *Nuestra posición*

No obstante cuanto acabamos de exponer en relación con el tema básico hipoteca solidaria-regla de distribución, la perspectiva que dan más de ciento veinte años de aplicación de la Ley, las enseñanzas del Derecho comparado y de la doctrina y las profundas transformaciones operadas en la propiedad, principalmente urbana e industrial, hacen conveniente, a nuestro juicio, tener en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) El propósito del legislador de que el dueño «pudiese levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario, que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos», puede decirse que no ha tenido éxito. Difícilmente pueda fijarse en más de un cinco por ciento el número de fincas con *segunda hipoteca*, y aun éstas son, en la mayoría de los casos, ampliaciones de la primera por el mismo acreedor, o superposiciones de garantía en favor de acreedores, generalmente Bancos o Cajas de Ahorro, que, como apuntábamos en la introducción, tratan de asegurar créditos dudosos.

La razón o razones de este fracaso, como de otros preceptos bien intencionados de la Ley Hipotecaria —caso del artículo 140, sobre pacto de limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados—, hay que buscarla en el rechazo de los acreedores y, en general, de las instituciones financieras a la aceptación de garantías poco sólidas, como es la segunda hipoteca —pendiente siempre de la ejecución de la primera—, prohibida incluso por vía estatutaria, o de acuerdos del Consejo, en la mayoría de aquéllas. Y nos remitimos a lo demás ya dicho sobre el particular en la introducción.

b) La exigencia de la distribución se basa en la existencia de varias fincas, que, a veces, lo son sólo en el Registro o que tienen una función económica conjunta como parte de una empresa. Ello obliga a agrupar fincas, en ocasiones, sólo para salvar el escollo del artículo 119 de la Ley Hipotecaria.

c) La realidad económica y social exige atender al adecuado equilibrio entre la deuda asegurada con hipoteca y el inmueble o inmuebles objeto de ésta. En este sentido, además de tener en cuenta los anteceden-

tes que veíamos de nuestros Derechos históricos, el Derecho comparado quizá pueda ofrecer soluciones con la admisión limitada en origen de algunos casos de hipoteca solidaria, así como la imposición de la distribución entre las nuevas fincas resultantes de la división de la primeramente hipotecada, a la vista de su desmesurado crecimiento económico, como veíamos, por ejemplo, en los Derechos alemán y suizo.

d) La aparición de nuevas formas de garantía real, como la llamada hipoteca cambiaria o en garantía del pago de letras de cambio, desconocida por el legislador de 1861, plantea graves problemas de coordinación entre la Ley Hipotecaria, que exige la distribución, y el Código de Comercio, que no admite pagos parciales de la letra. Nos referiremos a esta cuestión más detalladamente en seguida.

e) Tampoco parecen suficiente razón en el juego solidaridad-determinación de la hipoteca, los posibles acuerdos fraudulentos que perjudiquen a un tercer poseedor, ya que cabe facultar al Juez para que, a petición del interesado y si fuese posible, distribuya la deuda, a falta de acuerdo entre las partes, como veíamos en el Derecho comparado.

f) Por último, la distribución no es, en todo caso, una consecuencia necesaria del principio de especialidad. En este sentido, podemos decir, con autor tan poco sospechoso en la materia como don JERÓNIMO GONZÁLEZ (101), que «no siempre está distribuido el crédito hipotecario con tal rigor que pueda determinarse exactamente la cantidad que grava la finca en cada momento; una emisión de títulos al portador garantizados con hipoteca grava a varias fincas sin especificar los números de las obligaciones a que, respectivamente, están afectas. Pagadas o amortizadas algunas, pero sin practicar la cancelación correspondiente, que a veces no es posible, todas las fincas responden del resto».

B) HIPOTECA SOLIDARIA EN ORIGEN

Vamos a plantearnos aquí algunas ideas sobre lo que pudiera ser una solidaridad hipotecaria en origen, es decir, nacida en el momento mismo de la constitución de la hipoteca, dejando para más adelante los casos de solidaridad sobrevenida, consecuencia generalmente de las modificaciones operadas en la entidad física de la finca primeramente hipotecada.

Por separado, estudiaremos a continuación los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario, considerados a veces como supuestos de excep-

(101) *Principios hipotecarios*, pág. 262, editado en 1931, en Madrid, por la Asociación de Registradores de la Propiedad.

ción a la regla de distribución de la responsabilidad hipotecaria del artículo 119 de la Ley.

En el primer sentido, incluimos los siguientes casos:

1) *Pacto estableciendo la solidaridad de la hipoteca*

En los Derechos alemán y suizo hemos visto cómo la hipoteca cuando grava varias fincas en garantía de un solo crédito es, en general, naturalmente solidaria y lo posible es el pacto de distribución, que, en cualquier caso, puede hacer el acreedor por sí solo. También es indivisible, salvo pacto, la hipoteca sobre varias fincas en Portugal.

En el Derecho español, como apuntábamos más arriba (III, A, 2), la Resolución de 12 de marzo de 1936 declaró el carácter mancomunado y no solidario de la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, sin admitirse, como en otros países, estipulación opuesta, tesis que, como igualmente señalábamos, había mantenido ya MORELL Y TERRY. Por tanto, de Derecho constituido, no es válido el pacto entre deudor y acreedor estableciendo la solidaridad en origen de la hipoteca que grava varias fincas.

2) *Carácter solidario de la hipoteca hasta la aparición de terceros*

La regla de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas gravadas del artículo 119 de la Ley obedece, como hemos visto, en la mentalidad de sus autores, a una razón última: el fomento del crédito territorial, la posibilidad de segundas y ulteriores hipotecas sobre la misma finca. Veíamos cómo en la discusión parlamentaria de la Ley de 1861 (más arriba, II, C, 4, c), el señor PERMANYER afirmaba la solidaridad del gravamen a que quedan sujetas todas las fincas obligadas por un solo crédito mientras los bienes continúen siendo del deudor y obligado, pues entonces responden los bienes todos y cada uno por la totalidad del crédito. Y el señor PERMANYER era uno de los máximos defensores de la regla de distribución. O sea, que en tanto no se produce registralmente el hecho hipotecario de la aparición de otro interesado —adquirente de la finca o de otro derecho real sobre ella—, la regla de distribución no funciona, o funciona limitadamente, si se quiere. Los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que no hacen sino traducir las palabras de la Exposición de Motivos, son muy claros al respecto: «Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos *con perjuicio de tercero...*», y «... si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del

crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia *contra las demás fincas hipotecadas* que conserve el deudor en su poder, pero *sin prelación*, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas».

Por tanto: mientras no haya terceros interesados, si la finca ejecutada no basta para cubrir el crédito, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de las demás (*solidaridad*) para el cobro de lo que le falte. En cambio, si hay terceros interesados, podrá repetir contra las demás, pero sólo por la cantidad a que estén afectas (*regla de distribución*), con preferencia respecto de dichos terceros, porque en cuanto a la diferencia, si la hubiere, los terceros son preferentes.

Ocorre, pues, que esta solidaridad natural en origen o primaria de toda hipoteca es, necesariamente, limitada, al estar condicionada a la posible aparición de terceros. MORELL Y TERRY (102), al estudiar los efectos de la determinación de la hipoteca sobre varias fincas, precisaba que si bien con la regla de distribución surgen tantas hipotecas como fincas, mientras todas sigan en poder del deudor hipotecante y no haya nuevos gravámenes inscritos, esto es, mientras no haya tercero, puede el acreedor repetir contra todos los inmuebles gravados, cobrando en unos lo que no alcance en otros. Al entablar el acreedor su reclamación —de-cía— puede ocurrir: a) Que las fincas continúen en poder del deudor, sin haberse impuesto después sobre ellas ningún otro gravamen; en este caso, el acreedor puede cobrar, con el exceso de valor de alguna de las fincas, la parte de crédito que no alcance a cubrir el valor de las demás, subsistiendo la solidaridad entre las fincas hipotecadas. b) Que las fincas sigan en poder del hipotecante, pero que hubiese impuesto sobre ellas derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca de que se trate; en este segundo caso, se aplica literalmente el artículo 121 de la Ley Hipotecaria. c) Que alguna de las fincas haya pasado a un tercer poseedor: éste sólo responde de las cantidades asignadas a ella.

3) *Hipoteca por todo el valor de la finca*

MORELL Y TERRY (103) plantea el problema de si, frente al principio de determinación de la hipoteca que exige precisar el importe de la responsabilidad de cada una de las fincas gravadas, es posible constituir una hipoteca que absorba todo el valor de la o las fincas.

(102) *Ob. cit.*, págs. 14 y 19, tomo IV.

(103) *Ibidem.*

Más tajantemente, CHICO Y ORTIZ (*obra y tomo citados*, pág. 750) afirma que, aunque la distribución se haya verificado, no produce efectos si no existen terceros.

Evidentemente, no se puede negar a las partes, en el campo de la autonomía de la voluntad, ese derecho: las fincas valen un millón y se presta un millón. Pero, como aclara dicho autor, es indispensable precisar el valor que a cada finca se asigna, de modo que cuando se diga que la finca vale un millón, no puede pretender el acreedor, si se vende en tres millones, que todo ese valor es suyo, pues para el tercero no puede existir la indeterminación de lo que en su día puede valer, sino que ha de conocer, clara y concretamente, la cantidad de que el inmueble debe responder.

4) *Hipoteca subsidiaria o condicional subsidiaria*

Llama así MORELL Y TERRY (104) a la hipoteca creada sólo para el caso de que resulte insuficiente al pago del crédito el valor de las fincas hipotecadas en primer término, dada la cantidad que, en cumplimiento de la regla de distribución del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, se les asignó. Resalta —dice— la naturaleza de la hipoteca subsidiaria cuando se impone sobre una finca, sobre la misma finca, con el siguiente tenor: vale dos millones y debe responder de millón y medio, y subsidiariamente por todo su valor.

Sobre la validez de este tipo de hipoteca, se pronuncia negativamente y entiende que, en este caso, la *determinación* que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria se convierte en *solidaridad* de la hipoteca sobre todas las fincas gravadas, que es precisamente lo que la Ley quiso evitar.

La DIRECCION GENERAL, como ya vimos, en la Resolución de 16 de marzo de 1929 declaró la prohibición, derivada de la propia Ley Hipotecaria, de constituir hipotecas tanto *solidarias como subsidiarias*, es decir, las que gravan simultánea o sucesivamente, con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía, a varios inmuebles (último considerando).

La Resolución de 12 de marzo de 1936 contiene, en sus considerandos tercero y cuarto, una doctrina muy clara sobre esta variedad de hipoteca, que por su interés vamos a reproducir:

«Considerando que al constituirse doña... fiadora y solidariamente responsable de la parte que no alcance a cubrir la hipoteca de don..., constituyendo fianza hipotecaria sobre la finca que ya hipotecó con éste, es indudable que *tanto la hipoteca principal como la subsidiaria tienen por finalidad el aseguramiento de un solo crédito* —si bien con subordinación a un orden de ejecución— que impediría al tercer adquirente de la finca dada ahora en garantía saber con seguridad las responsabilidades

(104) *Ob. cit.*, pág. 21, tomo IV.

que por tal concepto se pueden hacer efectivas sobre ella, quedando subordinado el derecho al ejercicio de facultades extrañas o al resultado de sucesos que deterioren o destruyan la de su marido.»

«Considerando que en este juego de personas, derechos y condiciones es necesario que el Registro muestre siempre a los terceros, con precisión y exactitud, la naturaleza y circunstancias de las relaciones inscritas sin desnaturalizar el carácter de la hipoteca, y en tal sentido, al no poder constituirse ésta como no sea para asegurar algún crédito actual, eventual o futuro, ha de admitirse que en el caso presente las dos fincas vienen, en definitiva, a garantizar una misma obligación principal con una doble y agotadora distribución de responsabilidad, o ha de sostenerse que la hipoteca discutida es un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles en tal concepto, o que es *una fianza de otra de carácter real*, figura jurídica que no cabe dentro del articulado de nuestro Código Civil.»

5) *Hipoteca cambiaria*

Del problema general de la hipoteca cambiaria y de la mayor parte de las cuestiones puntuales que plantea, nos hemos ocupado en trabajos anteriores (105). Ahora vamos a limitarnos a un breve examen de las relaciones de la figura con los principios básicos que venimos estudiando.

El artículo 119 de la Ley Hipotecaria, recogido ya en la Ley de 1861, ha impedido la creación de hipotecas solidarias en origen, según venimos reiterando. Sin embargo, la postura del legislador de 1861 no tomó en consideración —ni pudo hacerlo— la posibilidad de ciertas hipotecas frecuentes en la práctica de hoy, como son las hipotecas en garantía del pago de letras de cambio o cambiarias, hoy definitivamente admitidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado: Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973, de 31 de octubre de 1978, de 18 de octubre de 1979 y de 23 de octubre de 1981, como más importantes.

Muchas son las cuestiones que plantea este tipo de hipotecas, por lo que la Dirección General, en la Resolución de 26 de octubre de 1973, hacía un llamamiento a la labor creadora de Notarios y Registradores de la Propiedad. En lo que ahora nos afecta, la mayoría de los problemas surgen al tratar de coordinar las leyes hipotecarias, que exigen la distribución de responsabilidad entre las varias fincas gravadas, y las leyes mercantiles, que no admiten pagos anticipados ni parciales de la letra.

Partiendo de la base de que la hipoteca cambiaria es la constituida en garantía del pago cambiario de la letra, ello significa, a nuestro juicio,

(105) Remitimos a los tres estudios citados en la nota 19.

que el régimen jurídico del pago es el regulado en el Código de Comercio, según el cual la letra ha de ser pagada el día de su vencimiento, sin término de gracia o cortesía (arts. 455 y 458), no quedando liberado el deudor por pago anticipado si resultase no haber pagado a persona legítima (art. 490), y, sobre todo, sin que el tenedor pueda ser obligado a percibir el importe antes de su vencimiento (art. 493), ni parcialmente, salvo acuerdo entre portador y librado (art. 494); la consignación sólo cabe en el supuesto de falta de justificación de la personalidad del tenedor (art. 492, 2.º).

Pues bien, sin perder de vista estos preceptos básicos, vamos a distinguir los siguientes supuestos:

a) Que se garantice el pago de *una sola letra con hipoteca sobre dos o más fincas*. En este caso, creemos que se producen los siguientes efectos:

1.º No rige el artículo 120 de la Ley Hipotecaria ni su antecedente el 119, ya que estos preceptos, como hemos reiterado, suponen imponer un pago parcial, lo cual va en contra del artículo 494 del Código de Comercio.

2.º Tampoco es aplicable el artículo 124 de la Ley Hipotecaria ni su desarrollo en el artículo 221 del Reglamento, preceptos fundados igualmente en pagos parciales, como consecuencia de la distribución, no vinculantes en la letra (106).

3.º Aun cuando voluntariamente se hubiese distribuido la responsabilidad, ello no afectará al tenedor de la letra al tiempo de exigir su pago, quien podrá negarse a aceptar pagos parciales, pudiendo, en consecuencia, ejercitar su acción contra todos los bienes hipotecados, con plena aplicación, en su concepto más tradicional, del principio de indivisibilidad como fuente de la solidaridad.

La posición contraria nos llevaría a distorsionar el régimen jurídico de la letra en punto tan esencial como es el pago, mientras que la distribución de la responsabilidad hipotecaria, lejos de ser esencial a la hipoteca, como venimos reiterando, se justifica por razones más bien extrañas a la propia hipoteca, como es el fomento del crédito.

Podría argumentarse en contra aduciendo que también el artículo 1.169 del Código Civil establece que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación, pero

(106) En *Cancelación de la hipoteca cambiaria* (cit. nota 19) habíamos sostenido ya la inaplicabilidad a esta modalidad de hipoteca del artículo 221 del Reglamento Hipotecario.

no hay que olvidar que el adquirente del bien hipotecado es causahabiente del hipotecante, mientras que el adquirente o endosatario de una letra de cambio tiene, como señala JOAQUÍN GARRIGUES (107), «un derecho autónomo e invulnerable a las excepciones oponibles a los poseedores precedentes».

b) Que se hipotequen *varias fincas en garantía del pago de varias letras de cambio*. Es el supuesto contemplado en las Resoluciones de 26 de octubre de 1973, 18 de octubre de 1979 y 23 de octubre de 1981.

Frente a la tesis de «tantas hipotecas como letras», que había mantenido EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (108), la Dirección General, en la Resolución de 18 de octubre de 1979, estableció que «no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria». El Registrador había calificado como defecto subsanable «no distribuirse la responsabilidad hipotecaria, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, por cada letra y en cuanto a cada finca, lo que igualmente exige el principio de especialidad, pues siendo varias las letras emitidas, han de entenderse constituidas tantas hipotecas cuantas sean aquéllas, como se desprende, por un lado, del artículo 155, párrafo 2.º, de la misma Ley, y, por otro, de la propia naturaleza de la letra de cambio».

El recurrente argumentó, entre otras cosas, que «la posibilidad de la hipoteca única en garantía del pago de diversidad de títulos está expresamente reconocida por el precepto citado (art. 155 de la Ley Hipotecaria)».

El Registrador informó sobre la base del carácter independiente de cada obligación cambiaria, lo que llevaría a considerar tantas hipotecas como letras y, a su vez, a tener que «distribuirse la responsabilidad por cada una de éstas sobre cada una de las fincas hipotecadas».

La DIRECCION, en su cuarto considerando, después de admitir la hipoteca única en garantía de varias obligaciones, se limitó a añadir: «por lo que no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria».

Se observa, por consiguiente, que, tanto en la argumentación del Registrador como en la postura de la Dirección, la necesidad o no de distribuir la responsabilidad es consecuencia de una postura previa: la existencia de una o de varias hipotecas.

c) Precisamente, entendemos que merece consideración aparte un problema que no ha sido objeto de recurso y que completa el cuadro de

(107) *Instituciones de Derecho mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 1953, pág. 309.

(108) «Comentarios a las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973», número 501, 1974, pág. 339.

lo que acabamos de decir: *si la distribución de responsabilidad debe ir acompañada de la fijación de las letras de que responde cada finca.*

En la práctica no se produce esta determinación, lo que nos lleva a considerar lo que ya señalaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ (ver anteriormente, en este mismo apartado III, 4, letra f)), que no siempre está distribuido el crédito hipotecario con tal rigor que pueda determinarse exactamente la cantidad que en cada momento grava la finca. Una emisión de títulos al portador —hoy habría que decir una emisión de varias letras de cambio— garantizadas con hipoteca grava a varias fincas, sin especificar los números de las obligaciones —o las letras respectivas— a que están afectas. Pagadas algunas, pero sin practicar la cancelación correspondiente, que a veces no es posible, todas las fincas responden del resto.

A nuestro juicio, abundando en esta idea de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la no determinación de las letras de que responde cada finca produce consecuencias negativas, como son:

1.^a Que pagadas algunas letras, todas las fincas responden del resto, pudiendo, en consecuencia, el tenedor dirigirse contra todas ellas, si bien hasta la responsabilidad máxima atribuida cuando estén en poder de tercero.

2.^a Que, en dicho caso de pago parcial, caben manipulaciones fraudulentas —las mismas que justificaban la supresión de las hipotecas solidarias— entre el que cobró las letras y alguno de los dueños de las fincas gravadas, cancelando su responsabilidad, y pudiendo perjudicar a los tenedores de las restantes letras, así como a los propietarios de las otras fincas.

3.^a Que, igualmente, el tercer poseedor de la finca hipotecada puede, al elegir unas u otras letras para su pago, perjudicar al resto de los tenedores.

No se nos oculta que la distribución por letras ofrecerá dificultades en ciertos casos, especialmente si las letras son emitidas por cantidades notoriamente desiguales, difíciles de ajustar a los valores de las fincas. Pero estas dificultades no son mayores que los problemas que plantea la actual situación y, en todo caso, no existen cuando se trate de letras de igual valor y vencimientos periódicos.

C) LOS ARTÍCULOS 217 Y 218 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. ¿SON CASOS DE HIPOTECA SOLIDARIA?

Vamos a ver por separado estos dos artículos, terminando su problemática con una cuestión común que suelen plantear ambos textos.

1) *El artículo 217 del Reglamento Hipotecario*

Al permitir la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* de una finca o derecho, sin necesidad de distribuir entre los mismos la responsabilidad hipotecaria, se ha venido considerando que estamos en presencia de un supuesto de hipoteca solidaria. Claramente hay que decir que ello no es cierto, en base a las razones que luego expondremos.

Antes de recoger algún comentario doctrinal sobre este artículo, digamos que su génesis hay que buscarla en una rectificación del legislador a la doctrina sentada por la Dirección General en Resoluciones de 26 de junio y 27 de diciembre de 1909 y 22 de marzo de 1915.

En el cuarto considerando de la primera de las resoluciones citadas, la Dirección fundamentaba su postura en «el precepto del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que exige determinar la extensión del derecho que haya de inscribirse, y demanda, cuando se trata de fincas poseídas en común, que se fije con toda claridad y precisión la porción ideal o parte a que haya de afectar el derecho inscribible, doctrina aún más aplicable al caso actual por virtud de lo prevenido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria».

En la Resolución de diciembre del mismo año de 1909, la Dirección General insiste, en el único considerando, que al haber contraído los deudores obligaciones mancomunadas simples y no solidarias, «debió hacerse constar la parte de cada uno de ellos, como condueños, que quedaba especialmente gravada por capital, intereses y costas».

Por último, la Resolución de 1915 se reitera «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».

Pero frente a esta postura doctrinal impecable, se impuso la realidad económica. Nadie está interesado en garantizar su crédito con cuotas indivisas o derechos integrantes del dominio. Incluso alguna entidad de la importancia del Banco Hipotecario de España, lo tiene expresamente prohibido, salvo que se hipoteque la finca en su totalidad (109).

Consecuencia de ello fue la redacción del artículo 190 del Reglamento Hipotecario de 1915, cuyos términos recoge literalmente el actual artículo 217. MORELL Y TERRY (110) se refería a este precepto calificán-

(109) Artículo 77 de los Estatutos de 3 de noviembre de 1928.

(110) *Obra y tomo citados*, pág. 10.

dolo como «una saludable excepción». A continuación añadía: «Claro que si el acuerdo de los interesados no existe o no se hace constar su existencia, se impone la distribución. Ha podido hacerse algo más. Se explica la conveniencia de la distribución de la responsabilidad entre derechos diferentes; no se explica entre las distintas participaciones indivisas de una misma finca, y mucho menos si son iguales. La responsabilidad forzosamente debe ser proporcionada a la participación».

ROCA SASTRE (111), comentando el precepto, dice que «si hay una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, no hay que distribuir, ya que o bien se hipoteca la finca en sí o bien una participación global resultante sobre la misma». Destaca, además, que «falta una norma que prohíba esta hipoteca conjunta cuando alguno de los derechos integrantes o cuotas indivisas ya se halle aisladamente hipotecado, puesto que así se evitaría la distorsión que respecto de la hipoteca conjunta puede producirse si aquella hipoteca aislada anterior va a la ejecución».

En todo caso, es evidente que no estamos en presencia de una hipoteca solidaria, ya que le falta la característica esencial a este tipo de hipotecas: la posibilidad del acreedor de perseguir todos y cada uno de los bienes hipotecados, mientras que aquí no puede dirigirse individualmente contra cada derecho, por la misma razón que no puede el acreedor, en caso de hipotecarse el pleno dominio, perseguir sólo uno de sus derechos integrantes. Consecuencia de ello es que la tasación, a efectos de subasta, debe hacerse por la totalidad de la finca o derechos hipotecados y no por cada uno de ellos.

Por último, señalaremos que, a nuestro juicio, estos efectos se producen independientemente del carácter solidario o mancomunado de la deuda, a pesar de la doctrina, antes apuntada, de las Resoluciones de 27 de diciembre de 1909 y 22 de marzo de 1915 (112).

2) *El artículo 218 del Reglamento Hipotecario*

Se trata de una novedad del Reglamento de 1947, que se inspiró para ello en la excepción del artículo 217. Literalmente, se refiere a la posibilidad de que los *condueños o diversos propietarios* de un edificio en régimen de propiedad horizontal puedan constituir esta hipoteca unitaria.

(111) *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 536.

(112) En relación con las variantes que puede ofrecer el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, es de señalar que el artículo 322 de la Compilación de Cataluña regula la hipoteca constituida conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada.

Pero, evidentemente, también podrá constituirla el propietario único del edificio.

LA RICA (113) nos dice que «así constituida la hipoteca, *que realmente es única*, aun cuando sean múltiples los deudores o hipotecantes e incluso las obligaciones garantizadas, *la distribución resulta innecesaria* y, además, perturbadora, puesto que el hipotecarista no puede hacer efectivo su derecho dirigiendo su acción contra cada piso separadamente, sino contra la totalidad del edificio. Equivale a una hipoteca normal sobre una casa, impuesta por todos los condueños de la misma».

El mismo autor nos dice que «hay que tener muy en cuenta que esta hipoteca de todos los pisos de un edificio *no es una hipoteca solidaria*, en que cada piso responda también de la responsabilidad de los demás, *ni una hipoteca subsidiaria*, en que cada piso responda defectivamente de la responsabilidad que no lleguen a cubrir los demás, sino que *es una hipoteca unitaria*, es decir, una sola hipoteca constituida sobre toda la casa como una unidad registral. En consecuencia, llegado el caso de ejecución, el acreedor no puede ejecutar los pisos con separación, sino solamente la totalidad del edificio». El propio artículo 218, al final, así lo establece expresamente: «El acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho, en estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio».

ROCA SASTRE (114) nos dice que «se trata, en definitiva, de una especie de hipoteca ordinaria o normal, aunque ofrezca alguna peculiaridad, como lo demuestra la existencia misma de dicho artículo 218 del Reglamento Hipotecario...».

BUENAVENTURA CAMY (115) llama a las hipotecas constituidas al amparo de los artículos 217 y 218 del Reglamento, «excepcionales hipotecas solidarias en cuanto a los deudores». Y agrega a continuación: «Ahora bien, en esta especial *solidaridad de deudores*, como la hipoteca continúa siendo indivisible, la ejecución de ella, cuando proceda, habrá de realizarse contra la totalidad de la finca integrada por los varios derechos, las varias participaciones o los varios pisos, dirigiéndose simultáneamente la ejecución contra todos los deudores, sin permitirse así la facultad alternativa, concedida al acreedor por el artículo 1.144 del Código Civil, de que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o lo que es lo mismo, y en este caso, contra cualquiera de las partes que, integrando la totalidad de la finca, estén comprendidas en la hipoteca del conjunto».

(113) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª Parte, Innovaciones. Colegio de Registradores, Madrid, 1948, págs. 213 y ss.

(114) *Obra y tomo citados*, pág. 539.

(115) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., tomo VI, pág. 538.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (116) plantea el tema de si el acuerdo de los dueños, referido en el artículo 218, habrá de adoptarse por unanimidad o por simple mayoría, estimando que como la materia de dicho acuerdo no tiene encaje en la norma 1.^a del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y sí, por el contrario, en la norma 2.^a, es suficiente la mayoría para su validez, pudiendo los disidentes acudir a los medios que se establecen en la norma 3.^a si se consideran gravemente perjudicados.

En nuestra opinión, la solución a este problema no está en la Ley de Propiedad Horizontal, sino en la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 138 exige que la hipoteca voluntaria sea impuesta «por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan», lo que excluye la posibilidad de sustituir ese consentimiento individual por uno colectivo.

En resumen, de todo lo dicho resulta:

a) La hipoteca del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, a nuestro juicio, *no es una hipoteca solidaria, sino unitaria*.

b) La especialidad registral consiste en el modo de practicar los asientos, lo cual carece de trascendencia a los efectos que estamos examinando.

c) La especialidad procesal consiste en tener que perseguir el edificio en la totalidad y no poder perseguir los pisos separadamente.

d) Si algún piso o departamento estuviera hipotecado con anterioridad y se ejecutara esta hipoteca anterior, habría que cancelar parcialmente la hipoteca unitaria posterior, conforme al principio de purga o liberación.

e) En este último caso, si hubiese sobrante, cualquiera que fuese su importe, habría de aplicarse al pago de la hipoteca unitaria posterior, con lo que podría resultar perjudicado el propietario de dicho piso o departamento y beneficiados los demás.

En base a ello, no parece aconsejable la constitución de estas hipotecas unitarias si alguno de los pisos o departamentos estuviera anteriormente hipotecado, siendo de lamentar que el Reglamento no lo haya dispuesto así expresamente.

3) *Una cuestión común a ambos textos*

Los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario plantean el problema común de si es posible la inscripción parcial de la hipoteca sobre

(116) *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pág. 1127.

los derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* del mismo, o sobre la totalidad de la casa en régimen de propiedad horizontal, en el supuesto de que fuese denegable el asiento por defectos atribuibles a uno solo de los hipotecantes, como pueden ser falta de capacidad, poder insuficiente, no haber obtenido la pertinente autorización judicial, interrupción parcial del tracto, etc.

A nuestro modo de ver, la hipoteca de los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario es una *hipoteca unitaria*, lo cual significa la imposibilidad de alterar los términos legales de dichos artículos. En consecuencia, pactada, al amparo del artículo 217, «una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos», o, al amparo del artículo 218, «una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca», no cabe acudir al párrafo cuarto del artículo 434 del propio Reglamento, permitiendo que el presentante o el interesado puedan manifestar su conformidad en que se despache el documento parcialmente, sin operación alguna en cuanto al hipotecante defectuoso.

La razón está, a nuestro juicio, en que no es posible modificar la voluntad negocial por la voluntad de inscripción. La voluntad negocial es constituir, sobre una finca o casa en propiedad horizontal, una sola hipoteca, y ésta no surge, dado el carácter constitutivo de la inscripción, hasta que se practica el asiento. Si el presentante pudiese modificar la inscripción en este punto, modificaría también la voluntad negocial, lo cual es inadmisibile.

A mayor abundamiento, debe considerarse que normalmente el hipotecante es también deudor, por lo que si la hipoteca se mantuviese en su totalidad sobre los otros hipotecantes, éstos vendrían a ser, en parte, hipotecantes no deudores por la porción no inscrita, y esto, evidentemente, no puede presumirse como querido por las partes.

D) HIPOTECA SOLIDARIA SOBREVENIDA Y ALTERACIONES AL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El *principio de indivisibilidad*, que, como ya hemos expresado, no es de esencia en la hipoteca, pues responde a la finalidad esencial de protección a ultranza de los intereses del acreedor, meta única de la figura durante un largo período histórico de su evolución, como hemos visto, debe ceder ante el *principio de especialidad*, de naturaleza institucional. Este último responde a la necesidad de vigorizar el crédito territorial, sin menoscabo de los intereses de los acreedores, y es presupuesto indispensable de la concepción técnica moderna de la institución registral. La especialidad registral, en materia de hipotecas, se hace efectiva a través

de un proceso —*la determinación hipotecaria y la distribución de responsabilidad*— que trata de buscar la plena seguridad jurídica y que tiene como trasfondo económico y social un justo equilibrio entre la deuda, su garantía y los intereses de terceros.

Ese equilibrio supone, en el fondo, que la forma jurídica debe correr paralela a la realidad económica y social que la justifica. Cuando el equilibrio se rompe, principalmente, en nuestro caso, por la aparición de un nuevo concepto de finca, que exige operar reiteradamente en su entidad física y que determina profundas transformaciones en su estimación económica, observamos que la norma jurídica o jurídico-hipotecaria se ve claramente desbordada por esa realidad.

Nosotros vamos a intentar, en este punto, un estudio actualizado del comportamiento de los principios básicos tradicionales de la hipoteca ante las modificaciones de la finca como entidad material, en los casos concretos de agrupación y división, siguiendo la terminología habitual.

1) *Agrupación de fincas hipotecadas*

La *agrupación* de fincas es un negocio jurídico unilateral, por el que el titular o titulares de dos o más fincas inscritas las reúnen formando una sola con unidad física o jurídica, la cual se inscribe con número diferente (ver nuevo art. 45, último párrafo, del Reglamento Hipotecario).

Como variante de este negocio existe el de *agregación*, por el cual puede incorporarse a una finca inscrita, sin alterar su numeración, otra u otras fincas o partes de fincas inscritas, siempre que la extensión de éstas no exceda del quinto de la superficie de la finca a la que se agregan (así debe entenderse a la vista del nuevo art. 48 del Reglamento Hipotecario, reformado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982).

Respecto a estos negocios nos interesa ahora destacar:

— Que es la voluntad del propietario o propietarios la única que decide la agrupación o agregación.

TIRSO CARRETERO (117) pone de relieve cómo la Dirección General, en los casos de modificación de entidades hipotecarias conectadas con actos dispositivos posteriores, suele centrarse en estos últimos. Sin embargo, es necesario distinguir netamente entre la modificación registral de la finca —negocio jurídico unilateral en el que no hay más interesado que el que la realiza y formaliza— y el acto dispositivo que puede seguirla, como la venta, venta con hipoteca en garantía del precio aplaza-

(117) «Comentarios a la Resolución de 27 de febrero de 1978», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, 1978, págs. 986 y ss.

do, títulos de cesión de comunidad, etc. —negocio jurídico bilateral o plurilateral, con varios interesados— (118).

— Que, en consecuencia, no es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre las fincas de origen, quienes no pueden impedir la agrupación o agregación, si bien éstas dejan intactos sus derechos, afecciones o gravámenes.

Con estas breves ideas por delante, vamos a distinguir los siguientes aspectos del problema:

a) *Régimen legal*.—Sustantivamente, se aplica el artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, que excluye de la extensión de la hipoteca a las mejoras que consistan en «agregación de terrenos, excepto por accesión natural».

Este precepto permanece inalterado, si bien con diferente número, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, y coincide con lo dispuesto en los artículos 1.877 del Código Civil y 109 de la propia Ley Hipotecaria, que extienden la hipoteca a las accesiones naturales, quedando, *a sensu contrario*, excluidas las agrupaciones y agregaciones voluntarias.

En el aspecto tabular, estas operaciones se regulan por los artículos 45, para la agrupación, y 48, para la agregación, del Reglamento Hipotecario, que han sido nuevamente redactados por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. La novedad consiste en la posibilidad de agrupar fincas de distintos propietarios y la de agregar a una finca otra u otras, y no sólo partes de finca (119).

b) *Derecho comparado* (120).—En *Derecho alemán* se distingue entre:

— *Adscripción*, cuando se une una finca, llamada integrante, a otra finca, llamada principal; las cargas de ésta se extienden a la primera, pero no a la inversa.

— *Reunión* de varias fincas en una sola, en cuyo caso, los gravámenes que individualmente les afecten no se extienden o comunican a la finca total unificada.

En *Derecho suizo*, la reunión en un solo inmueble de varias fincas pertenecientes a un mismo propietario no puede llevarse al Registro si

(118) La Resolución de 12 de febrero de 1958 rechazó la inscripción de las modificaciones registrales de finca otorgadas por la adjudicataria «en vacío» que sólo tiene el mandato testamentario para la transmisión a otra persona de la finca.

(119) Antecedente inmediato de la agregación de fincas enteras es la Resolución de 14 de marzo de 1975, que ya la autorizó.

(120) Tomado de LA RICA: *Libro Homenaje*, editado por el Colegio Nacional de Registradores, 1974, tomo II, pág. 500.

existen garantías inmobiliarias o cargas territoriales anteriores, salvo que los acreedores consientan la reunión o unificación.

c) *Opiniones doctrinales*.—ROCA SASTRE (121) se limita a decirnos que siempre constituyen un foco de problemas —que, por cierto, no enumera— las agrupaciones de fincas gravadas, aconsejando, para «dulcificar» el tema, la descripción en el folio de la finca agrupada de todas las parcelas de origen, evitando con ello, a su juicio, «dar la impresión de que con estos gravámenes quedan contaminadas todas las fincas componentes de la única finca resultante de la agrupación».

El mismo autor (122), después de destacar que la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin extenderse a las demás agrupadas o agregadas, añade que «como la agrupación no afecta para nada al derecho del acreedor hipotecario, de ahí que si éste procede a la ejecución y se enajena forzosamente la finca hipotecada que se agrupó, entonces se producirá una desagrupación de la misma». (Lo que no nos dice es cómo se desagrupa, en base a qué títulos, y cómo se resuelven los graves problemas que la desagrupación puede llevar consigo, que trataremos de esbozar más adelante.)

LA RICA (123) contempla el caso del acreedor hipotecario sobre finca que, posteriormente a la hipoteca, se desagrupa. Ejecutada y vendida la finca gravada, surge del Registro la dificultad para inscribirla al tratarse de una finca que no existe registralmente, pues ha pasado a formar parte de otra nueva. Se impone, en este caso, «desunificar», es decir, separar de la finca agrupada la porción objeto de la ejecución judicial para que vuelva a formar finca independiente. Lo más lógico es que volviese a revivir la finca registral, con su antiguo número y en el mismo folio, opinión que apoya en la autoridad de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien, en sus explicaciones en la Universidad Central, afirmaba que todavía existía la finca que se agrupa, siendo necesaria esa ficción para no vulnerar artículos fundamentales de nuestra Ley que prohíben la inscripción de un título relativo a una finca carente de inscripción, de tal manera que aunque hayan desaparecido los antiguos números y las antiguas fincas para formar otra, todavía han de tener esa existencia ficticia a los efectos de los derechos reales constituidos con anterioridad a la unificación.

Insiste este autor en el tema señalando el caso de que sobre la finca total agrupada por unificación de dos solares colindantes, uno de ellos hipotecado, se hubiese levantado una casa. «Se comprenderá —dice— la imposibilidad no sólo de volver a abrir el historial registral de este solar

(121) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 430.

(122) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 551.

(123) En «La unificación de fincas y sus problemas», en el citado *Libro Homenaje*, tomo II, págs. 495 y ss.

parcial, sino también de que el adjudicatario o comprador pueda materialmente concretar los límites de su derecho de dominio. La única solución es resucitar la antigua finca hipotecada, inscribir en su folio el título de adjudicación o venta y poner nota marginal en la unificada haciendo constar la desunificación. Pero todo esto puede ser demasiado para que el Registrador lo realice *ex officio*, sin declaración de voluntad de los interesados o suplida por el Juez. El legislador debiera prever estos problemas. A falta de regulación legislativa es aconsejable que los letrados, al promover la ejecuciones hipotecarias, tengan muy en cuenta —termina LA RICA— las modificaciones sufridas por la finca, a fin de formular los pedimentos adecuados para facilitar la misión del Registrador.»

CAMY (124), después de destacar que «tampoco es óbice para la agrupación el que el dominio de las fincas esté limitado por algún derecho real, el cual subsistirá sin ser afectado por la agrupación», añade: «Pero si existiesen algunos de estos derechos reales limitativos, y a pesar de que éstos se trasladen a la nueva finca, la finca matriz no se extingue totalmente por la agrupación, ni en virtud de la nota marginal expresiva de ello se cierra tampoco en forma total su folio registral, el cual continúa vigente parcialmente». «Este efecto de cierre del folio registral... sólo procede, en principio y salvo importantes excepciones, en cuanto a la titularidad dominical que pasa al nuevo folio, en el cual ha de continuar necesariamente.»

d) *Postura de la DIRECCION GENERAL.*—Sorprendentemente, un tema tan importante, tan frecuente en la práctica y con tan escasa regulación legal, casi nula, no ha dado lugar a resoluciones. La explicación quizá esté en que el crédito hipotecario, normalmente, se sigue pagando en vía voluntaria, por lo que los problemas derivados de su ejecución forzosa casi desaparecen.

La única Resolución directamente referida al tema que hemos encontrado es la de 8 de julio de 1914, en la que se declaró que «cuando se reúnen formando agrupación varias fincas que pertenecen a distintos dueños en común y pro indiviso, una de las cuales está gravada con hipoteca, es necesario determinar la porción indivisa que en la agrupación tienen los condueños y la parte o porción de ella que queda gravada con la hipoteca constituida sobre una de las fincas con anterioridad a la agrupación».

En realidad, nos parece que no fue acertada la solución de la Dirección General, en cuanto a la hipoteca se refiere, ya que ésta continúa gravando sólo la finca de origen, sin que la agrupación signifique que se

(124) *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 493.

ha cambiado el bien hipotecado, y que, por tanto, la hipoteca no se extiende a una cuota indivisa de la finca agrupada. Para ello sería necesario el consentimiento del acreedor.

e) *Nuestra posición.*—Los problemas de técnica tabular, en cuanto al modo de practicar la agrupación, están resueltos en el Reglamento Hipotecario, artículos 45 y 48, según hemos visto. El artículo 44, referente a las fincas discontinuas, es el que ha provocado un mayor número de resoluciones, junto con el tema, hoy resuelto, de si era posible la agrupación de fincas de distintos propietarios.

Creemos que el foco central del problema radica, de una parte, en la interpretación del pacto de extensión de la hipoteca a las fincas que se incorporen, y de otra, en la ejecución de la hipoteca con la consiguiente desagrupación. Los veremos por separado:

1.º *Pacto de extensión de la hipoteca a las fincas agrupadas*

La vieja terminología usada por los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y 1.877 del Código Civil, según la cual, la hipoteca sólo se extiende a los terrenos agregados por accesión natural, excluyendo, *a sensu contrario*, los que se agreguen por cualquier otra causa, debe ser actualizada interpretándose en el sentido de que la hipoteca no se extiende a la finca agrupada o agregada, sea o no terreno, es decir, que no cabe extender la hipoteca al piso, local, plaza de garaje, etc., libre, por el hecho de agruparse o agregarse a otro hipotecado. Y es que la visión plana o superficial del legislador de 1861 ha sido sustituida hoy, como apuntábamos en la introducción, por la visión cúbica o volumétrica de la finca.

El problema, sin embargo, está cargado de complejidad, ya que el hecho mismo de la agrupación —prescindiendo de que alguna de las fincas objeto de la misma esté o no hipotecada— no podemos decir que sea pacífico o, al menos, lo haya sido hasta fechas muy recientes. Vamos a citar sólo tres resoluciones que aseveran este planteamiento:

— La Resolución de 11 de mayo de 1978 planteó el problema de la posible *agrupación de dos edificios colindantes*, uno de ellos constituido en régimen de propiedad horizontal y el otro no. La Dirección General aceptó esta posibilidad, mediante la modificación del régimen de propiedad horizontal, aunque las dos únicas plantas del segundo edificio resulten unidas a elementos privativos de las del primero, sin que sea obstáculo que el artículo 8, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal se refiera exclusivamente a la agrupación de pisos o locales situados dentro del

mismo edificio, ni tampoco que una de las fincas, y no la otra, esté incluida en un polígono del Instituto Nacional de la Vivienda y afecta a un derecho de reversión, aunque este derecho hubiera de concretarse a la correspondiente parte de la finca agrupada. Incluso aceptó la Dirección la posibilidad de que se mantengan los mismos porcentajes en todos los elementos privativos del primer edificio, aunque sólo algunos se incrementen en superficie, y, por tanto, en valor, al poder ser fijados por el propietario único. Presupone, por último, la Dirección (séptimo considerando) que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra —sea o no terreno, decimos nosotros— que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la otra porción agrupada, en base al artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria.

TIRSO CARRETERO (125) apuntó ya cómo era problema mucho más urgente y frecuente el de la agrupación de pisos o locales de dos edificios distintos, especialmente plantas destinadas a garaje o aparcamiento, allí donde resulta conveniente la agrupación de dos o más locales con esta finalidad, y, en cambio, no resulta conveniente refundir en una sola propiedad el conjunto de los dos o más edificios en los que se sitúa. A este problema, a su juicio, no daba clara solución la Dirección General, pues el artículo 8, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, al referirse exclusivamente a la agrupación de pisos o locales *dentro de un mismo edificio*, permitía la interpretación positiva y la negativa, por lo cual estimó que el tema quedaba abierto.

— La Resolución de 27 de mayo de 1983, en efecto, atacó y resolvió el problema de la *agrupación de locales de distintos edificios*, o más concretamente: si es o no inscribible la agrupación registral de cinco fincas urbanas subterráneas distintas que, de hecho, constituyen un solo garaje, pero tres de las cuales son locales integrados en sendos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, encontrándose algunas de las plazas de aparcamiento «a caballo» de las teóricas líneas de separación entre las fincas.

La Dirección ha reconocido la existencia de un vacío legal que ni siquiera la Ley de Propiedad Horizontal pudo prever. Este vacío impone *construcciones jurídicas que no violenten los principios hipotecarios registrales, particularmente el de especialidad*, siendo indudable que, en el caso del recurso, la agrupación realizada constituye un todo orgánico o unitario que puede figurar como una unidad registral.

La particularidad del recurso, según la Dirección General, está en

(125) En sus comentarios a la referida Resolución de 11 de mayo de 1978, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 533, julio-agosto de 1979, páginas 925 y ss.

que un mismo local o finca independiente forma parte, a la vez, de su respectiva propiedad horizontal y también de la nueva finca creada por agrupación, dificultad que formalmente puede salvarse a través de la coexistencia del antiguo folio registral, referido al local integrado en una propiedad horizontal, y del nuevo folio, donde constará la total finca resultante de la agrupación, manteniendo los tres locales integrados en la misma su número y cuota en relación al edificio de que forman parte, y sin que la nueva finca agrupada requiera que se le dé número correlativo ni se le fije cuota.

— La Resolución de 2 de abril de 1980, por último, se había mostrado ya favorable, en las llamadas *urbanizaciones privadas*, a estas agrupaciones excepcionales, cuya característica general es la de que, no obstante la agrupación, una o varias o todas las fincas agrupadas no se extinguen totalmente desde el punto de vista sustantivo, sino que subsisten a ciertos efectos, y en el orden registral su folio particular anterior no queda cerrado.

Aunque en dichas urbanizaciones la especialidad registral exigiría —dice la Dirección General— que a cada edificio independiente se le abriera el correspondiente folio registral, al constituir unidades orgánicas y urbanísticas es posible abrir un *folio general* para toda la urbanización, con elementos comunes y reglas; un *folio separado* a cada uno de los edificios o bloques, con su régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general, y un *folio separado* a cada uno de los pisos o locales de cada bloque (125 bis).

(125 bis) JOSÉ MANUEL GARCÍA, PABLO VIDAL y JESÚS ALVAREZ, en su trabajo sobre *Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad* (citado en la nota 13), han puesto de relieve la complejidad de las relaciones jurídicas generadas por el fenómeno urbanístico, que hace necesaria no sólo una urgente y actualizada ordenación sustantiva, sino también fórmulas imaginativas para su constatación registral.

En el conjunto urbanístico o inmobiliario se ha superado, según dichos autores, no sólo el concepto tradicional de finca —material o funcional—, sino también el de finca especial de los edificios en régimen de propiedad horizontal, apareciendo una pluralidad de fincas o elementos arquitectónicos que, sin perjuicio de tener su propia ordenación jurídica, se encuentran integrados en el conjunto por medio de lo que llaman «puntos de conexión»: existencia de elementos comunes (zonas ajardinadas, piscina, locales sociales, zonas recreativas, etc.), produciéndose una múltiple titularidad *ob rem* sobre los mismos como consecuencia de la titularidad de elementos privativos; existencia de obligaciones comunes o *propter rem* de los titulares, consecuencia de su integración en el conjunto, haya o no elementos comunes, aunque sí servicios comunes; existencia incluso de obligaciones *propter rem* no derivadas de la voluntad particular, sino del plan urbanístico de la zona. Esta complejidad aconseja la creación de una entidad gestora, con personalidad jurídica y funciones superiores a las que puedan corresponder a las Juntas de Propietarios de los edificios que, en su caso, estén constituidos en régimen de propiedad horizontal dentro del conjunto. Lo cual lleva a la necesidad de fijar una doble cuota: la específica de dicho régimen y la que llaman «cuota

Como vemos, la nueva realidad urbanística desborda no sólo la terminología, sino la esencia misma de las declaraciones formuladas por el legislador decimonónico. Cuando las fincas objeto de las operaciones a que nos venimos refiriendo están gravadas con hipoteca, el problema, lógicamente, se complica.

Nosotros vamos a detenernos brevemente en dos supuestos que consideramos de máxima actualidad y que pueden ser más conflictivos en el campo de la agrupación de fincas hipotecadas. Son los siguientes:

a') *Lo que se incorpora a la finca es un elemento común o, en su caso, procomunal* (126).—La hipoteca se extiende a esta nueva incorpo-

de interés en el conjunto», que habrá de ser regulada de manera más flexible, de modo que no impida su modificación posterior.

La inscripción de elementos comunes, si tienen propia individualidad, puede dar lugar a varias fincas separadas, aunque es más práctico que consten en una sola, que puede ser una finca funcional formada por elementos discontinuos y de diversa naturaleza; pero lo más característico es que su titularidad es *ob rem*, conectada en cada momento con la titularidad de cada finca privativa en la proporción de su cuota. Por eso, es conveniente que la inscripción se haga a favor de quienes son y en lo sucesivo sean propietarios de cada una de las fincas del conjunto, evitando la reiterada constancia en ese folio de cada transmisión, pues en el de cada parcela o elemento arquitectónico es donde se encontrará la titularidad de los elementos comunes, dada la remisión a la misma en el folio de éstos.

La constatación registral del conjunto ofrece distintas variantes: constitución sobre una sola finca registral en la que se recoja todo el régimen (parcelas, anejos, elementos comunes, obligaciones *propter rem*, cuotas, etc.), con apertura de folio nuevo a cada una de las parcelas o elementos arquitectónicos que recogerá su propio régimen y la referencia al del conjunto; y apertura de folio también propio a los elementos comunes. Cabe igualmente que se mantenga la individualidad de cada parcela, quedando sólo por practicar la inscripción de elementos comunes, si bien la inscripción del conjunto se hará en forma extensa en la de una de aquéllas.

(126) Sobre el equívoco concepto del elemento procomunal —piso o local independiente, privativo; elemento común accidental; o *tertium genus* sobre la base de distinguir elementos comunes esenciales y convencionales— puede verse el citado trabajo de POVEDA DÍAZ, págs. 47 y ss. Para este autor el elemento procomunal es aquel piso o local susceptible de aprovechamiento independiente que, en lugar de destinarse a elemento privativo, se deja como elemento común, con el fin de obtener un beneficio para la comunidad. Por tanto, es un elemento común accidental o por destino, de uso o servicio total o parcial; su régimen jurídico es el de la copropiedad romana con dos especialidades, la indivisibilidad y la ausencia de los derechos de preferente adquisición; y su titularidad viene determinada *ob rem* por la titularidad de un elemento privativo y en la proporción que señala la cuota de participación en el inmueble.

En relación con la exclusión de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición, la Resolución de 18 de mayo de 1983 confirma plenamente la tesis de POVEDA DÍAZ. Planteado el problema de si es inscribible una escritura en la que el propietario único del edificio subterráneo constituye una comunidad funcional, organizada y permanente y en la que se conviene la exclusión de la acción de división y del derecho de retracto de comuneros, la Dirección resolvió afirmativamente, señalando, entre otras, las siguientes notas: este tipo de comunidad se separa de la incidental o romana por su carácter duradero; la comunidad romana, normalmente, se origina de modo involuntario y de ahí que el Derecho

ración por aplicación del artículo 396 del Código Civil y del artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que hacen inseparables jurídicamente el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con la copropiedad sobre los elementos comunes, pertenencias y servicios.

Como ejemplo que corrobora lo anterior, piénsese en que los propietarios de un edificio o conjunto inmobiliario deciden adquirir un terreno colindante para instalación deportiva, y que previa su agrupación y modificación del título constitutivo, lo convierten en elemento común. La hipoteca que se constituyó con anterioridad a esta incorporación sobre uno de los elementos privativos, al amparo del artículo 107, 11.º, de la Ley Hipotecaria, alcanzará también a las partes en copropiedad, que son su anejo inseparable, tales como los elementos, pertenencias y servicios comunes (126 bis).

No es posible, en el caso anterior, pensar en una desagrupación o desafectación del elemento común, que exigiría la unanimidad de los propietarios, incluso del adjudicatario o cesionario, en su caso, de la finca hipotecada (art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), y que produciría el absurdo de un elemento común a todos los dueños, excepto a uno, el adjudicatario.

Llegamos, por este camino, a una solución semejante a la del Derecho alemán, donde la hipoteca de la finca principal se extiende a la integrante o accesoria.

Lo mismo ocurrirá si se adquiere uno de los pisos del edificio, previa modificación del título, para convertirlo en elemento común, con destino, v. gr., a la vivienda del portero, o cualquier otra operación semejante de incorporación de un elemento común.

estimule su desaparición a través de la acción de división, mientras que la comunidad funcional pactada responde a un destino común y, en tanto subsista esa situación objetiva, no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los partícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida; y éste es el caso de la comunidad especial de garaje pactada que responde a un fin lícito y está ínsita en la realidad social de nuestra época.

RAFAEL RIVAS TORRALBA, en la recensión que hace del libro de POVEDA DÍAZ en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 560, enero-febrero de 1984, páginas 236 y 237), al comentar los problemas de la desafectación como elemento común de la vivienda destinada a portería, configurándola como finca independiente y fijando su cuota, intuye la cuestión, que nosotros venimos planteando, de la incidencia que sobre la venta del elemento común desafectado puede tener la existencia de gravámenes sobre los elementos privativos, pues como, con una clara visión del problema, afirma, al desafectar un elemento común y convertirlo en privativo, resulta forzoso atribuirle una cuota que necesariamente disminuirá proporcionalmente las cuotas de los elementos privativos preexistentes con lo que se disminuye la garantía del acreedor. A algunas de las interrogantes que plantea hemos intentado ofrecer nuestra modesta solución.

(126 bis) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Ob. cit.*, pág. 1126.

b') *¿Cabe incorporar como elemento común una finca hipotecada?* Sería la operación inversa, que plantea graves problemas. En principio, no hay precepto alguno que lo prohíba expresamente, pero la situación jurídica que se produciría es absurda, puesto que quedaría hipotecado por sí solo un elemento común, contra lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, que establece que las partes en copropiedad no pueden ser gravadas sino juntamente con la parte determinada privativa de que son anejo inseparable.

La solución menos problemática es prohibir esa incorporación de finca hipotecada como elemento común, pues lo contrario nos podría llevar a tener que desagrupar, lo cual no siempre es posible, sin olvidar que ello supone modificación del título constitutivo, para lo que —insistimos— es necesaria la unanimidad de los propietarios. En ningún caso cabe que el Registrador de oficio reponga las cosas al estado anterior a la incorporación, con lo que el acreedor hipotecario o su causahabiente, el adjudicatario, habría sido afectado en su derecho, ya que al pretender inscribir su adjudicación, se verá sorprendido por una denegación basada en la inexistencia de la finca.

Igual criterio, a nuestro juicio, debe mantenerse en el caso de las *titularidades ob rem*, sobre cuya admisión registral se ha pronunciado recientemente la DIRECCION GENERAL, entre otras, en las Resoluciones de 20 de diciembre de 1973, 19 de diciembre de 1974, 11 de mayo de 1978, 21 de octubre de 1980 y 3 de septiembre de 1982. No cabe pactar una titularidad de este tipo sobre una finca hipotecada, puesto que en caso de ejecución habría que desvincular, lo que no siempre es posible y, en todo caso, es contrario al régimen jurídico pactado para la propiedad. Por el contrario, si a una finca hipotecada se le incorpora una titularidad *ob rem*, debe extenderse a ella la hipoteca, por las razones señaladas en el apartado anterior.

Por último, en el contexto más general de este apartado, podemos preguntarnos qué ocurre *si se ha pactado expresamente que la hipoteca se extienda a las fincas que se le unan o incorporen*. En principio, el pacto es totalmente válido y producirá sus efectos siempre que:

- La parte incorporada o unida pertenezca al hipotecante; no olvidemos que el nuevo artículo 45 del Reglamento Hipotecario permite la agrupación de fincas de distintos dueños.
- Aun perteneciendo al mismo dueño, lo sea con idéntico régimen jurídico. Agrupada una finca privativa con otra ganancial, aunque el negocio lo realice uno solo de los cónyuges, amparándose en el artículo 1.384 del Código Civil, no se extiende la hipoteca a la parte libre.

- No se perjudiquen los derechos adquiridos con anterioridad a la agrupación, que han de ser respetados, aunque sean posteriores a la hipoteca, puesto que la publicidad registral juega por medio del folio real, por lo que el adquirente de un derecho sobre la finca libre no podía conocer —y, por tanto, no puede perjudicarlo— el pacto de extensión de una hipoteca que estaba inscrita en otro folio. Piénsese en la agrupación de dos fincas hipotecadas, ambas con pacto de extensión, a las que se incorporen. Evidentemente, cada hipoteca continúa gravando incólume sobre su parte, sin estar afectada por la posible extensión de la otra, extensión que sólo podrá jugar como segunda hipoteca de la específicamente inscrita.

2.º Ejecución de finca hipotecada agrupada

Como hemos venido señalando, tanto la doctrina como la Dirección General, en base al artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, insisten en que el acreedor no se ve afectado, ya que al ejecutarse la hipoteca se produce una **desagrupación**.

Algún autor, como LA RICA (127), después de decir que «la ejecución hipotecaria determinará la desunificación y la inscripción del correspondiente título transmisivo en el folio y número primitivos, debiéndose de hacer constar, al margen de la inscripción de agrupación, la nueva desintegración de la finca», añade: «Todas las anteriores operaciones registrales deberán solicitarse en los títulos inscribibles, pues, como implican nuevas modificaciones de fincas, es muy dudoso que el Registrador pueda practicarlas de oficio, sin la declaración de voluntad correspondiente». Y reconoce que estos problemas «degeneran en situaciones jurídicas de muy dudosa solución y que pueden modificar objetivamente los derechos del acreedor».

Nosotros distinguimos:

a') *Si la hipoteca se constituyó con pacto de extensión a las fincas que se incorporen.*—Cumpliendo dicho pacto los requisitos que señalábamos, es posible ejecutar la hipoteca sobre la total finca agrupada, pidiéndoselo así al Juez de instancia, único competente para calificar el pacto, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973. Caso de que la petición prospere, se adjudicará la finca en su totalidad y no habrá, por tanto, que desagrupar.

b') *Si el pacto de extensión no existe o no produce efectos.*—Enton-

(127) En el citado *Libro Homenaje*, pág. 499.

ces habrá lugar a la tan citada desagrupación, que el Juez ordenará en el auto de adjudicación, a petición de parte.

Pero aun en este caso, la desagrupación no se producirá cuando no sea física, jurídica o registralmente posible:

— *Físicamente*, no es posible la desagrupación en el caso, citado por LA RICA (128), de dos solares agrupados, uno libre y otro hipotecado, sobre cuya agrupación se construye un edificio, posteriormente dividido en régimen de propiedad horizontal. Igual podría decirse de una fábrica u otra construcción.

— *Jurídicamente*, no será posible la desagrupación cuando alguna norma así lo establezca. Por ejemplo, los artículos 95 y 96 de la Ley del Suelo, que pueden determinar la indivisibilidad de una parcela, aunque se haya formado por agrupación de dos, impidiendo volver a la situación original. Lo mismo puede decirse respecto de la prohibición de dividir fincas de reemplazo, como consecuencia de una agrupación, según la Ley de Concentración Parcelaria (arts. 44 a 47 del Texto Refundido 12-enero-1973). O bien, cuando sea precisa una modificación del régimen de propiedad que no dependa sólo del titular de la finca hipotecada, como ocurre en el caso del régimen de propiedad horizontal u otro urbanístico.

— *Registralmente*, también es imposible si la porción a desagrupar fue una parte procedente de una finca inscrita, cuya parte nunca tuvo folio propio, por lo que no es posible volver a la situación registral anterior.

En todos estos casos u otros similares, en que la desagrupación no es posible, es claro que entran en grave crisis los principios básicos de la hipoteca, que, como hemos venido reiterando, se justifican por la necesidad de buscar un adecuado equilibrio entre los intereses del acreedor, el fomento del crédito territorial y la protección del hipotecante, sobre el telón de fondo de una determinada realidad económica y social.

Estas crisis se ponen de relieve en el hecho de que las modificaciones físicas de entidades registrales hipotecadas, en algunos casos provocarán un crecimiento desmesurado en la base económica del bien hipotecado ante las nuevas realidades urbanas, pero en otros, como acabamos de ver, se está alterando gravemente la situación del acreedor hipotecario sin su consentimiento, conocimiento o intervención. Y esto es grave para una institución tan sólida como la hipoteca, por lo que el legislador deberá atender a estas situaciones.

Mientras ello ocurre, creemos que la calificación del Registrador debe

(128) Ver nota 123.

impedir el acceso al Registro de la Propiedad, y siempre, salvo superior criterio de la Dirección General, de aquellos actos en claro perjuicio del acreedor, en tanto éste no manifieste su conformidad a los mismos.

2) *División de fincas hipotecadas*

Al igual que la agrupación, la *división* de fincas es un negocio jurídico unilateral por el que el titular de una finca inscrita la fracciona en dos o más, que se inscriben bajo número diferente.

También existe una variante de este negocio, el denominado *segregación*, por el que se separa parte de una finca inscrita para formar otra independiente, que se inscribe bajo número nuevo, quedando el resto de la finca matriz inscrito con su número originario (128 bis).

En consecuencia:

- Basta la voluntad del dueño, titular registral, para realizar la división o segregación. (Nos remitimos a lo que decíamos al recoger esta misma característica de la agrupación, en relación con el comentario de TIRSO CARRETERO a la Resolución de 27 de febrero de 1978, al cual nos vamos a referir reiteradamente en este apartado.)
- No es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre la finca matriz, quienes no pueden impedir la división o segregación, si bien éstas dejan intactos sus derechos.
- Si la finca originaria está gravada con hipoteca, ésta no queda dividida, surgiendo una hipoteca solidaria en los términos que veremos.

Como hacíamos para la agrupación, sentados estos breves apuntes, vamos a detenernos en los siguientes aspectos del problema:

a) *Régimen legal*.—En el aspecto sustantivo, son básicos el artículo 405 del Código Civil y el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Ambos preceptos responden a una misma filosofía: la división no perjudica a terceros, en nuestro caso, el acreedor hipotecario, el cual conserva intacto su derecho de hipoteca. Pero, en cambio, parten dichos artículos de supuestos no idénticos: el artículo 405 del Código Civil se refiere

(128 bis) La Resolución de 26 de septiembre de 1979 declaró que la diferencia entre segregación y división presenta en algunas ocasiones límites borrosos, aunque, en general, la descomposición de la finca como entidad hipotecaria es completa en la división, sin quedar resto, a diferencia de lo que ocurre en la segregación. No obstante, la Resolución rechazó la posibilidad de restos registrales no colindantes, al tratarse en el caso del recurso de dos segregaciones de parcelas por toda la zona central de la matriz.

a la división de una cosa común a varios propietarios como medio para disolver la comunidad, mientras que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria se refiere sólo a la división de la finca, sin considerar que haya o no disolución de comunidad.

Otros preceptos atinentes al caso son los artículos 124 y 125 de la Ley Hipotecaria y 1.860 del Código Civil, citados ya en varios puntos anteriores de este estudio.

Desde el punto de vista tabular, el régimen de estas operaciones está regulado por el artículo 46 del Reglamento Hipotecario, para la división, y el artículo 47 del mismo, para la segregación, este último redactado nuevamente por la reforma de 1982.

b) *Opiniones doctrinales.*—Entre los antiguos hipotecaristas, GALINDO (129) resaltaba que «para la hipoteca siempre se considerará la finca como una, sin que su división lleve consigo la distribución del crédito, a no convenirse el acreedor y el deudor», aunque agregaba que «debería obligarse al acreedor a convenir en la división de la hipoteca, porque además de las razones de orden público que se alegan en pro de la distribución de la cantidad prestada, obligados están todos a hacer aquello que a otros beneficia sin perjuicio propio».

MORELL Y TERRY (130) se limita decir que «la división de una finca hipotecada no lleva consigo, pues, la división del crédito hipotecario entre las nuevas fincas que se forman, lo cual constituye una anomalía en el sistema de la Ley Hipotecaria», como apuntábamos más arriba.

Más extensamente, CAMPUZANO (131), después de reconocer, por imperativo legal, «la no división de la hipoteca cuando se divida la finca», agrega que, «en puros principios doctrinales, pueden sostenerse las dos opiniones de que dividida la finca hipotecada no debe dividirse el crédito, a no ser que haya acuerdo entre los interesados, y de que dividida la finca debe dividirse también el crédito hipotecario...». «Los que sostienen la primera de dichas opiniones —sigue diciendo— se fundan en que el acreedor que recibió en garantía de su crédito la hipoteca de un predio, vería violado su derecho si dividida la finca por el deudor, éste, por su solo arbitrio, y sin previo convenio, pudiera señalar a cada nueva porción la parte de crédito de que debía responder. Los que sostienen el segundo criterio, de que dividida una finca debe dividirse el crédito hipotecario, se fundan en la necesidad de proteger el crédito territorial, a fin de que quede perfectamente especificada la responsabilidad que pesa sobre cada finca y evitar que la incertidumbre del gravamen retraiga a los terceros de la contratación sobre los inmuebles.

(129) *Obra y tomo citados*, pág. 267.

(130) *Obra y tomo citados*, pág. 27.

(131) *Ob. cit.*, pág. 489.

Además, se llega a sostener que tal distribución no debiera requerir la conformidad del acreedor, puesto que ello representa una cortapisa para el tráfico, sino que para hacer compatibles todos los intereses, el deudor pudiera exigir del acreedor la división del crédito entre las nuevas fincas, resolviéndose las divergencias en un procedimiento judicial sencillo.» Argumenta, por último, que por la no división del crédito resulta que *el principio de especialidad queda sometido al arbitrio del mutuo acuerdo del acreedor y el deudor*, siendo injusta la solución del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que se pueden irrogar perjuicios a otros acreedores posteriores sobre algunas de las fincas divididas.

Más modernamente, ROCA SASTRE (132) destaca que «nuestra Ley Hipotecaria sienta en esta materia el criterio básico de la irrelevancia o intrascendencia para el crédito hipotecario de la circunstancia de que la finca gravada se divida en varias, aunque sea por vía de segregación de porción de ella, y en este sentido sigue la regla clásica, que proclama *hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*, o lo que es lo mismo, *pignus, propter suam, indivisibile est*. Por consiguiente, añade el mismo autor, «al acreedor hipotecario, en general, ha de tenerle sin cuidado tal división, en todas sus manifestaciones y variantes, del bien hipotecado, pues se trata de operaciones que no pueden serle oponibles, de manera que para él y a su voluntad, tales actos son una *res inter alios acta*.

Entre los civilistas, GUILARTE ZAPATERO (133) nos dice que «si la cosa gravada es objeto de división, los titulares de cada una de las partes en que se ha dividido aquélla carecen de facultad frente al titular de la garantía para que se distribuya el crédito entre las distintas partes... En todo caso —y resaltamos esta última opinión de GUILARTE, en relación con lo que diremos más adelante—, la realización de valor de la cosa puede perseguir la venta de ésta en su integridad».

Finalmente, citemos a PUIG BRUTAU (134), para quien «ante el caso de división de fincas que ya están hipotecadas, la Ley no quiere imponer a los acreedores las dificultades y trámites de una distribución obligatoria. Lo que es oportuno exigir antes de la constitución del gravamen sería inoportuno exigirlo cuando la finca gravada ha de ser objeto de división o segregación por conveniencia del propietario, que son operaciones que corresponden al destino normal de la propiedad inmueble y que han de poder realizarse con el mínimo de dificultades».

c) *Postura de la Dirección General*.—De la problemática y resoluciones que iremos citando resulta la siguiente doctrina:

(132) *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 554.

(133) *Comentarios al Código Civil*, pág. 374, tomo XV, EDESA, 1983.

(134) *Obra y tomo citados*, pág. 149.

1.º *Naturaleza de la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario.*—Dividida una finca en dos o más suertes o porciones, se inscribirá cada una de éstas como finca nueva y bajo número diferente, haciéndose *breve mención* de esta circunstancia al margen de la inscripción de propiedad de la finca que se divida, y en las nuevas inscripciones, la procedencia de la finca y los gravámenes que tuviera antes de la división, según dicho texto.

La Resolución de 5 de enero de 1939 nos dice que «más que mención de un derecho inscrito, equivale, para todos los efectos legales, a la *transcripción de la inscripción de hipoteca*, análogamente a lo que se realiza con la referencia que en las inscripciones concisas se hace a las circunstancias generales de la extensa, que no por consignarse dejan de tenerse por existentes, mecanismo propio de los sistemas de Registro basados en la inscripción y no en la transcripción del título».

2.º *Ante una eventual adjudicación del crédito hipotecario, ¿dónde debe inscribirse?*—De las Resoluciones de 27 de febrero de 1875 y 3 de agosto de 1893 resulta que debe inscribirse en los folios de las fincas resultantes.

La última resolución citada declara que puede el «Registrador consultar el registro o matriz del que son como derivaciones las fincas segregadas, y conocidas éstas merced a las notas de segregación, inscribir el documento en los Registros que les están destinados, que es la operación procedente, dados el artículo 123 de la Ley y la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1875».

3.º *Efectos de la división para el acreedor que no la ha consentido.*—Sobre si está o no está dividida la finca para el acreedor hipotecario que no ha consentido la división, la mencionada resolución (segundo considerando) nos dice que «si el citado principio (de indivisibilidad) reputa como uno e indiviso lo que en realidad de verdad está fraccionado y dividido, es lógico permitir al acreedor que, tomando por base esa ficción legal, se atenga, cuando por una u otra causa necesite describir el inmueble, a lo que resulte del título constitutivo de su hipoteca y prescindir de los cambios que con posterioridad haya sufrido la finca».

Se refiere también la resolución (cuarto considerando) a «la necesidad de armonizar el principio de indivisibilidad con la libertad del propietario de fraccionar su heredad, armonía que se logra reputando uno con respecto al acreedor, lo que es múltiple con relación al dueño...».

4.º *Cancelación parcial de la hipoteca.*—Sobre si es posible respecto a alguna o algunas de las fincas segregadas o divididas, la Resolución de 5 de enero de 1939 admitió la cancelación en cuanto al resto de la finca matriz, quedando subsistente la inscripción de hipoteca sobre la porción segregada.

La Resolución de 12 de julio de 1945, por su parte, declaró inscribible una escritura en la que después de dividir en tres la primitiva finca hipotecada, efectuar segregaciones de estas nuevas fincas, describir los restos quedados como consecuencia de las segregaciones y agrupar estas fincas restos para formar una nueva, consiente el acreedor que la hipoteca grave solamente la finca formada por agrupación, que se describe debidamente, procediendo a cancelar el gravamen respecto de los demás inmuebles.

Pero en estos casos, como aclaró TIRSO CARRETERO (135), no se planteó la dificultad que hubiera supuesto la falta de intervención de deudor y de dueño de la finca en que el gravamen se concentra, a lo cual nos vamos a referir a **continuación**.

5.º *¿Puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente?*—La respuesta afirmativa supone aceptar que puede el acreedor por sí solo elegir las fincas que han de quedar libres y las que han de permanecer gravadas.

La Resolución de 17 de marzo de 1969 resolvió el caso de un acreedor quien, unilateralmente, procede a cancelar el gravamen sobre todas las nuevas fincas creadas, excepto una, sin que comparezcan los dos deudores mancomunados, ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores. La Dirección, «en base a que de la cancelación parcial resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario», exigió, «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».

BUENAVENTURA CAMY (135 bis) considera evidente la necesidad de intervención del acreedor y del deudor o del tercero o terceros poseedores porque siendo la hipoteca un derecho real nacido de un contrato, en lo no regulado especialmente habrán de aplicarse las reglas generales de las obligaciones y contratos que nos llevan a las normas de la novación modificativa, para la cual la Dirección General (Resoluciones de 19 de enero de 1900 y 10 de noviembre de 1906) requiere la intervención de ambas partes.

(135) Comentarios a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 475, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1666.

(135 bis) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1969, págs. 399 y ss.

TIRSO CARRETERO (136), aunque estima que la modificación de descripción de la finca vendida no implica necesariamente un caso de novación, cree que, en efecto, es un caso de novación modificativa, como la asunción de deuda, la que puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total.

PÉREZ y ALGUER (137) afirman que si en la hipoteca solidaria está en manos del acreedor dirigirse contra una sola finca o contra todas (artículos 120 a 123 de la Ley Hipotecaria), es racional que baste su voluntad para distribuir la hipoteca conjunta sobre varias fincas en una serie de hipotecas simples sobre cada una. No obstante, observando el caso de ser varios los propietarios de las fincas, esa distribución unilateral podría implicar renuncia total o parcial al gravamen de algunas de las fincas y siempre modificación de todas, y perjudicaría acaso el interés eventual que tiene el propietario que paga de subrogarse en el crédito y, consiguientemente, en la hipoteca sobre las demás fincas. Por todo ello, piensan que es más prudente la solución que, basada en la letra del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, proposición 1.^a, decida la necesidad del asentimiento de todos los propietarios gravados.

d) *Nuestra opinión.* Si el acreedor acuerda la división de la hipoteca con el deudor o, en su caso, con el tercer poseedor o con el hipotecante por deuda ajena, tal como permite el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, estamos en presencia de tantas hipotecas como fincas y, en definitiva, se aplican las reglas previstas para los supuestos de distribución de responsabilidad, fundamentalmente los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario. Aquí no hay ninguna particularidad, como no sea la circunstancia de que la distribución es posterior a la constitución de la primitiva hipoteca, implicando una modificación de la misma.

Nosotros vamos a concentrarnos en el supuesto, realmente conflictivo, que se da si el acreedor no consiente la división de la hipoteca. Y para una mejor exposición, distinguimos tres apartados principales: uno, general, en cuanto que la división de la finca hipotecada, según opinión común, provoca el nacimiento de una hipoteca solidaria, y dos, más específicos, relativos a las repercusiones registrales y procesales de la división. Pero, en cualquier caso, este esquema no tiene más valor que

(136) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969 (reseñado en la nota 135), pág. 1667.

(137) La cita la tomamos directamente del comentario de TIRSO CARRETERO a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1665.

el puramente sistemático o didáctico, pues los problemas se entremezclan continuamente.

1.º *División de finca hipotecada e hipoteca solidaria.*—Consecuencia del principio de indivisibilidad, si se divide la finca hipotecada o se segrega una porción de ella, es la aparición de una hipoteca solidaria, tal como la definíamos anteriormente.

A nuestro juicio, este efecto fundamental exige una serie de precisiones, que vamos a intentar concretar en las cuestiones que siguen:

a') *¿Puede el acreedor perseguir la finca primitiva?*—La consecuencia apuntada —división de la finca igual a hipoteca solidaria— tiene su fundamento legal en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que permite al acreedor repetir, 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 (137 bis).

Esta afirmación, sin embargo, tendría que ser matizada en el sentido de que sólo es cierta si el acreedor decide perseguir las fincas surgidas de la división o segregación, todas o parte de ellas; pero, en nuestra opinión, cae por su base si el acreedor decide perseguir la finca tal como se hipotecó. En este caso, al ser una la finca hipotecada y ejecutada, no cabe hablar de hipoteca solidaria, que, por definición, supone la existencia de varias fincas, que responden todas de la totalidad del crédito.

La posibilidad de perseguir la finca originaria se justifica por la propia esencia de la hipoteca, que sujeta, directa e inmediatamente, *los bienes sobre que se impone*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, según establece el artículo 104 de la Ley Hipotecaria. Y el artículo 1.858 del Código Civil destaca también como esencia de la hipoteca el que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas *las cosas en que consiste* para pagar al acreedor.

En base a estos preceptos, nos parece claro que la facultad atribuida al acreedor hipotecario por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria de poder repetir contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez, debe interpretarse en el sentido de que efectivamente puede hacerlo, pero sin por ello perder *la facultad esencial a la hipoteca de poder perseguir los bienes tal y como se hipotecaron*. Lo contrario supondría imponer al acreedor una modificación objetiva de la hipoteca sin su consentimiento ni intervención, lo cual es inadmisibile. Además, el derecho a perseguir parte de las fincas resultantes no es, a nuestro juicio, un derecho tan absoluto como se ha venido estimando, según luego examinaremos.

(137 bis) Para CHICO Y ORTIZ (*obra y tomo citados*, pág. 742) el derecho del acreedor continúa recayendo sobre la finca preexistente a efectos de ejecución, y cita en su apoyo los artículos 405 y 535 del Código Civil, que prevé la división material de la finca.

Son también argumentos de orden legal, en favor del mantenimiento de la facultad de perseguir la finca originariamente hipotecada, los siguientes artículos del Código Civil:

- el artículo 1.166: el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, cualquiera que sea su valor;
- el artículo 1.203, 1.º: la variación del objeto implica modificación de la obligación, y
- el artículo 1.204: la obligación no se extingue al ser sustituida por otra, si no se ha pactado expresamente, a menos que ambas sean incompatibles.

La Dirección General, en su Resolución de 17 de julio de 1935, declaró que «entablado y seguido el procedimiento contra la finca hipotecada, que luego se dividió en dos sin acordarse la distribución del crédito, pudo el acreedor, en fuerza de la indivisibilidad de la hipoteca, obrar, en cierto modo, como si la división no se hubiera llevado a efecto, dentro de lo que resultaba de la certificación».

Más tajante fue la Resolución de 3 de agosto de 1893 cuando declaró que «la división de la finca hipotecada, mientras no lleve consigo la de la hipoteca por expreso consentimiento del acreedor, *no puede afectar en ningún sentido al derecho de éste*, en primer término, a virtud del principio de indivisibilidad, consagrado por el artículo 122, y además por tratarse de un hecho que no hay razón alguna para presumir es por dicho acreedor conocido» (138).

Aceptado, pues, no el carácter forzoso o necesario, sino la posibilidad de que, por división de la finca hipotecada, aparezca una hipoteca solidaria, habría que delimitar el alcance de la misma dentro de las facultades que al acreedor otorga el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Los apartados que siguen nos servirán a este fin.

b') *Persecución de todas las fincas resultantes*.—La facultad del acreedor hipotecario de perseguir todas las fincas resultantes de la división o segregación afectantes a la primeramente hipotecada no tiene límites, tanto si dichas fincas están en poder del deudor o de terceros, ya que no coloca a ningún dueño en posición desventajosa respecto a otros.

c') *Persecución de sólo alguna o algunas por la totalidad del crédi-*

(138) La Dirección General incurrió aquí en el error de olvidar que el principio de publicidad comprende no sólo el derecho a conocer el contenido registral por quien tenga interés para ello (publicidad formal: arts. 221 y ss. de la Ley Hipotecaria, y 332 y ss. del Reglamento Hipotecario), sino que el sistema funciona sobre la base de que el Registro se presume exacto y conocido por todos (publicidad sustantiva: arts. 32, 34, 35, 38, etc., de la Ley Hipotecaria).

to.—Si todas ellas están en poder del deudor, no hay limitación alguna, por la misma razón antes aducida.

Si están en poder de terceros poseedores, en todo o en parte, y se dirige la acción ejecutiva sólo contra alguno de ellos, esto supone, de alguna manera, que el acreedor acepta la división de la finca y trata de producir indirectamente una distribución del crédito hipotecario, como destacó, según veíamos, la Resolución de 17 de marzo de 1969, exigiendo el consentimiento de acreedor y dichos terceros.

TIRSO CARRETERO (139) se plantea la duda de si efectivamente el acreedor hipotecario puede, sin ninguna restricción, ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito, porque no debe perderse de vista que si con la solidaridad e indivisibilidad de la hipoteca se persigue que la división de la finca no perjudique al acreedor hipotecario, lo lógico es que pueda ejecutar el todo que se le hipotecó; pero concederle, además, la facultad de ejecutar aisladamente una porción resultante de la división es algo que puede considerarse en general, como «menos», desde el punto de vista del acreedor y del deudor hipotecario; pero es «más», desde todos los puntos de vista, en cuanto existan terceros poseedores de las porciones divididas o acreedores hipotecarios posteriores en éstas. Este «plus», que gratuitamente y sin causa se le concede al acreedor hipotecario, es, precisamente, ese derecho de elección de presa que puede ser fraudulentamente negociable, por la imprecisa o complicada regulación legal de la hipoteca solidaria.

d') *Persecución de sólo alguna o algunas por parte del crédito*.—Si el acreedor sólo tratase de cobrar del tercer adquirente o poseedor la parte que, por ejemplo, el comprador hubiese descontado o retenido, ello podría interpretarse como un consentimiento tácito de la división, con efectos similares a los previstos en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

e') *Pago voluntario por el tercer adquirente de la totalidad del crédito*.—En caso de que uno de los adquirentes de las fincas resultantes de la división pague voluntariamente y en su totalidad la hipoteca, además de la acción civil de reembolso frente a los demás titulares de fincas divididas o segregadas, tendría un derecho de subrogación en la posición del acreedor pagado, que podría hacerse constar en el Registro, en los términos previstos en el artículo 230 del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de cancelar la hipoteca sobre su propia finca, ya sea por con-

(139) Comentarios a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1662 (rescindido en la nota 135).

sentimiento expreso del acreedor o por confusión de derechos, una vez inscrita a su favor la subrogación.

ROCA SASTRE (140), al referirse a los efectos de la subrogación del comprador que paga la deuda hipotecaria en la hipoteca solidaria, plantea dos cuestiones (141):

- Si el comprador o tercer poseedor que paga puede ejercitar la acción hipotecaria contra lo otros terceros poseedores, sin necesidad de una previa excusión e insolvencia del deudor personal, cuestión que resuelve afirmativamente.
- Si puede dirigirse contra cada uno por el todo o ya entonces la solidaridad se transforma en mancomunidad simple en proporción al valor de cada finca, o bien debe atenderse al grado derivado de la fecha de inscripción del título adquisitivo de cada tercer poseedor. Se inclina por la segunda solución, que es la del Derecho francés, frente a la tercera, seguida por el italiano.

f') *Pago en vía ejecutiva*.—Si el pago se hubiese hecho mediante el remate de la finca en vía ejecutiva, caso de admitirse esta posibilidad, la subrogación ofrece más dificultades, ya que satisfecha la hipoteca, el artículo 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria ordena «la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor».

Sin embargo, creemos que la regla 5.^a del propio artículo 131 da pie para solicitar y obtener del Juez la subrogación en la hipoteca respecto a las restantes fincas. Lo contrario supondría que el legislador protege sólo a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de hipoteca, olvidándose de los que adquieran, aunque sea en parte, en dominio y soporten la ejecución de toda la hipoteca, repetimos, si llegase a admitirse esta posibilidad.

2.º *Repercusiones registrales*.—Los problemas que en el Registro surgen con la división de una finca hipotecada se derivan, fundamentalmente, de una duda: si el folio de la finca matriz está o no vigente.

Tradicionalmente, se ha interpretado el artículo 46 del Reglamento

(140) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 375 y ss. En cuanto a la subrogación en el caso del artículo 118 de la Ley Hipotecaria distingue: 1) con asunción del comprador en el débito personal, no obteniendo carácter de tercer poseedor; 2) con retención de la parte de precio correspondiente al importe del débito: no obtiene tampoco carácter de tercer poseedor porque se ha implicado en el débito, aunque sólo sea *in solutione*; 3) con descuento del precio del importe del débito: obtiene carácter de tercer poseedor, y 4) sin asunción, retención ni descuento: también se convierte en tercer poseedor.

(141) Las recoge también TIRSO CARRETERO en su comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969 (reseñado en nota 135), pág. 1666.

Hipotecario en el sentido de que la apertura de nuevos folios para las fincas resultantes, con número diferente, supondría el cierre del folio de la finca matriz. Pero esto es evidente que sólo puede mantenerse plenamente en tanto que la división no afecte a tercero, el cual conservará los derechos que le correspondían antes de la división, según establecen los artículos 405 del Código Civil y 123 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, estamos en presencia de una hipoteca que recae sobre una finca inexistente, tanto en la realidad como en el Registro, pero con respecto a la que se mantiene la ficción legal de que continúa existiendo, tanto hipotecaria como tabularmente. Está claro que esta situación tiene que originar problemas, a veces, de extraordinaria gravedad, por lo que cae por su base la común afirmación de que la división «no afecta en ningún sentido al derecho del acreedor», que recogía, entre otras, la citada Resolución de 3 de agosto de 1893.

Entre estos problemas, nosotros vamos a destacar los siguientes:

a') *¿Dónde queda inscrita la hipoteca?*—Aunque la Resolución de 5 de enero de 1939 atribuía a la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario, como veíamos, el efecto de una transcripción de la inscripción de hipoteca en las fincas resultantes, nos inclinamos por considerar que la hipoteca continúa inscrita en el folio originario, sin que haya habido un traslado *ministerio legis* a los nuevos folios. No puede olvidarse que la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria exige que «el Registrador hará constar, por nota marginal *en la inscripción de hipoteca*», la expedición de la certificación de cargas a que se refiere dicha regla, por lo que, evidentemente, el folio está vivo, al menos, para la hipoteca.

Sólo cuando fuese materialmente imposible actuar en el folio originario (v. gr., si, como consecuencia de la creación de Registros, la finca matriz quedase en un Registro distinto de aquel en que se haya de practicar la nueva operación), se extendería el asiento en el folio de las nuevas fincas, produciendo las notas marginales o «breves menciones» ese efecto de transcripción a que aludía la Dirección General.

b') *¿Dónde se inscribe una eventual adjudicación o cesión del crédito hipotecario?*—En nuestra opinión, y como consecuencia de lo que acabamos de indicar, en el folio originario, salvo la imposibilidad material señalada, discrepando, en este punto, del criterio de la Dirección, que, en la Resolución de 3 de agosto de 1893, declaró —en base a los artículos 123 y siguientes de la Ley Hipotecaria y a la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1875— que se deberá «inscribir el documento en

los Registros que les están destinados», refiriéndose a los de las fincas segregadas (142).

En su cuarto considerando, la resolución se justifica diciendo «que si se arguyere que procediendo así no se ajusta el Registrador al resultado que arroja el título que se va a inscribir, deshace la objeción la necesidad de armonizar el principio de la indivisibilidad con la libertad del propietario de fraccionar su heredad, armonía que se logra reputando uno con respecto al acreedor, lo que es múltiple con relación al dueño, y, por ende, admitiendo a registro los documentos que el primero otorga bajo aquel concepto y despachándolos cual en realidad deben serlo, para lo que ofrece el Registro datos muy seguros...», refiriéndose a los de inscripción de hipoteca.

Esta postura choca hoy con el criterio de la Dirección General de admitir la inscripción parcial de una división de fincas, según vimos, de acuerdo con la Resolución de 27 de febrero de 1978. Si inscritas sólo parte de las fincas resultantes de la división, se presentase escritura de adjudicación o cesión del crédito hipotecario, nos parece evidente que el lugar adecuado para su inscripción es el folio originario y no uno de las fincas divididas, ya que, parafraseando a TIRSO CARRETERO en sus comentarios a la citada resolución (143), podemos preguntarnos: ¿en qué extraño limbo o nirvana hipotecario quedaría la hipoteca, cuando una nota marginal nos advierte que la finca matriz ha sido dividida en tantas independientes, unas nacidas a la vida registral y otras hipotecariamente abortadas?

La posición contraria supondría, por otra parte, que el Registrador toma partido por la división y que cercena o dificulta la posibilidad del acreedor de perseguir la finca originaria, ya que, en este caso, la hipoteca aparece tabularmente como gravando las fincas resultantes, consecuencia nunca querida por el acreedor hipotecario.

c') *¿Se puede cancelar parcialmente la hipoteca?*—Habría que distinguir entre la posición del deudor y la del acreedor.

La *posición del deudor* está regulada por el artículo 125 de la Ley Hipotecaria, según el cual «no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera sea la del crédito que el deudor haya satisfecho». Esta imposibilidad de exigir el deudor la cancelación de la hipoteca sobre una finca resultante de la división o segregación, juega incluso cuando se haya realizado y aceptado un pago par-

(142) Como dice TIRSO CARRETERO (comentario citado Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1668), «en el título de ejecución la finca está sin dividir».

(143) Comentarios a la Resolución de 27 de febrero de 1978 (reseñado en la nota 117).

cial, ya que, por aplicación del artículo 122 de la Ley Hipotecaria, «la hipoteca subsistirá íntegra..., aunque se reduzca la obligación garantizada».

La *posición del acreedor* es distinta, ya que, en principio, puede consentir la cancelación parcial. Así, la Resolución de 23 de febrero de 1929 declaró la posibilidad de enajenar como libre la finca segregada, ya que esta cancelación parcial «es una liberación de carácter jurídico, análoga a la llamada remisión de 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».

Dice TIRSO CARRETERO (144) que esta remisión de solidaridad pasiva es la condonación en favor de alguno de los deudores solidarios, que aparece regulada en forma no suficientemente clara en el artículo 1.146 del Código Civil: «La remisión o quita hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos», texto en cierto modo equivalente al artículo 1.844 del propio Código. «Aclarar el verdadero sentido de este precepto —sigue diciendo TIRSO CARRETERO— nos llevaría muy lejos, por rozar el tema poco claro de la relación entre deudores solidarios, pero no cabe duda que en la relación obligatoria, la liberación por el acreedor de uno de los deudores solidarios puede ser *res inter alia* para los codeudores. Y la cancelación parcial de hipoteca puede obstaculizar esa responsabilidad del deudor liberado respecto a los codeudores, por cuanto la subrogación del deudor pagador del todo no podrá comprender la garantía hipotecaria.»

Por tanto, también aquí estamos ante un nuevo caso en que la división de la finca hipotecada afecta, de algún modo, al acreedor hipotecario.

La Resolución de 5 de enero de 1939 admitió la cancelación parcial en cuanto al resto de la finca matriz, como vimos, quedando la hipoteca subsistente sobre la porción segregada, y la de 12 de julio de 1945 afirmó categóricamente que «en todo momento es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división..., *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 solo trozo de la finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios, que se verían notoriamente afectados por tal determinación».

Para TIRSO CARRETERO (145), el «sobre todo cuando...» nos deja en

(144) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1661.

(145) Idem, ídem, pág. 1660 anterior (reseñado en nota 135).

la duda de si habiendo terceros hipotecarios, el obstáculo existe o no, así como tampoco se aclara si el tercer poseedor o dueño de la finca no deudor, se ha de incluir en los terceros hipotecarios de que habla la resolución.

A nuestro juicio, parece claro que la excepción a la doctrina sentada por esta última resolución se da cuando existan terceros poseedores o titulares de gravámenes posteriores que pudieran resultar perjudicados por la cancelación parcial. En este caso, es necesario el consentimiento de estos titulares, que es la solución aceptada por la repetida Resolución de 17 de marzo de 1969, puesto que de dicha cancelación parcial «resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario...».

3.º *Repercusiones procesales.*—Nos referimos a ellas en relación con los problemas más importantes ya anotados, distinguiendo los siguientes apartados:

a') *Persecución de la finca originariamente hipotecada.*—La repercusión procesal más importante quizá sea la ya examinada de si el acreedor puede perseguir la finca originariamente hipotecada, tal como resulta de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.858 del Código Civil, o si se han de perseguir necesariamente las fincas resultantes de la división, como parece dar a entender el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

Manifestada nuestra opinión favorable a la posibilidad de perseguir la finca originaria, vamos a destacar algunas posibles dificultades en vía de ejecución, como serían:

a'') *La inexistencia del valor a efectos de subasta* en las fincas resultantes, que imposibilitaría acudir al procedimiento judicial sumario y al extrajudicial, puesto que en ambos se exige, con carácter indispensable, la determinación del precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta (véanse arts. 130 de la Ley Hipotecaria y 234 del Reglamento Hipotecario).

b'') *Caso de hipoteca de una cuota indivisa de finca, estando las restantes cuotas libres de cargas.*—Si se disuelve la comunidad y posteriormente se ejecuta la hipoteca, no es posible dirigir la acción contra la cuota-parte originariamente hipotecada, sino que habrá de dirigirse contra la porción adjudicada, por imperativo del artículo 399 del Código Civil, según el cual, «el efecto de la... hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

Otra cosa es si la *disolución de la comunidad*, en el caso que contemplamos, es posible prescindiendo del acreedor hipotecario de cuota. Nosotros pensamos:

- Que, *desde un punto de vista estrictamente civil*, tiene aplicación el artículo 403 del Código, que concede a los acreedores una doble facultad: concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, además de impugnarla en caso de fraude y en caso de haberse formalizado no obstante su oposición, y lo que nos interesa destacar, en el orden civil, según resulta de este texto, es la posibilidad de una división válida sin intervención de los acreedores si éstos adoptan la actitud, meramente pasiva, de no oponerse o no impugnar.
- Que, *desde un punto de vista hipotecario*, no es posible estimar suficiente la división si se prescinde del acreedor de cuota: en primer lugar, porque la concreción material del objeto de la hipoteca implica una clara modificación del primitivo contrato que, lógicamente, requiere su concurso; hay una novación objetiva que, conforme a los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario, no sólo exige acuerdo de las partes, sino, además, una nueva inscripción. En segundo lugar, porque así lo reclama el principio de tracto sucesivo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria: hay un derecho real inscrito que se modifica, y la modificación exige, por virtud del tracto, la previa inscripción (aspecto real hipotecario) y el consentimiento de su titular (aspecto jurídico personal).

c'') Un auténtico caso clínico resultará, de acuerdo con la tantas veces citada Resolución de 27 de febrero de 1978, *si el adjudicatario de la porción gravada hubiera decidido no inscribir su finca resultante*, con lo que el acreedor no podría dirigirse contra la cuota hipotecada, por aplicación literal del artículo 399 del Código Civil (y sin perjuicio de lo que acabamos de decir sobre intervención del acreedor en la disolución), y no podría certificarse de la última inscripción de dominio de la finca resultante, con lo que el despacho de la ejecución se vería seriamente comprometido.

El acreedor tendría que recurrir al procedimiento de rectificación del artículo 40, letra A, de la Ley Hipotecaria, en cuanto que la inexactitud proviene de no haber tenido acceso al Registro una relación jurídica inmobiliaria, obligando al acreedor hipotecario a seguir un juicio declarativo previo, lo que, evidentemente, le perjudica y va en demérito de la seguridad de la hipoteca.

d'') Si habiéndose *hipotecado un piso o local en régimen de propiedad horizontal, se desvinculase un elemento común* (v. gr., la vivienda del portero) para formar otra finca independiente, en cuyo caso la acción habría de extenderse no sólo a la finca originariamente gravada, sino,

además, a la cuota que a aquélla correspondiese en lo que hasta ahora era elemento común. Lo contrario significa disminuir la garantía objetiva de la hipoteca sin consentimiento del acreedor.

e'') Si habiendo perseguido el acreedor alguna de las fincas resultantes sin cobrar su crédito por completo, *pretendiese perseguir el resto* y se encontrase con que, al amparo de la Resolución de 27 de febrero de 1978, no estuviesen inscritas las demás.

Como nadie puede ir contra sus propios actos, ahora el actor no puede pretender ejecutar la finca originaria, que, por otro lado, está parcialmente ejecutada, y la falta de inscripción del resto de las fincas dificulta el despacho de la ejecución dada la inexistencia tabular de las mismas. Una vez más, el acreedor se verá obligado a recurrir al procedimiento de rectificación de errores.

La solución más lógica sería no admitir la inscripción parcial de la división cuando la finca esté hipotecada, y así lo estimó TIRSO CARRETERO en sus comentarios a la resolución citada (146); pero el problema puede plantearse también en caso de segregaciones sucesivas, unas inscritas y otras no, caso frecuentísimo en la práctica, que ha dado origen a la modificación del artículo 47 del Reglamento Hipotecario en la reforma de 1982, en el sentido de que «no será obstáculo para la inscripción de cualquier segregación el que no hayan tenido acceso al Registro otras previamente realizadas».

En definitiva, lo aconsejable, en este caso, para evitar sorpresas desagradables, es dirigir la acción contra la finca originariamente hipotecada.

b') *Cancelación de la hipoteca ejecutada*.—La cancelación de la hipoteca ejecutada, así como la de las inscripciones y anotaciones posteriores, prevista en la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y desarrollada en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario y en la regla 2.^a del artículo 175 de este último, para los procedimientos de apremio, también puede plantear dificultades.

Pensemos en que constituida hipoteca sobre una finca, con posterioridad se hubiese dividido horizontalmente o constituido una urbanización privada o conjunto inmobiliario. ¿Significa ello que ha de ordenarse y practicarse, necesariamente, la cancelación de las inscripciones de constitución de régimen y los folios abiertos a cada finca particular?

A nuestro juicio, es razonable conceder al adjudicatario la facultad o derecho a pedir la no cancelación de estos asientos. Y ello por una razón de economía jurídica, puesto que lo contrario sería imponer una cancelación no deseada, obligando al adjudicatario a una nueva consti-

(146) Ver nota 135 anterior. TIRSO CARRETERO pensaba que, por muchas concesiones que quieran hacerse al principio de voluntariedad, no es razonable admitir la solicitud de inscripción parcial de una escritura de división.

tución de régimen o del *status* del conjunto, con los gastos y dilaciones que ello lleva consigo, sin beneficio para nadie. Esta opinión creemos que encuentra apoyo en la expresión «en su caso», que utiliza la citada regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

El supuesto más claro se presenta cuando el actor haya decidido perseguir alguna de las fincas divididas. La cancelación, según los citados preceptos, se extiende a las inscripciones posteriores a la de hipoteca, resultando que entre ellas está la inscripción de división, por lo que si se cancela, no podrá inscribirse el auto de adjudicación a favor del rematante, por estar interrumpido el tracto. Luego es evidente que no podrá cancelarse.

Otro supuesto conflictivo surge si ejecutada la hipoteca sobre alguna de las fincas divididas y cobrado íntegramente el actor, se ordenase la cancelación de otra hipoteca posterior a la ejecutada, constituida también sobre la finca originaria. Pues bien, ¿debe cancelarse en su totalidad o sólo en cuanto a las fincas objeto del procedimiento?

En nuestra opinión, sólo en cuanto a ésta, ya que si el actor ha sido satisfecho íntegramente en su crédito y el rematante recibe las fincas sin dicha hipoteca posterior, no vemos razón alguna para que de forma indirecta se beneficien o perjudiquen legítimos intereses que en nada han afectado a los intervinientes en el proceso.

c') Por último, planteamos la siguiente cuestión: *¿Dónde se inscribe el auto de adjudicación de la finca originaria?*—En base a lo que ha quedado dicho, creemos que el adjudicatario puede optar entre pedir la cancelación de la división o segregación, en cuyo caso se inscribirá en el folio originario, o mantener dichas operaciones, inscribiéndose, en este segundo supuesto, en los folios abiertos a las fincas divididas o segregadas, sin que sea necesaria su descripción en el auto, bastando la instancia complementaria del artículo 110 del Reglamento Hipotecario.

Las Resoluciones de 3 de agosto de 1893, 27 de febrero de 1875 y 17 de julio de 1935 dan pie para mantener esta postura.

E) LA IGUALDAD DE RANGO EN LA HIPOTECA

Es el último de los problemas actuales de la hipoteca de que nos vamos a ocupar en el presente estudio. En él, como veremos, una vez más, la realidad económica y social y la actividad financiera que, en gran medida, lo condicionan, van a exigir nuevas fórmulas en la construcción del derecho real y en las modalidades de ejecución de la garantía.

El tema no es nuevo, desde luego, pero presenta en la actualidad caracteres propios que le dan nueva configuración. Por esta razón, vamos

a hacer, en primer lugar, una breve síntesis de lo que podemos calificar como el problema tradicional de la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales, que, sin duda alguna, nos servirá para intentar comprender mejor el problema más actual de las llamadas hipotecas con igualdad de rango, que veremos en segundo lugar.

1) *La hipoteca en garantía de créditos pluripersonales*

Antes de la reforma hipotecaria de 1944-46 dio ya origen a una interesante literatura jurídica, de la que deben destacarse dos trabajos: uno del Registrador de la Propiedad JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES: *Créditos hipotecarios del mismo rango* (147), y otro del Notario EMILIO LANA SANCHÍS: *Ensayo sobre créditos hipotecarios de igual rango o simultáneos* (148). Veamos algunos aspectos del problema:

a) *Terminología*.—Era —y sigue siendo—, si no confusa, al menos, variada: la Resolución de 9 de diciembre de 1935 hablaba de «créditos hipotecarios simultáneos», y la de 26 de noviembre de 1917, «de igual rango». Estas dos resoluciones mantuvieron posiciones distintas en cuanto al problema básico, que apuntaremos en seguida.

LÓPEZ TORRES (149), que empieza por distinguir entre créditos hipotecarios de incorporación registral anterior al que se ejecuta, de incorporación ulterior y «de idéntica preferencia o créditos simultáneos», dice que lo más exacto sería hablar de «crédito hipotecario atribuido a dos o más titulares», y lo define como aquel en el que, «por imperativo del principio de especialidad (art. 9 de la Ley Hipotecaria), se exige indicar la extensión del derecho de cada uno de los titulares, pero integrando el derecho real de hipoteca que grava la finca». También, en este sentido, hablan de «hipoteca constituida simultáneamente en favor de dos o más personas», ROCA SASTRE (150) y CHICO ORTIZ (151). Y con mayor rigor técnico, a nuestro juicio, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (152) estudia la que llama «hipoteca en garantía de créditos mancomunados y solidarios».

b) *Naturaleza*.—LÓPEZ TORRES (153) había estimado que al surgir constitutivamente la hipoteca de que son partícipes sus titulares con la especificación de su ámbito económico, pueden suscitarse problemas ju-

(147) Ambos publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en el año 1943, núms. 181, págs. 361 y ss., y 187, págs. 834 y ss.

(148) *Ibidem*.

(149) Trabajo citado, pág. 362.

(150) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 560.

(151) *Obra y tomo citados*, pág. 757.

(152) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1982, págs. 489 y ss.

(153) Trabajo citado, págs. 362 y 366.

rídicos de gran interés. Pero el constar en la inscripción de la hipoteca la cantidad que en el crédito corresponde a cada acreedor, no implica que se delimiten derechos con propios contornos e independientes totalmente los unos de los otros: *la hipoteca es una en su nacimiento*. Esto no es obstáculo para que sea susceptible de cesión en parte, pero ello no crea una figura novatoria, sino que el cesionario ocupa la posición jurídica del cedente en lo que es un derecho real de hipoteca con carácter unitario.

ROCA SASTRE (154), al que parece seguir CHICO Y ORTIZ (155), entiende que la hipoteca constituida simultáneamente en favor de dos o más personas o acreedores puede ofrecer tres manifestaciones: 1.^a, estimar que existe una sola hipoteca en bloque o unitaria; 2.^a, estimar que existen tantas hipotecas distintas como créditos o acreedores, y 3.^a, estimar que existe una sola hipoteca por cuotas indivisas. Habrá una sola hipoteca en bloque cuando el crédito u obligación garantido sea solidario o en mano común; pero cuando sea mancomunado, bien surgirá una hipoteca por cuotas indivisas o bien se producirán tantas hipotecas parciales como acreedores haya. Si el artículo 1.138 del Código Civil mantiene, respecto de las obligaciones mancomunadas, que «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros», así también —en opinión de dicho autor— la hipoteca que garantiza esta clase de obligaciones pluripersonales debe presumirse dividida en *tantas partes como acreedores hipotecarios haya, reputándose hipotecas distintas unas de otras*. No obstante, en una nota a pie de página, suaviza ROCA SASTRE su radical postura (156), aclarando que esto no significa que se borre todo nexo o conexión entre los acreedores, «pues dicho artículo 1.138 no dice que *sean* tantos créditos distintos como acreedores, sino que tan sólo *se reputan* tales».

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (157) nos dice que cuando se establece una sola hipoteca en garantía de un solo crédito atribuido mancomunada o solidariamente a varias personas, hay dos cotitularidades: en el crédito, cuyas reglas varían según tenga carácter mancomunado o solidario, y siendo mancomunado, dependerá, a su vez, de que sea divisible o indivisible, y en el derecho real de hipoteca, que supone una comunidad especial sobre un derecho real considerado legalmente como indivisible. Y afirma rotundamente: «Es decir, *en ningún caso, aunque se trate de crédito mancomunado divisible, se entenderá que existen tantas hipotecas*

(154) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 560 y ss.

(155) *Ob. cit.*, págs. 758 y 759.

(156) *Obra y tomo citados*, IV-1.º, pág. 562, nota 1.

(157) *Ob. cit.*, pág. 489.

como acreedores» (y se apoya en el artículo 1.860 del Código Civil y en la Sentencia de 10 de marzo de 1947, a la que nos vamos a referir en seguida).

c) *Ejecución y cancelación parcial de estas hipotecas.*—El problema más importante suscitado por este tipo de hipotecas lo planteó, con toda claridad, LÓPEZ TORRES (158) en su citado trabajo de 1943: ante la ejecución instada por uno de los acreedores, independientemente de los demás, ese ejercicio de la acción ejecutivo hipotecaria, ¿debe determinar la subsistencia de la hipoteca a favor de los demás o, por el contrario, debe cancelarse la hipoteca en su totalidad?

Manifestaba dicho autor que si contestamos afirmativamente, en el sentido de estimar subsistente el crédito del acreedor que no procede ejecutivamente, aplicaremos a créditos del mismo rango la solución adoptada para los créditos preferentes; en otro caso, si resolvemos la cuestión planteada en el sentido de ser pertinente la cancelación total, llegamos a la solución legal inherente a los créditos hipotecarios posteriores (ver artículo 131 de la Ley Hipotecaria, reglas 8.^a y 17.^a, y no se olvide que el artículo 227 del Reglamento, como veremos, no se introdujo hasta el Reglamento de 1947).

Desechado el supuesto del artículo 135 de la Ley Hipotecaria (en los plazos no vencidos, no puede surgir la fuerza ejecutiva de la hipoteca; en cambio, en los créditos simultáneos, el vencimiento es total y en el mismo plazo para los acreedores), se centra LÓPEZ TORRES (159) en el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, como precepto que roza el problema, al mantener la subsistencia de los créditos hipotecarios no ejecutados ante el ejercicio de uno de ellos. Afirma el carácter excepcional del mismo, consecuencia de la naturaleza específica de la hipoteca que en él se contiene, distanciada de las restantes voluntarias como emanación de la doctrina del título valor del Derecho mercantil, donde los titulares de los créditos son múltiples y desconocidos, de modo que exigir la intervención de todos los acreedores dificultaría su fuerza ejecutiva. Salvado este supuesto, en los demás casos, cuando se ejercita la acción hipotecaria, donde se coordinan principios de orden procesal e inmobiliario registral, el fraccionamiento de una hipoteca que, en parte, se cancela y, en parte, ~~subsiste puede llevar a resultados perturbadores de los propios acreedo-~~

dores, *deben obrar conjuntamente* (art. 1.139 del Código Civil), y, en caso contrario, el Juez debe rechazar la pretensión separada de cualquier coacreedor...». No puede el coacreedor reclamar su sola parte, sino el todo, y de esta forma beneficiar a todos los acreedores, ya que si conjuntamente obraron al hacer la entrega del capital, igual posición —termina— deben adoptar para su reclamación.

En consecuencia, estos dos autores se inclinan también en favor del sistema de extinción y *cancelación total de la hipoteca*.

La tesis opuesta, no obstante, es la defendida por ROCA SASTRE (161). A su juicio, la *posibilidad del ejercicio autónomo o aislado de la acción hipotecaria por parte de cada acreedor* en una obligación o crédito mancomunado, es lógica en cuanto implica una situación de hipotecas de igual rango: si el acreedor puede por sí solo ejercitar la acción personal en reclamación de la efectividad de su crédito o porción creditual, igualmente ha de poder ejercitar la acción real hipotecaria derivada de la hipoteca constituida precisamente para reforzar su crédito. «Es indiferente —dice— que exista una hipoteca atribuida en cuotas distintas a los diversos acreedores o que existan tantas hipotecas parciales como acreedores haya, pues en ambos casos hay que reconocer en cada acreedor la facultad de ejercitar de un modo autónomo tanto la acción personal como la real hipotecaria.»

En armonía con esta posición, ROCA SASTRE (162) se inclina por la aplicación a estas hipotecas, por *analogía legis*, del párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria, es decir, el criterio de *subsistencia y cancelación circunscrita*, de tal modo que la ejecución instada por uno de los acreedores no afecta al derecho de los que no hayan procedido a la ejecución.

La Dirección General no siguió, en principio, un criterio muy definido. En la Resolución de 26 de noviembre de 1917 declaró que no es aplicable a los derechos de igual rango el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, referente a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante por cualquier acción real o personal; del mismo modo, el párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria no puede tener valor de criterio general para todos los supuestos de división subjetiva u objetiva de los créditos hipotecarios, tanto porque las hipotecas en garantía de títulos al portador son más bien hipotecas de seguridad que hipotecas ordinarias, como por referirse directamente al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de dicha Ley y no al ejecutivo seguido conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(161) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 561 y 563.

(162) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 570 y ss.

La Resolución de 9 de diciembre de 1935, que, a juicio de LÓPEZ TORRES (163), mantiene un criterio distinto, afirmó que la norma diferencial entre cargas anteriores y posteriores a la que se ejecuta, se quiebra cuando los gravámenes hipotecarios son simultáneos o del mismo rango, por haber adquirido el puesto sin prelación entre sí; la acción para hacer efectiva parte de la deuda lleva necesariamente a la liquidación de hipoteca e insiste en no reconocer carácter general al párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria.

Por último, la Sentencia de 10 de marzo de 1947, con toda claridad, negó al acreedor hipotecario mancomunado la facultad de ejercitar aisladamente la acción hipotecaria por su parte creditual. El principal argumento esgrimido fue el principio de indivisibilidad de la hipoteca: siendo un crédito hipotecario con dos acreedores, existe un único gravamen garantizador, y al no ser divisible el derecho de hipoteca, no es lícito a un titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria en su solo provecho sobre toda la finca gravada, oponiéndose a ese ejercicio aislado el artículo 1.860, párrafo tercero, del Código Civil.

Aunque el problema, en su contexto general, fue resuelto por el artículo 227 del Reglamento Hipotecario de 1947, al disponer que «se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor» (164), no puede decirse que sea totalmente pacífico en su aplicación a las hipotecas que venimos estudiando.

Para JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA (165), este artículo 227 tiene aplicación respecto a las hipotecas constituidas a favor de una pluralidad de acreedores mancomunados sobre la misma finca.

Quizá el punto de vista que más se ajusta a la naturaleza del crédito asegurado, en cuanto entraña una situación de comunidad, es el defendido por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (166). A su juicio, cualquier cotitular, aunque no sea coacreedor solidario, está legitimado por sí solo para ejercitar en beneficio común —con arreglo a los principios de la comunidad de bienes— las acciones que defienden a todos, como las acciones

(163) Trabajo citado, pág. 363.

(164) La preocupación de los Registradores de la Propiedad españoles por el problema de los créditos hipotecarios simultáneos o de igual rango se puso de relieve en la Memoria de los Registradores correspondiente al año 1928, que encontramos en el Anuario del año 1929. En la pág. 660, y entre las reformas que entonces se aconsejaban, encontramos lo que probablemente es el primer antecedente de lo que sería el artículo 227 del Reglamento de 1947. En efecto, en dicha Memoria se proponía: «(Q) Que las cargas de igual rango queden subsistentes y asimiladas a las preferentes».

(165) *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, 4.ª edición, 1983, pág. 319, nota 35.

(166) *Ob. cit.*, págs. 489 y 490.

de devastación. Pero frente a la tesis de ROCA SASTRE —que permite a cada acreedor mancomunado ejercitar el derecho de hipoteca en cuanto a su solo crédito—, cree que este sistema es insatisfactorio para el primer coacreedor que ejecuta si el valor de la finca es insuficiente; pero, además, es especialmente gravoso contra el dueño de la finca hipotecada, que, a pesar de haberse constituido una sola hipoteca, tendría que soportar tantas ejecuciones hipotecarias como coacreedores, iniciales o sobrevenidos por cesión parcial. Por ello, estima que es preferible la tesis de la citada Sentencia de 10 de marzo de 1947; no cabe que cada acreedor ejercite independientemente y en su solo provecho la acción hipotecaria. En cambio, considera preferible aplicar la doctrina que es común a toda forma de comunidad de derechos: pueden accionar o todos los comuneros conjuntamente (que, como vimos, era la opinión de LÓPEZ TORRES) o uno solo en beneficio de la comunidad, procediendo a la consignación de la cantidad obtenida en beneficio de todos (solución ya adoptada por la reseñada Resolución de 26 de noviembre de 1917 y por LANA SANCHÍS).

2) *Las llamadas hipotecas con igualdad de rango: su actualidad*

Al estudiar la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales o constituida simultáneamente en favor de dos o más personas —de cuya problemática acabamos de hacer una breve síntesis—, ROCA SASTRE (167) hace la siguiente salvedad, sin más comentarios: «No consideramos incluíble aquí la hipoteca constituida por un mismo deudor para garantizar dos obligaciones diferentes a favor de personas distintas, y de cuyo supuesto se ocupó la Resolución de 4 de mayo de 1898».

En realidad, la citada resolución, como explica su segundo considerando, se ocupó del siguiente problema: si entre las inscripciones que pueden cancelarse con arreglo a disposiciones especiales o excepcionales, se encuentra «la de dos hipotecas constituidas por el mismo deudor, sobre la misma finca y en el mismo documento, para garantizar dos obligaciones diferentes a favor de personas distintas» (168).

De todas formas, hay que agradecer a ROCA SASTRE que, con su habitual maestría, nos haya señalado el matiz diferencial de esta moda-

(167) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 567, nota 1.

(168) En su cuarto Considerando declaró: «que no procede la cancelación de la primera de dichas hipotecas en la forma que el Juzgado de Primera Instancia ha mandado practicarla, porque se ha fundado en el supuesto equivocado de ser posterior dicha hipoteca a la que se constituyó a favor de la referida D.ª ..., acreedora ejecutante, y de ser aplicables a su cancelación los requisitos especiales o excepcionales establecidos en los artículos 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

lidad de hipotecas que resurgen hoy con contenido específico propio: se trata de la hipoteca constituida a favor de diversas entidades de crédito para garantizar los débitos de un deudor en dificultades financieras.

Estas hipotecas responden a las siguientes características:

- No estamos en presencia de un débito único, sino que son varios débitos, con varios acreedores y un solo deudor.
- El débito garantizado por la hipoteca no es el originario, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la misma escritura, sin que ello suponga, según pacto incorporado, novación de los primitivos.
- La hipoteca se constituye como medio de evitar una situación extrema de insolvencia (suspensión, concurso, quiebra), pero tratando de conseguir que todos los acreedores corran la misma suerte en el cobro de sus créditos.
- Normalmente, la hipoteca se constituye con carácter unilateral.

Con este planteamiento previo, vamos a examinar por separado los problemas que plantean el débito y la hipoteca:

a) *El débito*.—Si bien los débitos, por su origen, titulación, causa, acreedores, plazo e interés, son distintos, sin nexo que los una, ello es irrelevante para la hipoteca, puesto que la garantía hipotecaria no cubre los débitos originarios o subyacentes, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la propia escritura de hipoteca.

Es este *reconocimiento de deuda* el que plantea problemas al relacionarlo con la hipoteca, ya que no se suele hacer un reconocimiento de deuda único (que nos llevaría al tema de la hipoteca en garantía de un crédito pluripersonal), sino *tantos reconocimientos como acreedores*, aunque después se totalicen. Como la totalización no es sino la constatación de un hecho matemático, ello no significa, en principio, que entre los distintos débitos surja una unión o nexo de orden jurídico. De todas formas, como a los acreedores les interesa la vinculación entre ellos, se pacta la solidaridad de los distintos créditos.

Y éste es, a nuestro juicio, el problema de fondo: ¿es posible este pacto que convierte en solidarios créditos de distinta naturaleza? En caso afirmativo: ¿qué alcance tiene?; ¿supone que lo que eran créditos distintos a favor de distintos acreedores, se transforma en crédito único a favor de los mismos?

Siguiendo a LUIS DíEZ-PICAZO (169), podríamos distinguir entre

(169) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1979, pág. 400.

«obligación subjetivamente compleja con pluralidad de prestaciones», para lo que es necesario que dichas prestaciones se encuentren coordinadas entre sí, o lo que es igual, que «exista entre ellas un nexo de coordinación o de ligamen», y, de otro lado, la «obligación subjetivamente compleja, pero objetivamente simple; es decir, existe una agrupación de sujetos, pero, en cambio, hay unidad de prestación». En el primer supuesto, señala el mismo autor, «deben aplicarse las reglas relativas a los contratos coligados», mientras en el segundo, «la tradición jurídica y nuestro Código Civil señalan que puede resolverse a través de dos formas distintas: la mancomunidad y la solidaridad». Si, además de esta posición, nos apoyamos en el propio Código Civil, observamos que su artículo 1.137 se basa claramente en la existencia de «una sola obligación».

Ello lleva, a nuestro juicio, a la conclusión de que el pacto de solidaridad sólo es posible cuando se trata de una obligación única o cuando siendo múltiple exista un nexo o ligamen entre ellas. Este requisito no se da en el caso propuesto, ya que lo único común entre los acreedores es su interés en evitar una carrera de ejecuciones parciales. Esta finalidad no debe ser razón suficiente para admitir en el Registro figuras de perfil borroso, incompatibles con la claridad que los principios de especialidad y determinación imponen como resultado del acto de inscripción en los libros tabularios.

En cuanto al *carácter abstracto del reconocimiento de deuda*, que suele resultar de los títulos relativos a estas hipotecas, hay que interpretarlo en el sentido no de que se trate de un auténtico negocio abstracto, desligado e independiente de su causa, sin que le afecten las irregularidades, vicios o anomalías de la misma, sino únicamente un negocio en el que no se exprese la causa, por lo que se produce una inversión de la carga de la prueba, según opinión del propio Díez-PICAZO (170).

La causa subyacente suelen ser las relaciones contractuales y financieras entre el deudor-hipotecante y las personas o entidades que pasan a ser acreedores hipotecarios. Esa causa, evidentemente, se abstrae en el reconocimiento, pero no tiene, por ejemplo, el alcance de la abstracción de la obligación subyacente en la letra de cambio, hasta el punto de convertirlo en un negocio abstracto, desligado y autónomo de aquella obligación.

b) *La hipoteca*.—Vamos a examinar, en relación con la misma, en primer lugar, la posibilidad de una hipoteca única en garantía de los distintos reconocimientos de deuda; la posibilidad de hipotecas distintas por cada reconocimiento, con pacto de igualdad de rango, y, por último,

(170) «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 3 y ss.

las variantes que ofrece el molde habitual para constituir las, es decir, la hipoteca unilateral.

1.º *¿Es posible constituir una hipoteca unitaria en garantía de los distintos reconocimientos de deuda?*—La posibilidad de garantizar con una sola hipoteca obligaciones distintas no es cuestión pacífica en nuestra doctrina. ROCA SASTRE (171), citando a WOLF, dice que no está permitida una hipoteca para créditos de distintos acreedores que no constituyan una comunidad de derechos. LA RICA (172), en cambio, parece admitir esta posibilidad cuando señala que «la división subjetiva puede nacer en el mismo título constitutivo de la hipoteca, como cuando en la misma escritura se hipoteca una finca en garantía de dos créditos distintos a favor de dos acreedores...».

En Derecho positivo, el artículo 1.857, 1.º, del Código Civil declara como requisito esencial de la hipoteca «que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal». Y, en general, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria, se refieren siempre a la obligación garantizada en singular. Pueden verse los artículos 1.858 y 1.860 del primero, y los artículos 104, 114, 118, 119 y 124 de la segunda, entre otros.

En la Resolución de 18 de octubre de 1979, referente a una hipoteca en garantía de diversas letras de cambio (nos hemos referido a ella más arriba, al estudiar la hipoteca solidaria), el Registrador en su nota exigió la distribución de la responsabilidad entre las fincas hipotecadas «por cada letra y en cuanto a cada finca..., pues siendo varias las letras emitidas han de entenderse constituidas tantas hipotecas cuantas aquéllas sean...». El recurrente argumentó «que la posibilidad de la hipoteca única, en garantía del pago de diversidad de títulos, está expresamente reconocida por el artículo 155 de la Ley Hipotecaria». Y la Dirección, en su cuarto considerando, declara, apoyándose en su anterior Resolución de 31 de octubre de 1978, «que si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una hipoteca en garantía de varias obligaciones que pueden ser independientes o autónomas, no cabe duda de que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria...».

En la Resolución de 31 de octubre de 1978, el Registrador había señalado en su nota el carácter autónomo de la letra de cambio y el ca-

(171) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 563, nota 3.

(172) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª Parte, cit., págs. 233 y 235.

rácter accesorio de la hipoteca, por lo que «a cada una de éstas (las letras) debe corresponder su accesoria, a menos que la Ley expresamente permita otra cosa». La Dirección, como hemos visto, admitió la posibilidad de una sola hipoteca en garantía de obligaciones que pueden ser autónomas, como las incorporadas a la letra de cambio.

TIRSO CARRETERO, comentando esta última resolución (173), no parece muy convencido de los argumentos de la Dirección, señalando que tan pueril es deducir del singular del artículo 1.876 la imposibilidad de la hipoteca única en garantía de varias letras, como del plural del artículo 1.861 lo contrario. Respecto a la cita del artículo 154, señala que si este precepto no se aplica en muchos aspectos a la hipoteca cambiaria (la propia Dirección General, en su Resolución de 26 de octubre de 1973, lo excluyó en lo relativo al libro talonario y circunstancias de identificación de los títulos), no se ve claro por qué deba serlo en éste de la unicidad de la hipoteca.

A nosotros nos parece, basándonos en una fuerte tradición jurídica y en la propia naturaleza de la hipoteca, que sólo cabe garantizar una única obligación o varias coligadas entre sí, y en ambos casos, sean unipersonales o pluripersonales, pero que no es posible garantizar con hipoteca única obligaciones totalmente desconexas que pueden generar, dado el carácter accesorio de la hipoteca, la rara mezcla de tipos de hipoteca totalmente distintos. Pensemos que con la misma hipoteca se pretendiese garantizar las responsabilidades por el ejercicio de la profesión, una emisión de títulos al portador y el precio aplazado de una compraventa, y todo ello simultáneamente. Además de las razones técnicas que venimos exponiendo, las más generales del principio de especialidad en su concepción moderna abonan la solución negativa.

Finalmente, destaquemos que *si el reconocimiento de deuda ha sido único y con carácter solidario*, no parece aplicable la distribución en cuotas ideales que exige el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, ya que aquí, por definición, no existen partes indivisas, concepto aplicable sólo a los créditos mancomunados y no a los solidarios, aunque, en la práctica, con patente incongruencia, se sigue haciendo la distribución ideal entre los acreedores. Esto es un claro olvido de que la hipoteca es única, en este caso, aunque con pluralidad de acreedores, cada uno de los cuales puede reclamar el todo. Y es que pensamos que los acreedores —aun persiguiendo aquella finalidad común, a que nos referíamos, de evitar una situación extrema de insolvencia— se resisten internamente a aceptar la confusión o fusión en uno solo de sus respectivos créditos, a

(173) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 540, septiembre-octubre de 1980, pág. 1180.

efectos de la hipoteca y como consecuencia del reconocimiento de deuda único, trayendo al terreno de la hipoteca el mecanismo de división que habría de funcionar, en caso de ejecución, en el terreno de la relación interna, pero que, a efectos hipotecarios, es incompatible con el mencionado reconocimiento único.

2.º *¿Es posible constituir hipotecas distintas por cada reconocimiento, pactándose la igualdad de rango?*—Es ésta otra de las construcciones a que se acude en la práctica y que plantea igualmente el problema de su admisibilidad, es decir, determinar si el rango hipotecario es algo que queda al arbitrio de los contratantes, en virtud de la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil, o si, por el contrario, viene atribuido por normas de carácter imperativo.

ROCA SASTRE (174) señala que «no cabe hablar propiamente de hipotecas simultáneas o de igual rango, o sea, que cuando se trata de distintas hipotecas, cada una debe tener diferente rango o prelación», y se apoya, además, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1947, cuando afirma que es principio fundamental del sistema hipotecario español el de jerarquía de las hipotecas en la efectividad de los derechos que ostentan conforme a su cualidad de preferentes o a su orden cronológico.

Nosotros creemos, en base al artículo 227 del Reglamento Hipotecario, que claramente se refiere a «las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango», así como en base al artículo 241 del propio Reglamento, que admite la posposición, es decir, la negociabilidad del rango, que es válido el pacto y que el rango se puede negociar mientras no se vulneren normas imperativas del sistema, como sería pactar una hipoteca con carácter de segunda cuando no existe la primera, dejando el «hueco» a favor del propietario (175).

3.º *Variantes de la hipoteca unilateral.*—Es el modo más frecuente de constituir este tipo de hipotecas.

El problema, tal vez, más importante que se plantea es el de la aceptación de las mismas. Si se ha seguido el sistema de hipotecas distintas con igualdad de rango, cada acreedor podrá o no aceptar la suya, y ello en nada afectará al derecho de los demás.

Más espinosa es la cuestión cuando se haya constituido una hipoteca unitaria y alguno o algunos de los acreedores no acepta, caso que hemos constatado en la práctica. Como el crédito se pactó con carácter solidario, parece lógico deducir que la hipoteca continuará garantizando el total

(174) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 565.

(175) La Resolución de 25 de octubre de 1979 ha aceptado incluso la cláusula de posposición de condiciones resolutorias a hipoteca futura, cumpliendo los requisitos del artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

de la deuda, aunque a favor de un número inferior de acreedores, bastando, por consiguiente, que uno de ellos acepte para que la hipoteca subsista incólume, tal como se pactó.

Esta solución, sin embargo, no responde a los intereses en juego, y así parecen entenderlo las propias entidades de crédito, que olvidándose, como decíamos, del carácter solidario que atribuyen al débito, se limitan, en la práctica, a aceptar la hipoteca en cuanto a las cantidades que individualmente se les debe, dando a la distribución interna del crédito una trascendencia exterior incompatible con su carácter solidario.

Nuestro criterio es que no deben inscribirse aceptaciones por cantidad parcial, salvo que hayan aceptado todos y así se acredite simultáneamente, puesto que, en otro caso, aparte de la contradicción interna con la solidaridad del crédito, se plantean problemas insolubles en cuanto a si debe o no cancelarse parcialmente la hipoteca con reducción del débito garantizado, cosa que el Registrador está claro que no puede hacer de oficio y basándose exclusivamente en su valoración de los intereses en juego.

Finalmente, destaquemos que cuando no aceptan todos los acreedores, falta la razón de ser o causa última de este tipo de hipotecas, que es el deseo de los acreedores de que sus créditos corran todos la misma suerte ante una eventual insolvencia. Si un acreedor no acepta y prefiere ejecutar individualmente su crédito originario, evidentemente, su actitud influirá en los demás desencadenando una serie de ejecuciones parciales, que era precisamente lo que se trataba de evitar con la hipoteca.

* * *

Con el cumplimiento del esquema inicialmente propuesto, y como ya hemos avanzado, evidentemente, ni se agotan, ni hemos pretendido agotar, los problemas que el mundo de finales del siglo xx plantea a la hipoteca, como derecho real fuertemente asentado en unos principios tradicionales sabiamente elaborados por el tiempo, que la han convertido en la figura reina de los derechos reales de garantía.

Baste pensar en las relaciones de la hipoteca con las nuevas figuras de la propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo o de la venta de inmuebles con fines turísticos con objeto variable, según el lugar escogido en cada caso, o en las nuevas cláusulas incorporadas al contrato, como las de estabilización de valor o de interés variable, etc.

Creemos que lo expuesto, como punto de partida, es más que suficiente.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA
ANTONIO MANZANO SOLANO
Registradores de la Propiedad