

La hipoteca sobre varias fincas
en garantía de un único crédito:
distribución de responsabilidad,
cancelación parcial y ejecución

*Mortgages on several properties
as a guarantee for a single credit:
distribution of responsibility, partial
cancellation and foreclosure*

por

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

*Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Acreditado Profesor contratado Doctor*

RESUMEN: Este trabajo trata de dar respuesta a los principales interrogantes que plantean aquellos supuestos en los que una hipoteca grava una pluralidad de fincas en garantía de un único crédito, bien desde el mismo momento de su constitución o bien de forma sobrevenida como consecuencia de la división o segregación de la finca tras la constitución de la hipoteca. El primero de ellos es relativo a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, y, en concreto, a su carácter preceptivo o facultativo, así como al modo en el que debe llevarse a cabo tal distribución. El segundo se refiere a la posible admisibilidad de la cancelación parcial de la hipoteca a solicitud cualquier interesado cuando se haya satisfecho la parte del

crédito que grava una de las fincas hipotecadas. La pluralidad objetiva en la hipoteca también plantea algunos interrogantes durante el proceso de ejecución, y, en particular, dos: si el acreedor puede dirigirse por la totalidad de la deuda contra todas y cada una de las fincas o, por el contrario, debe dirigirse contra cada finca por la cantidad por la que está gravada; y, si en el supuesto de que la cantidad correspondiente a una de las fincas haya sido satisfecha, puede el acreedor dirigirse también contra esa finca. En todo ello juega un papel importante la existencia o no de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas y la posible presencia de terceros poseedores. A lo largo del trabajo se van proponiendo soluciones a todos los problemas mencionados.

ABSTRACT: This paper tries to answer the main questions raised by those cases in which a mortgage encumbers a plurality of properties as a guarantee of a single credit, either from the moment of its constitution or as a consequence of the division or segregation of the estate after the constitution of the mortgage. The first of these concerns is the distribution of mortgage responsibility and, specifically, its mandatory or optional nature, as well as the way in which such distribution should be carried out. The second refers to the possible admissibility of the partial cancellation of the mortgage at the request of any interested party when the part of the credit that is encumbered by one of the mortgaged estates has been paid. The plurality of properties subject to a mortgage also raises some questions during the execution process, and in particular two: whether the creditor can apply for the entire debt against each and every estate or, on the contrary, must apply against each estate for the amount for which it is encumbered; and, whether in the event that the amount corresponding to one of the estates has been satisfied, the creditor can also apply against that estate. In all this, the existence or not of the distribution of the mortgage responsibility between the estates and the possible presence of third holders plays an important role. In the course of the paper, solutions are proposed to all the problems mentioned above.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Finca. Pluralidad objetiva. Tercer poseedor. Distribución de la responsabilidad hipotecaria. Cancelación parcial. Ejecución hipotecaria.

KEY WORDS: Mortgage. Estate. Mortgage on several properties. Third holder. Distribution of mortgage responsibility. Partial cancellation. Foreclosure.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA FINCA COMO SOPORTE MATERIAL DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.—II. PLURALIDAD OBJETIVA EN LA HIPOTECA: VARIAS FINCAS GRAVADAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO.—III. VENTA O CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS GRAVADAS: EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR.—IV. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE LAS FINCAS GRAVADAS. IV.1. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y SUS EXCEPCIONES. IV. 2. REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—V. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS: V.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. V.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—VI. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS: VI.1 SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. VI.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN¹

Como es sabido, la hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles y que se establece en favor del acreedor de una obligación personal, facultándole para que, en caso de incumplimiento del deudor, pueda solicitar la realización de valor de los bienes sobre los que recae y con el dinero obtenido recibir el pago de la obligación garantizada (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 565 y 566).

Por tanto, en toda relación hipotecaria debe existir al menos: una parte deudora, una parte acreedora, una parte hipotecante² (cuando no coincida con la parte deudora) y un inmueble que garantice el pago de la obligación.

Pero hay ocasiones en las que la situación es más compleja, bien porque interviene más de un sujeto en la posición de deudor, acreedor, hipotecante, etc. (pluralidad subjetiva) o bien porque son varios los inmuebles hipotecados en garantía del pago del crédito (pluralidad objetiva).

En este trabajo me voy a centrar en el segundo supuesto, es decir, en los problemas que se plantean cuando una hipoteca grava una pluralidad de fincas en garantía de un único crédito, y, especialmente, en los relativos a la distribución de la responsabilidad hipotecaria³ entre las fincas y en los efectos cancelatorios y ejecutivos de dicha distribución.

I. LA FINCA COMO SOPORTE MATERIAL DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

La finca tiene una enorme importancia en nuestro derecho inmobiliario, pues constituye el soporte físico o material del dominio y de los derechos reales inmobiliarios (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 163) y, por ende, también del derecho real de hipoteca. Además, como es sabido, nuestra legislación hipotecaria ha adoptado el criterio de organizar el Registro de la Propiedad por fincas (sistema de folio real, en contraposición al sistema de folio personal, caracterizado porque la publicidad se organiza por personas). En este sentido, el artículo 243 de la Ley Hipotecaria dispone que *«el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente»*⁴.

Sin embargo, pese a la importancia que tiene la finca en nuestro sistema jurídico, la normativa hipotecaria no recoge un concepto de la misma. No lo hace ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria, y, el primero, ni siquiera mantiene una terminología uniforme para referirse a esta realidad, a la que alude bajo expresiones como *«inmuebles»* (art. 334), *«terreno»* (arts. 350 y 361), *«suelo»* (art. 360), *«heredades»* (art. 366), *«propiedad»* (art. 384), etc.

En sentido estricto, una finca constituye una porción delimitada de la corteza terrestre sobre la que se pueden ejercer los diferentes derechos reales, y, decididamente, el derecho de propiedad, pues es este el que determina su extensión y consistencia concreta (DE PABLO CONTRERAS, 2016, 50)⁵. Este es el concepto de finca del que parece partir la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), que ha sido la única norma que se ha preocupado de recoger un concepto de finca, y que la define como *«la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo»*.

Pero a efectos del derecho de hipoteca, debemos partir de un concepto más amplio de finca. Y es que, de acuerdo al artículo 106 de la Ley Hipotecaria, pueden ser hipotecados todos aquellos inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Por tanto, en el ámbito hipotecario, el término finca debe identificarse con la denominada finca registral, que incluye no solo las fincas en sentido estricto a las que me he referido en el párrafo anterior, sino también otras entidades inmobiliarias susceptibles de abrir folio en el Registro de la Propiedad (DE PABLO CONTRERAS, 2016, 89 y 90)⁶. Entre dichas entidades inmobiliarias se encuentran las explotaciones agrícolas o industriales que formen una unidad orgánica, aunque estén compuestas por predios o edificios distintos y no necesariamente colindantes (art. 8.2 de la Ley Hipotecaria) o los pisos y locales de un edificio

en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen (art. 8.5 de la Ley Hipotecaria)⁷. De hecho, el carácter hipotecable de los pisos y locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal está expresamente previsto en el artículo 107.11 de la Ley Hipotecaria⁸.

Por otro lado, no solo puede hipotecarse el derecho de propiedad sobre dichos inmuebles, sino también otros derechos, como el usufructo (art. 107.1 de la Ley Hipotecaria)⁹ —así mismo, la nuda propiedad sobre la finca usufructuada¹⁰ (art. 107.2 de la Ley Hipotecaria)¹¹—, el propio derecho de hipoteca —dando lugar a la denominada subhipoteca— (art. 107.4 de la Ley Hipotecaria)¹², los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real (art. 107.5 de la Ley Hipotecaria), el derecho de retracto convencional (art. 107.8 de la Ley Hipotecaria)¹³ o el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial (art. 107.12 de la Ley Hipotecaria)¹⁴.

II. PLURALIDAD OBJETIVA EN LA HIPOTECA: VARIAS FINCAS GRAVADAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO

Como adelantaba en el apartado introductorio, aunque lo más frecuente es que la hipoteca recaiga sobre una sola finca, es perfectamente posible que se extienda sobre dos o más fincas, dando lugar a la denominada pluralidad objetiva en la hipoteca.

Y es que, no es extraño que, en algunos supuestos, la cuantía del crédito impida que su cumplimiento pueda asegurarse con el valor de una sola finca, siendo preciso hipotecar varias a la vez (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925). Cuando ello sucede hablamos de pluralidad objetiva originaria.

También puede ocurrir que la finca gravada se divida o se segregue tras la constitución de la hipoteca, dando lugar a dos o más fincas, en cuyo caso hablamos de pluralidad objetiva sobrevenida. La diferencia entre la división y la segregación es que mientras la primera consiste en la operación registral en cuya virtud la totalidad de una finca inmatriculada se divide en dos o más porciones, que pasan a formar nuevas fincas (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (3), 546), como ocurre por ejemplo en los supuestos de división horizontal de un edificio; la segunda es la operación registral en cuya virtud se separa parte de una finca inmatriculada para formar una finca nueva (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (3), 510).

Téngase en cuenta que la división y la segregación pueden constituir operaciones aisladas o bien estar unidas a un acto de disposición (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008

(3), 546). De hecho, no es infrecuente que el propietario de una finca la divida o segregue con el objeto vender una de las porciones, bien de forma simultánea o bien con posterioridad.

Por lo demás, el resultado al que se llega tanto en los supuestos de pluralidad originaria como sobrevenida es el mismo: la obligación queda garantizada por una hipoteca que grava varias fincas. Sin embargo, como enseguida vamos a ver, nuestro ordenamiento recoge diferentes soluciones para abordar los problemas que plantea la pluralidad objetiva en función de si esta es originaria o sobrevenida.

III. VENTA O CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS GRAVADAS: EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR

Como tendremos la oportunidad de observar a lo largo de estas páginas, el legislador ha decidido otorgar una especial protección al tercer poseedor de alguna de las fincas gravadas, por lo que la presencia de este puede tener incidencia en las diferentes cuestiones que vamos a abordar: distribución de la responsabilidad hipotecaria, cancelación parcial y ejecución. Téngase en cuenta que, aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no asume la obligación personal garantizada, sí soporta el gravamen hipotecario que recae sobre dicha finca (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 826), lo que justifica el tratamiento específico que el ordenamiento le otorga.

La figura del tercer poseedor puede aparecer en diferentes supuestos. Por ejemplo, cuando tras el establecimiento de una hipoteca sobre una pluralidad de fincas, el propietario procede a la venta de alguna de ellas o a la constitución de derechos reales limitados. También cuando se produce la división o segregación de una finca hipotecada y el propietario dispone de alguna de las porciones resultantes o constituye derechos reales sobre las mismas, pues como he señalado en el epígrafe precedente, la división y la segregación pueden constituir operaciones aisladas o bien estar unidas a un acto de disposición, ya sea simultáneo o posterior.

Tercer poseedor será tanto aquel que adquiere la propiedad de la finca hipotecada como aquel que solo adquiere el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo (artículo 662.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, para ser tercer poseedor es necesario adquirir o bien la propiedad o bien un derecho real que implique el dominio útil o directo sobre la finca.

Además, para ser considerado tercer poseedor a los efectos que aquí nos interesan, es necesario que la adquisición se haya producido antes de que tenga lugar la ejecución de la hipoteca. En concreto, debe tener lugar

antes de que se haga constar en el Registro de la Propiedad, a través de la correspondiente nota marginal, el inicio de la ejecución hipotecaria (STS de 12 de julio de 1941). Como señala CORDERO LOBATO (2013, 1848) *«la distinta protección dispensada a los adquirentes anteriores y posteriores a la nota marginal referida está justificada en el hecho de que estos últimos están advertidos de la ejecución»*.

Cabe preguntarse si es necesario que el adquirente del dominio sobre la finca inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad para ser considerado tercer poseedor. Al respecto, el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a señalar que el adquirente debe poder acreditar ante el acreedor la adquisición de que se trate, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que no es necesaria la inscripción de la adquisición para adquirir la condición de tercer poseedor (CORDERO LOBATO, 2013, 1848 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 610).

Por lo demás, para que una persona adquiera la condición de tercer poseedor, hay que entender que no debe ser parte en la compleja relación hipotecaria. Por tanto, no debe haber participado en la constitución de la misma (no es tercer poseedor el hipotecante) ni tampoco en un momento posterior. Y es que, si el adquirente pasara a ser deudor por haberse subrogado en la deuda¹⁵, perdería la condición de tercer poseedor, puesto que dejaría de ser un tercero en la relación hipotecaria para pasar a ser parte en la misma.

Finalmente, cabe advertir que el concepto de tercer poseedor de la finca hipotecada no debe confundirse con el concepto de tercero hipotecario, que es aquel que cuenta con la protección de la fe pública registral (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (2), 144 y 161 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 610). Y es que, aunque en ocasiones pueden coincidir, son realidades distintas (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 827). A modo de ejemplo, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para que la fe pública registral puede desplegar sus efectos que la adquisición se haya producido a título oneroso, mientras que el concepto de tercer poseedor incluye también al adquirente del dominio de la finca hipotecada a título gratuito. Además, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige que el tercer adquirente haya inscrito su derecho, y ya hemos visto que en el caso del tercer poseedor la doctrina se inclina por no exigir la inscripción.

IV. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE LAS FINCAS GRAVADAS

Cuando una hipoteca recae sobre varias fincas en garantía de un único crédito, son dos las alternativas posibles: que se distribuya la responsabilidad

hipotecaria entre las diferentes fincas, de modo que cada una de ellas solo responda por la cantidad que le sea atribuida, o bien que cada una de las fincas hipotecadas responda por la totalidad de la deuda, dando lugar a la denominada hipoteca solidaria.

No es una cuestión baladí, pues como iremos viendo, dependiendo de la alternativa que se adopte, los efectos cancelatorios y ejecutivos serán distintos. Cabe anticipar ya que, con carácter general, la distribución de la responsabilidad hipotecaria beneficia al propietario o titular de otro derecho real sobre las fincas hipotecadas, mientras que la hipoteca solidaria favorece al acreedor hipotecario.

En realidad, nos encontramos ante una pugna entre los principios de especialidad y de indivisibilidad de la hipoteca. El principio de especialidad está previsto en los artículos 12 y 119 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 216 y ss. del Reglamento Hipotecario, y, en el supuesto que nos ocupa, consiste en que el importe por el que responde cada bien hipotecado debe estar perfectamente determinado. Respecto al principio de indivisibilidad, está recogido en el artículo 1860 del Código civil y en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, y consiste en que la reducción del crédito garantizado por la hipoteca no conlleva la extinción parcial de esta (*tota in toto et tota in qualibet parte*), que seguirá gravando la cosa por entero hasta que se satisfaga la totalidad del crédito garantizado (RDGRN de 15 de octubre de 1999 y de 4 de junio de 2003).

Así, la distribución de la responsabilidad hipotecaria supone anteponer el principio de especialidad al de indivisibilidad de la hipoteca, mientras que la no distribución garantiza el principio de indivisibilidad de la hipoteca, pero a costa de situar en un segundo plano el principio de especialidad.

A continuación, voy a analizar por separado las dos cuestiones más problemáticas que se plantean en torno a la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas: su carácter preceptivo/facultativo y el modo concreto en el que puede llevarse a cabo dicha distribución.

IV.1. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y SUS EXCEPCIONES

Nuestro legislador parece haber optado, con carácter general, por dotar al principio de especialidad de un carácter preferente. De hecho, tal y como viene apuntando algún autor (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 803), el principio de indivisibilidad no se configura como un elemento esencial o estructural de la hipoteca, opinión que comparto, puesto que las partes puede excluirlo de común acuerdo (no así el de especialidad).

Con base en lo anterior, nuestro ordenamiento rechaza, con carácter general, la hipoteca solidaria, precisamente por ir en contra del principio de especialidad¹⁶ (RDGRN de 16 de marzo de 1929, de 3 de mayo del 2000 y de 16 de mayo de 2012; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2003, 211; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 2009, 534; MARTOS CALABRÚS, 2015, 14; RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 806; y SERRA RODRÍGUEZ, 2017, 336 y 337).

En este sentido, si la hipoteca recae sobre varias fincas desde el mismo momento de su constitución, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas es obligatoria, pues así lo exigen los artículos 119 y 246 de la Ley Hipotecaria¹⁷. El primero de los mencionados preceptos señala que *«cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder»*, mientras que el segundo dispone que *«si el título (...) fuere de constitución de hipoteca, deberá expresarse (...) la parte de crédito de que responda cada una de las fincas o derechos y el valor que se les haya asignado para caso de subasta»*. En concordancia con ello, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario dispone que *«no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas (...)»*.

Por tanto, en los supuestos de pluralidad objetiva originaria, la distribución de la responsabilidad hipotecaria se configura como un requisito *sine qua non* para la inscripción de la hipoteca¹⁸, y, de faltar, el registrador deberá rechazar la inscripción (suspendiéndola, pues se trata de un defecto subsanable¹⁹). Si tenemos en cuenta, además, que la inscripción es un requisito constitutivo de la hipoteca, podemos concluir que la falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria impide la constitución del derecho real de hipoteca.

La prohibición de constituir hipotecas solidarias no puede eludirse ni siquiera acudiendo a otras fórmulas, como podría ser constituir sucesivas hipotecas sobre las fincas (CORDERO LOBATO, 2013, 12766 y 12824). En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en un supuesto en el que se pretendía añadir otra hipoteca en garantía de una obligación previamente distribuida entre varias fincas, estimó que se requería una nueva redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas (RDGRN de 3 de mayo del 2000).

A mi modo de ver, la prohibición de la hipoteca solidaria resulta acertada, pues su admisión conllevaría importantes perjuicios para el deudor hipotecante: debería soportar una sobregarantía desproporcionada y sus posibilidades de financiación hipotecaria se verían menoscabadas (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824), puesto que parece complicado que una nueva entidad quiera conceder financiación a sabiendas de que existe una hipoteca preferente sobre la finca susceptible de absorber todo su valor. Pero no solo el deudor hipotecante se vería perjudicado, también lo estaría un posible tercer adquirente de una de las fincas, ya que la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas le proporciona la seguridad de conocer en todo momento el importe fijo por el que responde la finca que adquiera. Y es que, el juego de la solidaridad supone que, si por cualquier motivo una de las fincas no responde (por ejemplo, por estar afecta a una carga preferente que absorba todo su valor), se aumentaría la responsabilidad efectiva de las demás, incluidas las de los nuevos adquirentes (MARTOS CALABRÚS, 2015, 15).

No obstante lo anterior, hay algunas excepciones en las que nuestro ordenamiento admite las hipotecas solidarias, como ocurre por ejemplo en la hipoteca que asegura una emisión de obligaciones (art. 156.4 de la Ley Hipotecaria), en la subhipoteca que incorporan los bonos hipotecarios (art. 13 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario), en la hipoteca de establecimiento mercantil (art. 20 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión), incluso aunque comprenda varias fincas (CORDERO LOBATO, 2013, 12824), en la hipoteca sobre varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho (art. 217 del Reglamento Hipotecario), en la hipoteca sobre la totalidad de un edificio dividido por pisos que pertenecen a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código civil (art. 218.1 del Reglamento Hipotecario)²⁰, en los supuestos de anotaciones preventivas, debido al carácter provisional de las mismas (arts. 167 y 216 del Reglamento Hipotecario), en el supuesto de afección de todos los bienes al pago de la legítima (art. 15 de la Ley Hipotecaria) o el caso de la hipoteca en garantía del aplazamiento del impuesto de sucesiones (art. 82.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), cuya concesión implica la constitución de una hipoteca legal a favor del Estado sobre todas las fincas de la sucesión.

Pero la excepción que más nos interesa en este estudio es la prevista en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, referida a aquellos supuestos en los que una finca hipotecada se divide en dos o más tras la constitución de la hipoteca. En estos casos, en los que la pluralidad de fincas hipotecadas se produce de forma sobrevenida, el principio de indivisibilidad de la hipoteca adquiere mayor intensidad. Y es que, pese a que dicho principio no impide

que con posterioridad a la constitución de la hipoteca la finca sobre la que recae pueda ser objeto de división o segregación (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925), sin que para ello resulte necesario el consentimiento del acreedor (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2000, 477), sí excluye el carácter preceptivo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria (a diferencia de lo que hemos visto para el supuesto de pluralidad objetiva originaria). En estos casos, la distribución de la responsabilidad, de acuerdo al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es voluntaria, y requiere el acuerdo entre acreedor y deudor: *«si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor (...)»*.

Por tanto, la división o segregación de la finca gravada es irrelevante para el titular del crédito hipotecario, que no se verá afectado por dichas operaciones, ya que su derecho continuará recayendo sobre la totalidad del bien primitivo (CORDERO LOBATO, 2013, 12834; y RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 925). Ello, salvo que consienta la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes.

En caso de que las partes no acuerden voluntariamente la división del crédito hipotecario, la hipoteca se convierte en solidaria (RDGRN de 30 de octubre de 2017; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2000, 478; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159; y MARTOS CALABRÚS, 2015, 3), pues, como adelantaba, se trata de una de las excepciones en las que nuestro ordenamiento admite esta figura.

El mantenimiento de la solidaridad en este supuesto ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGO, 2008 (1), 159), que consideran que resultaría más adecuado aplicar la misma regla que se prevé para los supuestos de pluralidad objetiva originaria y exigir, por tanto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas. Un posible remedio sería aplicar a este caso la misma solución que da la Dirección General de los Registros a los supuestos en los que se añade otra hipoteca en garantía de una obligación previamente distribuida entre varias fincas, que ya hemos visto que exige una nueva redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas (RDGRN de 3 de mayo del 2000). No obstante, el tenor del artículo 123 de la Ley Hipotecaria es muy claro al excluir dicha posibilidad, y, a mi modo de ver, la solución ofrecida por el legislador resulta razonable, pues la distribución de la responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la ulterior división de la finca puede perjudicar al acreedor, limitando sus posibilidades de ejecución hipotecaria para el cobro de la deuda. Además, iría en contra del principio de seguridad jurídica. Por ello, parece coherente exigir su consentimiento.

IV.2. REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Como señalan DÍAZ CADÓRNIGA y MARTORELL GARCÍA (2009), la distribución de la responsabilidad hipotecaria consiste en *«el acto por el cual se procede a la fijación de la parte de crédito de que deba responder (inter partes o frente a terceros) cada una de las fincas cuando sean varias las que se hipotequen a la vez en garantía de un solo crédito (pluralidad objetiva originaria), o cuando la finca hipotecada se divida en dos o más, o se segregue de ella alguna parte (pluralidad objetiva sobrevenida)»*. Por tanto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria no implica la división del crédito (STS de 4 de febrero de 2005; y RDGRN de 17 de octubre de 2001), que seguirá siendo único.

Corresponde a las partes de común acuerdo decidir el modo en el que se va a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas. A falta de acuerdo, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de que sea el juez el que decida sobre esta cuestión. Ahora bien, ello, siempre que la distribución sea preceptiva (en los supuestos de pluralidad objetiva originaria), pues cuando esta se establece con carácter facultativo (en los supuestos de pluralidad objetiva sobrevenida), la falta de acuerdo impedirá la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Es conveniente, especialmente para el acreedor, que la distribución de la responsabilidad hipotecaria se lleve a cabo de la forma más precisa posible. Y es que, si luego resulta que algunas fincas responden de mucho más de lo que valen en realidad y otras de mucho menos, puede verse comprometida su garantía de cobro. Pongamos, por ejemplo, que el deudor decide vender aquellas fincas cuyo valor real excede la cantidad por la que responden y mantener aquellas otras que responden de más de lo que valen. Pues bien, si tenemos en cuenta que en un supuesto como el descrito el acreedor solo podría dirigirse contra el tercer adquirente por la cantidad de la que responda su finca (como posteriormente veremos), tendría complicado poder cobrar el resto del importe que se le debe ejecutando la hipoteca sobre aquellas fincas cuya responsabilidad excede su valor real.

Respecto al modo en el que deben proceder las partes para llevar a cabo esta operación, en el caso de la pluralidad objetiva originaria, si la distribución de la responsabilidad hipotecaria no se hubiera practicado en el mismo título de constitución de la hipoteca, el artículo 216 del Reglamento Hipotecario faculta a las partes para subsanar dicha omisión mediante documento público o solicitud dirigida al registrador. Cabe entender que dicha solicitud podrá consistir en un documento privado que incluya el acuerdo alcanzado entre las partes (FAYOS FEBRER, 2012).

En los supuestos de pluralidad objetiva sobrevenida resulta más discutible que la distribución de la responsabilidad hipotecaria pueda llevarse a

cabo en documento privado. Y es que, de la propia norma parece derivarse la exigencia de que se realice en escritura pública, puesto que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige que, para que puedan ser inscritos los títulos, estén consignados en escritura pública. Es cierto que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario permite que las partes acuerden la distribución de la responsabilidad hipotecaria en un documento privado, pero la interpretación más razonable es que dicho precepto recoge una excepción a la regla general, referida únicamente al supuesto de hecho regulado en él (MARTOS CALABRÚS, 2015, 3). En otras palabras, la excepción se referiría únicamente a los casos de pluralidad objetiva originaria, y no a los de pluralidad objetiva sobrevenida. No obstante, no lo ha considerado así la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha decidido hacer extensiva a estos supuestos la solución del artículo 216 del Reglamento Hipotecario y ha admitido que la distribución de la responsabilidad hipotecaria pueda llevarse a cabo también en documento privado (RDGRN de 7 de enero de 2004).

Por otro lado, aunque el artículo 123 de la Ley Hipotecaria se refiere exclusivamente al acreedor y al deudor, el Tribunal Supremo ha interpretado que, si hubiera terceros adquirentes de alguna de las fincas, también deberán prestar su conformidad con la distribución que se haga, so pena de declaración de nulidad de dicha distribución (STS de 25 de noviembre de 2008²¹; y RDGRN de 15 de junio de 1993 y de 16 de marzo de 1999). Ello resulta lógico, pues en caso contrario podría distribuirse arbitrariamente la responsabilidad y atribuirse a su finca una responsabilidad superior a la que realmente le corresponde, con los perjuicios que ello le causaría a efectos cancelatorios y ejecutivos. Así mismo, pese a la ausencia de previsión legal y jurisprudencial, parece razonable entender que junto al tercer poseedor también deberán participar en el acuerdo distributivo otros sujetos que pudieran verse afectados por el mismo (hipotecante no deudor, fiador, etc.).

Ahora bien, plantea dudas si también debe participar en el acuerdo de distribución de la responsabilidad hipotecaria el tercero que compra una de las fincas pero que todavía no ha adquirido la propiedad sobre la misma en el momento de dicha distribución, por no haber tenido lugar la *traditio* (es decir, cuando la distribución se lleva a cabo una vez celebrado el contrato de compraventa, pero antes de que se entreguen las llaves o se otorgue escritura pública). Al respecto, parece claro que, de atribuir a dicha finca una responsabilidad hipotecaria mayor a su valor real, el vendedor estaría incumpliendo el contrato, puesto que se vería vulnerado el derecho del comprador a recibir la vivienda por el coste estipulado, y, además, no podría subrogarse en el préstamo en el momento de otorgar escritura pública (MARTOS CALABRÚS, 2015, 5). Así, el comprador tendría a su disposi-

ción las acciones de resolución e indemnización, junto a la posibilidad de retener el precio que quede por pagar (art. 1502 del CC). Pero no resulta tan claro si la distribución hipotecaria es nula por faltar el consentimiento del tercero que pese a haber comprado una de las fincas, todavía no ha adquirido su propiedad. Entiendo que la distribución no será nula cuando el acreedor desconociera que la finca ha sido vendida a un tercero. Sin embargo, cuando el acreedor conociera este hecho, el acuerdo de distribución podría constituir un contrato en daño de tercero (MARTOS CALABRÚS, 2015, 6). Dicha figura no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, pero la jurisprudencia ha considerado que el contrato en daño de tercero presenta una causa ilícita constitutiva de causa torpe (art. 1306 del CC) que acarrea su nulidad (STS de 25 de enero, de 25 de febrero y de 11 de octubre de 2013). Por tanto, el comprador podría exigir que el acuerdo distributivo sea declarado nulo (MARTOS CALABRÚS, 2015, 6).

V. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS

No es raro que, cuando una hipoteca recae sobre varias fincas, el deudor o un tercer poseedor traten de cancelar la carga hipotecaria sobre alguna de ellas con objeto de liberarla y poder disponer de ella, hipotecarla de nuevo, etc.; especialmente cuando atraviesen situaciones de falta de liquidez. Además, junto al deudor y el tercer poseedor, puede haber otros interesados en la cancelación de la hipoteca sobre alguna de las fincas, como un eventual fiador, un posible acreedor posterior, etc.

Como señalan ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO (2008 (1), 460), la cancelación es el asiento del Registro en cuya virtud se extingue formalmente otro asiento registral; y, a tenor del artículo 78 de la Ley Hipotecaria, dicha cancelación podrá ser total o parcial, en función de si afecta a todo el derecho real de hipoteca o simplemente reduce la extensión de la misma.

De acuerdo al artículo 80 de dicha Ley, la cancelación parcial cabe en dos supuestos: cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado. En aquellos casos en los que se haya pagado una parte del crédito, nos encontraríamos ante este último supuesto (reducción del crédito), por lo que cabría pensar en la posibilidad de que cualquier interesado solicitara la cancelación parcial de la hipoteca. Para valorar la viabilidad de esta opción, vamos a analizar por separado dos supuestos: aquellos en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas y aquellos en los que no existe tal distribución.

V.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

La posibilidad de solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez pagada la parte del crédito que grava una de las fincas está excluida, en principio, por el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos»*. Ello es consecuencia del principio de indivisibilidad de la hipoteca, que como regla impide la cancelación parcial de la misma pese a que se reduzca el importe del crédito por ella garantizado (RDGRN de 30 de octubre de 2017; y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2003, 211).

Por tanto, la regla general es que el pago de una parte del crédito no da derecho a la cancelación parcial de la hipoteca, salvo que medie consentimiento del acreedor. Ahora bien, dicha regla tiene una excepción, prevista en el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, al que se remite expresamente el artículo 122. El mencionado precepto prevé que *«dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre»*. En términos semejantes se pronuncia el artículo 221 del Reglamento Hipotecario, pero referido específicamente al tercer poseedor de una de las fincas: *«distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme a los artículos 119 y siguientes de la Ley, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas»*.

De la lectura del artículo 124 de la Ley Hipotecaria podemos extraer que, si se da el supuesto de hecho en él previsto, cualquier interesado puede solicitar la cancelación parcial de la hipoteca. Corresponde entonces analizar si el supuesto de hecho del artículo 124 de la Ley Hipotecaria es el mismo que el que nos ocupa en este estudio, pues solo en ese caso cabría admitir esta posibilidad. Es decir, hay que determinar si nos encontramos ante la excepción prevista en el artículo 124 (lo que facultaría a cualquier interesado para solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez satisfecha la cantidad que grava una de las fincas) o por el contrario debemos acudir al régimen general que recoge el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (lo que negaría dicha posibilidad).

Durante algún tiempo, la Dirección General de los Registros y del Notariado vino decantándose por la primera opción y admitiendo, por tanto, la cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del pago de la cantidad que grava una de las fincas (RDGRN de 27 de enero y de 4 de diciembre de 1986, de 15 de enero de 1991 y de 16 de julio de 1996). También llegó a admitirla la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 21 de noviembre de 2000, pero limitándola a aquellos supuestos en los que existieran terceros adquirentes de alguna de las fincas, de manera que, no existiendo estos, la distribución de la responsabilidad hipotecaria quedaría inoperante entre los contratantes, funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria.

El Tribunal Supremo no se pronunciaría expresamente sobre esta cuestión hasta su Sentencia de 4 de febrero de 2005, en la que se opone a la aplicación de los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario, al considerar que el supuesto debe resolverse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, negando por tanto la posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca. Para ello, argumenta que no nos encontramos ante la división de un crédito entre varias fincas (que, de acuerdo al Alto Tribunal, sería el supuesto de hecho de los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario), sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas. Además, entiende que para que pudiera proceder la cancelación parcial de la hipoteca, el acreedor debería haber consentido una imputación específica de la cantidad pagada a la liberación de una finca concreta. Con base en todo ello, considera que ningún interesado está facultado para exigir la cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del pago de la parte del crédito que grava una de las fincas.

Esta postura ha sido mantenida en alguna sentencia posterior (STS de 28 de septiembre de 2009) y también ha sido seguida por la jurisprudencia menor (SAP de Jaén de 14 de julio de 2011 y SAP de Murcia de 25 de septiembre de 2012) y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN de 30 de octubre de 2017). También parte de la doctrina se ha mostrado favorable a la misma (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12825).

No obstante, a mi modo de ver, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo resulta discutible. Estoy de acuerdo con el alto Tribunal en que el crédito es único, de eso no hay duda. Pero creo que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y el artículo 221 del Reglamento Hipotecario contemplan precisamente este supuesto: el de un único crédito garantizado por varias fincas, y no el de la división del crédito entre las mismas. Téngase en cuenta que el artículo 124 hace referencia a una única obligación garantizada, y no a varias, como parece defender el Tribunal Supremo. Para corroborarlo basta

observar su tenor literal: «*dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas(...)*». Como puede observarse, el artículo 124 se refiere a la división de la hipoteca, no a la división del crédito, lo que creo que es incompatible con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo²². Más claro, si cabe, resulta el artículo 221 del Reglamento Hipotecario, que comienza diciendo «*distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme al artículo 119 y ss. de la Ley (...)*», dejando claro que parte del mismo supuesto que el previsto en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, que no es otro que el de la distribución de la responsabilidad hipotecaria de un único crédito.

Además, una interpretación sistemática de los artículos 119 a 125 de la Ley Hipotecaria no deja duda de que todos ellos parten de la unidad del crédito, ya que en ningún momento se indica que el artículo 124 parta de un supuesto diferente (algo que, de quererlo así el legislador, lo habría advertido). De hecho, el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (respecto del que no cabe duda de que se refiere a supuestos de división de la hipoteca y no del crédito), prevé expresamente que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria recoge una excepción a lo dispuesto en él, dando a entender, a mi modo de ver, que el supuesto de hecho del que parten ambos preceptos es el mismo. Así mismo, el artículo 125 de la Ley Hipotecaria (al que me referiré nuevamente en el siguiente subapartado) recoge una especie de excepción a la excepción, al establecer que «*cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo ciento veintitrés, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho*». Pues bien, si llevamos una interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto en el precepto llegamos a la misma conclusión que vengo manteniendo: en caso de que la responsabilidad hipotecaria haya sido dividida entre varias fincas, cabe exigir la liberación de la finca respecto de la que se haya pagado la cantidad que la grava.

A mayor abundamiento, ya hemos visto que nuestra legislación parece haber optado, con carácter general, por dotar al principio de especialidad de un carácter preferente sobre el de indivisibilidad, al configurarlo como un elemento esencial o estructural de la hipoteca (no así el de indivisibilidad, que puede ser excluido por las partes de común acuerdo). Precisamente, por ir en contra del principio de especialidad, la hipoteca solidaria debe tener un carácter excepcional. No obstante, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia supone invertir la anterior regla y anteponer el principio de indivisibilidad al de especialidad, convirtiendo la hipoteca solidaria en la regla general, lo que a mi modo de ver contraviene el espíritu de la ley.

Otro argumento al que recurre el Tribunal Supremo para justificar su postura es que, para que pudiera proceder la cancelación parcial de la

hipoteca, el acreedor debería haber consentido una imputación específica de la cantidad pagada a la liberación de una finca concreta. Al respecto, es cierto que, si acudimos al régimen general de imputación de pagos, parece que no habría derecho a exigir que el dinero que el deudor va amortizando regularmente se destine a la liberación de una concreta de las fincas gravadas. Y es que, en este supuesto no resulta de aplicación el artículo 1172 del Código civil, puesto que se refiere a aquellos casos en los que una persona tenga varias deudas en favor de un mismo acreedor, y en el supuesto que estamos estudiando la deuda es única. No obstante, considero que es el propio artículo 124 de la Ley Hipotecaria el que faculta al deudor para decidir que los pagos realizados se imputen a la liberación de una finca concreta, al señalar que «(...) si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre». De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que es ineficaz el pacto por el que el deudor renuncie a este derecho a poder elegir, por ir en contra del interés público (RDGRN de 27 de enero de 1986 y de 16 de julio de 1996).

Un argumento al que no recurre el Tribunal Supremo, pero sí la Dirección General de los Registros y del Notariado, es que el acreedor no estaría obligado a aceptar pagos parciales del crédito, lo que excluiría igualmente la posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca sobre una de las fincas gravadas (RDGRN de 1 de julio de 2016 y de 30 de octubre de 2017). Para ello acude al artículo 1169.1 del Código civil, que prevé que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». En el caso de que la finca que se pretenda liberar haya pasado a un tercer poseedor, no se plantean mayores problemas, pues el artículo 221 del Reglamento Hipotecario le faculta expresamente para pagar al acreedor el importe por el que responda su finca y así liberarla, tal y como reconoce la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la mencionada resolución²³. No lo ve así, sin embargo, en el caso del deudor hipotecario, respecto del que niega la posibilidad de realizar pagos parciales. No obstante, a mi modo de ver, en el supuesto que nos ocupa no se discute la posibilidad de realizar o no pagos parciales, sino si una vez pagada la parte del crédito que grava una de las fincas (ej. mediante el abono regular de las cuotas del préstamo en los plazos establecidos), puede solicitarse la liberación de dicha finca. Y la respuesta creo que debe ser una vez más afirmativa, puesto que así lo autoriza expresamente el artículo 124 de la Ley Hipotecaria. Cuestión distinta sería que el deudor tratara de pagar anticipadamente la parte del crédito que grava una de las fincas, pues en ese caso el acreedor sí estaría

facultado a rechazar el pago (a diferencia de lo que hemos visto que ocurre cuando el que ofrece el pago es un tercer poseedor de la finca), lo que impediría la cancelación parcial de la hipoteca. Pero como digo, aquí no se está discutiendo si el deudor puede pagar anticipadamente una parte del crédito, sino si una vez pagada una parte, es posible solicitar la liberación de la finca.

Por lo expuesto, considero que resulta de aplicación el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y la excepción en él recogida, y que, por tanto, cualquier interesado puede solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez satisfecha la cantidad que grava alguna de las fincas hipotecadas.

Creo que la postura que defiendo no solo resulta más acorde con el literal de la norma, sino que además parece más razonable desde el punto de vista de la reciprocidad de los intereses y derechos entre las partes, ya que la solución propuesta por el Tribunal Supremo puede dar lugar a una situación de sobregarantía, pues una vez abonada la cantidad correspondiente a una de las fincas, el crédito quedaría asegurado mediante unas garantías desproporcionadas en relación con el capital pendiente. Y es que, la aplicación de la solidaridad en estos supuestos puede dar lugar a situaciones realmente absurdas. Veámoslo con un ejemplo: se concede un préstamo hipotecario de 500.000 € en garantía del cual se hipotecan dos inmuebles, de modo que uno responde por 50.000 € y el otro por 450.000 €. Imaginemos que el deudor ha amortizado ya 400.000 € mediante el pago periódico de sus cuotas, y, debido a un problema de liquidez, desea liberar la primera finca (que responde de 50.000 €) con el objeto de disponer de ella libre de cargas o bien de rehipotecarla. Pues bien, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia, supone negar esta posibilidad al deudor. Creo que es palpable lo desproporcionado de la garantía y los enormes perjuicios que ello puede causar al deudor, que se ve imposibilitado para disponer de la finca libre de cargas o acceder a financiación complementaria a través de la celebración de nuevos contratos de préstamo garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autoriza la ley.

Es cierto que es posible disponer de la finca aunque pese sobre ella un derecho de hipoteca, pero ello conllevará normalmente un descuento en el importe del precio de la venta, y, aunque el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria prevé que cuando se satisfaga la parte de deuda restante con la consiguiente extinción de la hipoteca, el vendedor tiene derecho a reclamar al comprador el importe retenido o descontado, lo normal es que no recupere toda la cantidad descontada. Y es que, quien compra una finca hipotecada suele exigir un descuento superior a la cuantía en la que la hipoteca grava la finca, por los riesgos derivados de la adquisición de un bien sobre el que pesa un derecho de hipoteca. Por tanto, el perjuicio patrimonial para el vendedor resulta innegable.

Como adelantaba, el dueño de la finca al que se le niega la posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca que la grava, también se verá perjudicado si trata de obtener un nuevo préstamo garantizado por la finca hipotecada. En algunos casos, ni siquiera habrá quien esté dispuesto a ofrecerle financiación, y, de hacerlo, lo hará probablemente en unas condiciones menos ventajosas que las que le ofrecería si se tratara de una finca libre de cargas. Por tanto, la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia supone menoscabar injustificadamente la capacidad de endeudamiento del propietario de la finca hipotecada, que es precisamente lo que trata de evitar el legislador al prohibir la hipoteca solidaria (CORDERO LOBATO, 2013, 12747 y 12748).

Además, el deudor hipotecario en muchos casos tendrá la consideración de consumidor, y ello hace que resulte de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Al respecto, el artículo 88.1 del mencionado texto señala que *«en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido»*. Aunque se refiere a aquellos supuestos en los que se incluya esta cláusula en las condiciones generales de la contratación (lo que no abarcaría el supuesto que nos ocupa), es una muestra de que el legislador considera que las garantías desproporcionadas suponen una situación de abuso. Pero incluso podría entrar en juego en el supuesto objeto de estudio, si por ejemplo la escritura de hipoteca recogiera una cláusula por la que el deudor renuncie a su derecho a solicitar la liberación de una de las fincas gravadas y la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca sobre dicha finca. Y es que, dicha cláusula resultaría abusiva, y, por tanto, nula.

Respecto al modo en el que debe procederse para solicitar la cancelación parcial de la hipoteca, dependerá de que exista o no conformidad del acreedor. En caso afirmativo, la opción más factible es otorgar escritura pública de cancelación, tal como prevén los artículos 82.1 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario. Por el contrario, si el acreedor se opone a la cancelación parcial, parece que la única alternativa es que esta se lleve a cabo mediante sentencia judicial (RDGRN de 30 de octubre de 2017)²⁴.

En tal caso, deberá acreditarse que ha sido amortizada la parte del crédito que grava la finca cuya liberación se pretende. La opción más adecuada para ello sería la presentación de una carta de pago emitida por el acreedor, pero ello no siempre será posible, ya que el acreedor puede negarse a emitirla. Cuando esto ocurra, si se trata de una entidad bancaria, a mi modo de ver no habría inconveniente en que el pago se acredite a través de una certificación en la que conste, bien el saldo del préstamo que ya se ha amortizado, o bien el saldo pendiente de amortizar. Ello permitiría comprobar si la cantidad que se ha pagado es suficiente para cubrir la parte del crédito que grava la finca cuya liberación se pretende. En otro caso,

creo que la única opción sería que el juzgado competente librara oficio al acreedor para que indicara la cantidad que se ha amortizado del préstamo (en tal caso, por tanto, únicamente cabría acudir a la vía judicial).

Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que la cancelación parcial de la hipoteca sobre una de las fincas requiere también la conformidad de los terceros adquirentes de cualquiera de las fincas restantes, pues considera que, en caso contrario podría concentrarse la responsabilidad hipotecaria sobre su finca de forma desproporcionada (RDGRN de 15 de junio de 1993 y de 16 de marzo de 1999). A mi modo de ver, el argumento cae por su propio peso, ya que, como estamos viendo, el presupuesto para que pueda proceder la cancelación parcial de la hipoteca es que exista una previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas, y la cancelación parcial no conlleva una redistribución de dicha responsabilidad, por lo que el riesgo al que se refiere la Dirección General de los Registros y del Notariado es inexistente. Cuestión distinta sería que, en un supuesto de no distribución de la responsabilidad, el acreedor aceptara la cancelación parcial de la hipoteca ante el pago parcial de la obligación garantizada. Y es que, ello exigiría la distribución de la responsabilidad hipotecaria, una operación que, como hemos visto en su momento, sí requeriría la conformidad del tercer adquirente, pues en este caso sí existiría el riesgo de que se distribuyera arbitrariamente la responsabilidad y se atribuyera a su finca una responsabilidad superior a la que realmente le corresponde. Además, si se exigiera la conformidad del tercer adquirente para la cancelación parcial de la hipoteca, también habría de exigirse la conformidad del propio deudor cuando es un tercer adquirente el que pretende la cancelación parcial de la hipoteca que grava su finca.

V.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

En caso de que no se haya dividido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, por tratarse de un supuesto de pluralidad objetiva sobrevenida en el que las partes no han acordado voluntariamente dicha distribución, no se plantean demasiadas dudas, pues como he adelantado, el artículo 125 de la Ley Hipotecaria impide la cancelación parcial y consiguiente liberación de una de las fincas, al señalar que *«cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo ciento veintitrés, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho»*. Dicha prohibición se aplica con independencia de que exista o no un tercer poseedor de una de las fincas (STS de 4 de febrero de 2005).

Ahora bien, nada impide que el acreedor acepte la cancelación parcial de la hipoteca pese a que no exista distribución de la responsabilidad hipotecaria, pero ello exigiría que previamente se llevara a cabo dicha distribución en los términos ya vistos.

VI. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS

Cuando la obligación garantizada con la hipoteca se incumple, corresponde al acreedor decidir si va a solicitar la satisfacción forzosa de su crédito, y, en caso afirmativo, el procedimiento al que va a acudir (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824). Y es que, el acreedor hipotecario tiene a su disposición dos opciones diferentes (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, 618 y 619):

En primer lugar, como titular del derecho de crédito garantizado mediante la hipoteca, puede interponer una acción personal para reclamar al deudor el cumplimiento de dicha obligación. Ello, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, previsto en el artículo 1911 del Código civil, y por el que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. En este sentido, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria prevé expresamente que la hipoteca «no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código civil». Dado que en estos supuestos el crédito está documentado en escritura pública, que es uno de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (concretamente en su punto 4º), podrá interponer directamente una acción ejecutiva, sin necesidad de pasar previamente por un procedimiento declarativo. Esta parece la opción más recomendable para el acreedor cuando prevea que mediante la realización forzosa del bien hipotecado no se va a obtener la cuantía suficiente para cubrir el importe del crédito. En cualquier caso, téngase en cuenta que las partes de común acuerdo pueden excluir la responsabilidad personal del deudor. A tal efecto, el artículo 140 de la Ley Hipotecaria prevé que «no obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor». En ese caso, el acreedor únicamente podrá acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, al que paso a referirme a continuación.

Y es que, en segundo término, como titular del derecho real de hipoteca, el acreedor puede dirigirse directamente contra el bien hipotecado, tal

y como prevé el artículo 129 de la Ley Hipotecaria. El resultado será la realización de valor del bien, lo que le permitirá obtener la satisfacción de la obligación garantizada²⁵. Para ello, podrá acudir a la vía judicial mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria o bien solicitar la venta notarial del bien hipotecado [si bien, de acuerdo a lo previsto en el artículo 129.1 b) de la Ley Hipotecaria, esta última posibilidad solo cabe cuando se haya convenido expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca].

Por lo demás, la acción personal derivada del crédito y la acción real derivada de la hipoteca son compatibles (art. 105 de la Ley Hipotecaria), por lo que el acreedor puede interponer cualquier de ellas o bien ambas de forma acumulada. Lo que no cabría es iniciar la ejecución hipotecaria cuando, como consecuencia del ejercicio de una acción personal, se hubiera ya obtenido el embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda. De igual manera, tampoco cabría interponer una acción personal cuando como consecuencia de una previa ejecución hipotecaria se hubiera obtenido el capital necesario para satisfacer el crédito. Y es que, como ha señalado con acierto el Tribunal Constitucional, ambas actuaciones constituirían un supuesto de abuso de derecho (STC de 25 de enero de 2006).

Pero, aun siendo ambas acciones compatibles y acumulables, existen importantes diferencias entre ellas. Las más relevantes, especialmente para nuestro estudio, son las dos siguientes:

La primera de ellas tiene que ver con el objeto de la ejecución, y es que, ya hemos visto que la acción personal permite al acreedor dirigirse contra todos los bienes del deudor, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código civil; mientras que la acción hipotecaria solo puede dirigirse contra el bien hipotecado.

La segunda diferencia se refiere a la legitimación pasiva, es decir, a los sujetos frente a los cuales se puede entablar la acción. Al respecto, la acción personal únicamente puede entablarla contra el deudor (o contra un eventual fiador), no así contra el hipotecante no deudor o contra un tercer poseedor (a salvo queda la posibilidad de solicitar la rescisión del contrato celebrado entre el deudor y el tercer poseedor, si este se hubiera llevado a cabo en fraude de acreedores²⁶). Por el contrario, la acción hipotecaria puede dirigirse contra cualquier sujeto que se encuentre en posesión del bien hipotecado, ya sea el propio deudor, el hipotecante no deudor o un tercer poseedor.

En los supuestos en los que la hipoteca recae sobre una pluralidad de fincas, el ejercicio de la acción personal no plantea excesivos problemas, pues el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de las fincas (u otro bien) que se encuentren en posesión del deudor, y, por el contrario, no podrá dirigir su acción contra aquellas fincas que hayan pasado a un tercer poseedor (a salvo queda, como he adelantado, la posibilidad de solicitar la rescisión del contrato, si este se hubiera llevado a cabo en fraude de acreedores).

Ahora bien, en el caso de la acción real hipotecaria, la pluralidad hipotecaria objetiva sí puede suscitar algunas dudas, y, en concreto, en aquellos supuestos en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las distintas fincas.

Una vez más, me voy a referir por separado a estos casos, en los que la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las fincas, y a aquellos otros en los que no se ha verificado tal distribución.

VI.1. SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Cuando la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas, surge la cuestión de si el acreedor puede dirigirse por la totalidad de la deuda contra todas y cada una de las fincas o, por el contrario, debe dirigirse contra cada finca por la cantidad por la que está gravada. Paralelamente, cabe preguntarse si, en el supuesto de que la cantidad correspondiente a una de las fincas haya sido satisfecha, podría el acreedor dirigirse también contra esa finca.

En cuanto a la primera cuestión, en el caso de que exista un tercer poseedor de alguna de las fincas, no cabe duda de que al acreedor solo podrá dirigirse contra dicha finca por la cantidad por la que esté gravada. En este sentido, el artículo 120 de la Ley Hipotecaria prevé que *«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, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos(...)»*. Además, el artículo 126.2 de la Ley Hipotecaria faculta al tercer poseedor para liberar su finca abonando la cantidad por la que esté gravada, por lo que, si no lo hubiera hecho antes en virtud de la facultad que le otorgan los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario, todavía podría hacerlo durante el proceso de ejecución hipotecaria.

Respecto a las fincas que pertenezcan al deudor, la ley no nos dice si el acreedor puede dirigirse contra todas y cada una de las fincas por la totalidad de la deuda, o bien debe solicitar la ejecución de cada finca por la parte por la que efectivamente debe responder. La jurisprudencia ha considerado que, llevando una interpretación a contrario del artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor podría repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad total asegurada, es decir, la hipoteca funcionaría como si fuera solidaria (SAP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 y RDGRN de 1 de octubre de 2001, de 17 de octubre de 2001, de 1 de julio de 2016 y de 30 de octubre de 2017). Por tanto, la interpretación de la jurisprudencia convierte nuevamente la solidaridad en la regla general. Ello, aun cuando reconoce que cada una

de las fincas hipotecadas deberá subastarse separadamente (RDGRN de 24 de octubre de 2000).

No obstante, a mi modo de ver, no cabe aplicar a este supuesto esa pretendida solidaridad. Y es que, considero que se debe solicitar la ejecución de cada finca por la parte del crédito por la que esté gravada, sin que el acreedor pueda dirigirse por la totalidad de la deuda contra una de las fincas o contra todas a la vez. Cuestión distinta es que el resto de fincas responda subsidiariamente de la parte no cubierta por la ejecución de alguna de ellas, pero dicha responsabilidad, como digo, será subsidiaria, y no solidaria como viene manteniendo la jurisprudencia.

Para llegar a esta conclusión, al igual que hace la jurisprudencia, he acudido a una interpretación a contrario de la norma, pero no he partido del artículo 120 de la Ley Hipotecaria (que se refiere a las fincas que han pasado a un tercer poseedor, por lo que, a mi modo de ver, regula un supuesto de hecho distinto del que nos ocupa), sino del artículo 123 del mismo texto. El mencionado precepto (al que me referiré nuevamente en el siguiente apartado) señala que «(...) *no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez*». Por tanto, parece claro que, en caso de que sí exista distribución de la responsabilidad hipotecaria, el acreedor no podrá repetir por la totalidad de la suma contra alguna de las fincas o contra todas a la vez. Esta es la interpretación que mantuvo la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 2 de octubre de 1995, en la que negó la posibilidad de que las fincas respondan de forma solidaria.

Ahora bien, como adelantaba, ello no quiere decir que, si la ejecución de una de las fincas no llega a cubrir el importe con el que está gravada, el acreedor deba dar por perdida la cantidad restante. Y es que, como he señalado, el resto de fincas responden de forma subsidiaria por la cantidad no cubierta. En este sentido, el artículo 121 de la Ley Hipotecaria prevé que «*si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda 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, si subastada una de las fincas no se obtiene la cantidad por la que esta responde, el acreedor podrá dirigirse contra el resto de fincas por la diferencia, pero ya sin prelación sobre los derechos reales que terceros hubieran adquirido sobre la finca con posterioridad a la ejecución de la hipoteca, lo que, a mi modo de ver, es una muestra más de que la responsabilidad del resto de fincas es subsidiaria, y no solidaria, como viene defendiendo parte de la jurisprudencia.

Además, a salvo queda el posible ejercicio de la acción personal derivada del crédito, salvo que las partes la hayan excluido expresamente, pues

ya hemos visto que es una posibilidad que contempla expresamente el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. De hecho, el punto tercero del precepto prevé expresamente que: *«cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo ciento veintiuno»*.

En conclusión, de acuerdo a la interpretación que vengo manteniendo, cuando con la subasta de una de las fincas no se obtenga la cantidad por la que esta deba responder, el acreedor no podrá dirigirse contra las fincas que hayan pasado a un tercer poseedor (pues estas solo responden por la cantidad que estén efectivamente gravadas). En cambio, sí podrá dirigirse contra aquellas fincas que pertenezcan al deudor, pero estas no responden de forma solidaria sino subsidiaria, es decir, en principio hay que dirigirse contra cada finca por la cantidad de la que efectivamente responde, y, solo en caso de que el precio obtenido en la subasta no alcance a cubrir dicha cantidad, podrá el acreedor dirigirse subsidiariamente contra el resto de fincas.

Como adelantaba, otra cuestión que se plantea es si, habiéndose satisfecho ya la cantidad del crédito que grava una de las fincas, puede el acreedor dirigirse contra ella en el proceso de ejecución hipotecaria por la cantidad del crédito que no hubiera podido percibir con la ejecución del resto de fincas. En el caso de las fincas que hayan pasado a un tercer poseedor, creo que esta posibilidad queda descartada de plano, pues ya hemos visto que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Hipotecaria dichas fincas solo responden por la cantidad por la que estén gravadas. Por tanto, si dicha cantidad ya ha sido abonada (que es el presupuesto que estamos abordando ahora), nada puede el acreedor reclamar sobre ellas.

No obstante, en el caso de las fincas que pertenezcan al deudor, la solución creo que es distinta. Y es que, a mi modo de ver, el acreedor sí podría dirigirse contra aquellas fincas respecto de las que se haya abonado la cantidad por la que están gravadas, pues ya hemos visto que responden subsidiariamente de la parte del crédito no cubierta por la ejecución del resto de fincas. Ahora bien, esto será así, siempre que el deudor no hubiera liberado previamente la finca de que se trate haciendo uso de la facultad que a mi modo de ver le confiere el artículo 124 de la Ley Hipotecaria (como he mantenido en su momento). Lo que creo no cabría es que lo hiciera una vez iniciada la fase de ejecución (a diferencia de lo que ocurre con el tercer poseedor, al que ya he señalado que el artículo 126.2 de la Ley Hipotecaria le faculta expresamente para ello). Y es que, en sede de ejecución, resulta más dudoso que el deudor pueda elegir la imputación de los pagos que haya hecho a una concreta de las fincas, ya que no se recoge ninguna

regla semejante a la que prevé el artículo 124 de la Ley Hipotecaria para la cancelación parcial de la hipoteca. De hecho, parece razonable que en sede de ejecución hipotecaria la protección que la ley confiere al deudor tenga menor intensidad que durante la fase de seguridad de la hipoteca, toda vez que este ha incumplido con el pago del crédito garantizado por la hipoteca, que es el presupuesto para que pueda iniciarse la fase de ejecución.

VI.2. SUPUESTOS DE NO DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Cuando no se haya dividido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, por tratarse de un supuesto de pluralidad objetiva sobrevenida en el que las partes no han acordado voluntariamente dicha distribución, no se plantean mayores problemas, pues la solución viene establecida por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«(…) no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez»*. Por tanto, las fincas sobre las que recae la hipoteca responden solidariamente de la cantidad adeudada, de modo que el acreedor podrá dirigirse por la totalidad de la deuda contra cualquiera de las fincas o contra todas ellas, con independencia de la cantidad de crédito que haya sido satisfecha y de que exista o no un tercer poseedor de alguna de las fincas gravadas (RDGRN de 16 de octubre de 1999).

Ahora bien, cuando las fincas pertenezcan a diferentes personas, cabe preguntarse cómo debe resolverse la relación interna entre ellas. Y es que, puede ocurrir que durante el proceso de ejecución hipotecaria algunas fincas queden liberadas y otras, sin embargo, sean ejecutadas, por lo que algunos de los propietarios se verán perjudicados, mientras que el resto mantendrán intactos sus derechos.

En el caso de que las fincas ejecutadas sean propiedad del deudor, creo que en general no se plantean grandes dudas, pues este es el único obligado y en principio nada puede reclamar a los demás. Ahora bien, si una vez ejecutadas las fincas que se encuentran en posesión del deudor, queda liberada la finca de un tercer poseedor que o bien se hubiera beneficiado de un descuento o bien hubiera retenido una cantidad del importe del precio de la compra como consecuencia del hecho de encontrarse la finca gravada por una hipoteca, considero que será de aplicación la acción de subrogación prevista en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria, que prevé que *«si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor*

hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado». Y es que, creo que no hay duda de que se da el presupuesto exigido por el precepto, toda vez que es el deudor el que satisface la obligación (no lo hace voluntariamente, pero sí por medio de la ejecución de la hipoteca sobre sus fincas).

Mayores problemas plantean los casos en los que alguna de las fincas ejecutadas pertenece a un tercer poseedor. Y es que, dado que el crédito no está distribuido entre las fincas, no contará con la facultad de pagar únicamente una parte del crédito y así liberar su finca, por lo que la única opción que tiene si quieren liberar la finca es pagar la totalidad de la deuda. En tal caso, creo que debe descartarse la aplicación de la acción de regreso prevista en el artículo 1145.2 del Código civil para los supuestos de solidaridad pasiva, puesto que el supuesto de hecho del precepto es que existan varios deudores solidarios, y en este caso el deudor es único. No obstante, considero que procederá *ex lege* su subrogación en la posición del acreedor, en virtud del artículo 1210.3 del Código civil, que establece que *«se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda»*. Ahora bien, dicha subrogación, de carácter automático, se produce exclusivamente en el crédito. Y es que, si el tercer poseedor pretende subrogarse también en la hipoteca, no bastará con el pago y la declaración del artículo 1210.3 del Código civil, sino que será necesario un acto específico (escritura pública o decisión judicial) en cuya virtud se le pueda atribuir registralmente la titularidad de la hipoteca.

VII. CONCLUSIONES

I. Cuando una hipoteca recae sobre varias fincas desde el mismo momento de su constitución, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas es obligatoria. En cambio, cuando una finca hipotecada se divide en dos o más tras la constitución de la hipoteca, la distribución de la responsabilidad hipotecaria es facultativa, y, en caso de que las partes no acuerden voluntariamente la división del crédito hipotecario, la hipoteca se convierte en solidaria.

II. En el supuesto de que no se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, no cabe solicitar la cancelación parcial de la hipoteca una vez que se haya abonado una parte del crédito.

III. En cambio, si la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre las diferentes fincas, la Ley Hipotecaria faculta a cualquier interesado para que, una vez satisfecha la cantidad que grava una de las fincas, pueda solicitar la cancelación parcial de la hipoteca sobre dicha finca.

IV. Aunque la jurisprudencia ha interpretado que dicha posibilidad se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que el propio crédito se haya dividido, si llevamos a cabo una interpretación sistemática de la ley y tenemos además en cuenta el carácter excepcional que el legislador ha atribuido a la hipoteca solidaria, parece más razonable entender que se extiende también a los supuestos de unidad de crédito. Además, esta interpretación garantiza una mayor reciprocidad de los derechos e intereses entre las partes, evitando que se produzca una situación de sobregarantía, así como los grandes perjuicios que ello podría causar al propietario de la finca gravada, que se vería impedido para disponer de ella libre de cargas o acceder a financiación complementaria a través de la celebración de nuevos contratos de préstamo garantizados por la finca gravada. Por ello, sería deseable un replanteamiento de esta cuestión por parte de nuestros Tribunales.

V. Cuando la obligación garantizada con la hipoteca se incumple, el acreedor, como titular del derecho de crédito garantizado mediante la hipoteca, puede interponer una acción personal para reclamar al deudor el cumplimiento de dicha obligación. Además, como titular del derecho real de hipoteca, puede ejercitar la acción real hipotecaria y dirigirse directamente contra los bienes gravados.

VI. En este último caso, cuando no existe distribución de la responsabilidad hipotecaria, todas las fincas responden de forma solidaria, y ello con independencia de que alguna de ellas haya pasado a un tercer poseedor.

VII. En cambio, si la responsabilidad hipotecaria ha sido distribuida entre varias fincas y existe un tercer poseedor de alguna de ellas, el acreedor solo puede dirigirse contra dicha finca por la cantidad por la que esté gravada.

VIII. Respecto a las fincas que pertenezcan al deudor, la jurisprudencia viene interpretando que responden del total de la deuda de forma solidaria. No obstante, parece que la interpretación más razonable es que cada finca responde de la parte de la deuda por la que está gravada, y, respecto del resto de la deuda, no responde de forma solidaria sino subsidiaria. Por ello, una vez más, resultaría conveniente un replanteamiento de la cuestión por parte de nuestros Tribunales.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 16 de marzo de 1929 (Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil, tomo XI, 3ª ed., 1954).
- STS de 12 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 911).
- RDGRN de 27 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 1002).
- RDGRN de 4 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7886).

- RDGRN de 15 de enero de 1991 (*RJ* 1991, 590).
- RDGRN de 15 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5345).
- RDGRN de 16 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5614).
- RDGRN de 16 de marzo de 1999 (*BOE* de 30 de marzo de 1999)
- RDGRN de 15 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7672)
- RDGRN de 16 de octubre de 1999 (*BOE* de 30 de noviembre de 1999)
- RDGRN de 3 de mayo del 2000 (*RJ* 2000, 5829)
- RDGRN de 24 de octubre de 2000 (*BOE* de 13 de diciembre de 2000)
- SAP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 (AC 2001, 297)
- RDGRN de 1 de octubre de 2001 (*RJ* 2002, 4126)
- RDGRN de 17 de octubre de 2001 (*RJ* 2003, 3995)
- RDGRN de 4 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4221)
- RDGRN de 7 de enero de 2004 (*BOE* de 17 de febrero de 2004)
- STS de 4 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/947)
- STC de 25 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 612)
- STS de 25 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 145)
- STS 3 de febrero de 2009 (*RJA* 2009, 1361)
- STS de 28 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 7258)
- SAP de Jaén de 14 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 360112)
- RDGRN de 16 de mayo de 2012 (*BOE* de 14 de junio de 2012)
- SAP de Murcia de 25 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1743)
- STS de 25 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1264)
- STS de 25 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 7413)
- STS de 11 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7805)
- RDGRN de 1 de julio de 2016 (*BOE* de 9 de agosto de 2016)
- RDGRN de 30 de octubre de 2017 (*BOE* de 12 de noviembre de 2017)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CORDERO LOBATO, E. (2013). De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil: Tomo IX*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 12745-12851).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El objeto de los Derechos Reales. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales*. Madrid: Edisofer (pp. 47-80).
- DÍAZ CADÓRNIGA, J. y MARTORELL GARCÍA, V. (2009). La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado. *Notarios y Registradores* [En línea], disponible en: goo.gl/EdHppK (fecha última consulta: 20/06/2009).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). RDGRN de 16 de octubre de 1999: Hipoteca: indivisibilidad. División de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor hipotecario. Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

- Arrendamiento inscrito posterior a la hipoteca: subsistencia tras la ejecución hipotecaria y posibilidad de ejercicio del retracto alimenticio. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 53, pp. 477-491.
- FAYOS FEBRER, J. B. (2012). Distribución de una hipoteca en instancia privada sí; valor de tasación de las fincas en instancia privada no. *Derecho societario, mercantil y civil: blog sobre derecho privado español*, 9 de enero de 2012. Disponible en: <https://mercantiljbfayos.blogspot.com/2012/01/distribucion-de-una-hipoteca-en.html> (fecha última consulta: 16/03/2020).
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1994). La finca como base del sistema inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 625, pp. 2437-2494.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil: Tomo I*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2003). Hipoteca. Cancelación parcial. Tracto sucesivo. Calificación conjunta de documentos. Relación con el principio de prioridad. Es posible practicar la cancelación parcial de hipoteca solicitada tras la calificación conjunta de la serie de documentos que constituyen un complejo de varios negocios jurídicos relacionados entre sí. No cabe apreciar falta de tracto sucesivo. (Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2003). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 680, pp. 3413-3424.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales*. Madrid: Edisofer (pp. 565-633).
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2015). Irregularidades en la distribución de la responsabilidad hipotecaria en el préstamo a promotor. *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 36, pp. 1-15.
- ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J. (2008). *Derecho hipotecario: Tomo II, Vol. II*. Barcelona: Bosch.
- (2008). *Derecho hipotecario: Tomo III*. Barcelona: Bosch.
- (2008). *Derecho hipotecario: Tomo IV*. Barcelona: Bosch.
- (2007). *Derecho hipotecario: Tomo V*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (2016). *Elementos de Derecho hipotecario*. Madrid: Wolters Kluwer.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2003). Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria. *REDUR: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 1, pp. 205-223.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2017). El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, pp. 326-340.

NOTAS

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R «Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores», IIPP. Sofía De Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo.

² Hipotecante es el que ha hipotecado voluntariamente un bien propio en garantía de un crédito ajeno. A diferencia del fiador, no se convierte en deudor, quedando su responsabilidad limitada al bien hipotecado (RODRÍGUEZ OTERO, 2016, 828).

³ Cabe advertir que, cuando me refiera a la responsabilidad hipotecaria, deben entenderse incluidos en ella no solo el principal de la deuda, sino todos los conceptos que puedan derivarse de este (intereses, gastos, costas, etc.).

⁴ Este sistema de llevar el Registro por fincas produce importantes efectos sustantivos en el ámbito del principio de fe pública, ya que el tercer adquirente únicamente ha de atenerse para su protección por el principio de fe pública registral al contenido de la hoja de la finca inmatriculada.

⁵ Como señala DE PABLO CONTRERAS (2016, 51), «*el propietario —o, con efectos en la propiedad, los titulares de derechos reales limitados que impliquen la realización de actos posesorios— delimita la extensión y consistencia de su finca realizando sobre ella el poder que corresponde a su derecho. Puede hacerlo mediante actos de goce (por ejemplo, cultivándola en una determinada superficie) o, también, realizar actuaciones dirigidas específicamente a llevar a cabo esa delimitación, como construyendo cerramientos o marcando sobre el terreno los linderos de la finca con hitos o mojones. Si no efectuare dicha delimitación, y hubiere duda sobre dónde se encuentra exactamente la línea divisoria de su propiedad con la de su vecino, dispone (y, como él, los titulares de derechos reales limitados) de una acción dirigida precisamente a fijarla: la acción de deslinde*».

⁶ Así se deduce también del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que incluye las edificaciones dentro del concepto de finca.

⁷ También pueden abrir folio independiente en el Registro de la Propiedad las partes de una finca destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos (art. 68 del Reglamento Hipotecario), por lo que también estas pueden constituir el objeto de la hipoteca.

⁸ Cabe, igualmente, la constitución de una sola hipoteca sobre todos los pisos o departamentos de un edificio, aunque pertenezcan a distintos propietarios (art. 218 del Reglamento Hipotecario).

⁹ Cuando se hipoteque el derecho de usufructo, la hipoteca se extinguirá en el momento en el que concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. En caso contrario, es decir, si concluyere por la voluntad del usufructuario, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin (art. 107.1 de la Ley Hipotecaria).

¹⁰ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2016, 580 y 566), la nuda propiedad es valiosa en cuanto el nudo propietario está llamado a convertirse en propietario pleno cuando se extinga el usufructo. Así, si se incumple la obligación garantizada por la hipoteca y se ejecuta la garantía hipotecaria, quien adquiriera la nuda propiedad adquirirá también la expectativa de ser propietario pleno a la extinción del usufructo.

¹¹ Si se produce la consolidación de la nuda propiedad y el usufructo en la misma persona, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, cuando no se haya pactado lo contrario (art. 107.2 de la Ley Hipotecaria).

¹² Ahora bien, únicamente puede hipotecarse el derecho de hipoteca voluntaria, ya que las hipotecas legales no pueden cederse hasta que no sean exigibles (arts. 107.4 y 152 de la Ley Hipotecaria).

¹³ Si bien, el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria (art. 107.8 de la Ley Hipotecaria).

¹⁴ En estos supuestos, una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados (art. 107.12 de la Ley Hipotecaria).

¹⁵ Teniendo en cuenta que, en caso de asunción liberatoria, será preciso el consentimiento del acreedor (arts. 1205 del Código civil y 118 de la Ley Hipotecaria).

¹⁶ Aunque también hay algún autor que considera que la hipoteca solidaria no contraviene el principio de especialidad, y que en realidad la prohibición de la hipoteca solidaria es simplemente una opción de política legislativa (CORDERO LOBATO, 2013, 12765 y 12824).

¹⁷ Lo mismo ocurre en el caso de la hipoteca mobiliaria (art. 14 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión).

¹⁸ No así para las anotaciones preventivas (artículo 216 del Reglamento Hipotecario).

¹⁹ Como señala DE PABLO CONTRERAS (2016,51), si la calificación del registrador *«es desfavorable o negativa, debe dictar resolución expresando, con sus pertinentes fundamentos jurídicos, si la falta o defecto es subsanable o insubsanable, es decir, si, a juicio del registrador, será o no posible la práctica del asiento —mediante la simple presentación del título o la presentación de documentos complementarios— de modo que sus efectos puedan seguir entendiéndose referidos a la fecha del asiento de presentación que se hubiere practicado en el Libro Diarios»*. En este caso, entiendo que el defecto es subsanable mediante la presentación de un documento complementario en el que se haga constar la preceptiva distribución de la responsabilidad hipotecaria (artículo 216 del Reglamento Hipotecario); y, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, los interesados podrán pedir la anotación preventiva de sus derechos en el Registro de la Propiedad.

²⁰ Esta posibilidad no está impedida por el hecho de que ya exista alguna hipoteca sobre alguna unidad privativa del edificio, sin perjuicio de las consecuencias que deriven de la ejecución de esta hipoteca anterior de mejor rango (CORDERO LOBATO, 2013, 12823).

²¹ *«(...) si al tiempo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas viviendas hay constancia registral de la adquisición de una o más de estas por terceros, entendiéndose por tales a personas distintas del acreedor y el deudor hipotecarios, el art. 123 de la LH, pese a referirse únicamente a estos dos últimos, tiene que ser necesariamente interpretado, como propone la doctrina científica últimamente, poniéndolo en relación con el principio general del párrafo segundo del art. 20 de la misma ley, que ordena a los Registradores denegar la inscripción o anotación de títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, de suerte que esos terceros tendrán que concurrir al otorgamiento de la escritura de distribución para prestar su conformidad»*.

²² Por ello, resulta ciertamente llamativo que el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia de 4 de febrero de 2005, afirme que nos encontramos ante el supuesto del artículo 119 y no del 124, cuando como digo, uno y otro precepto regulan el mismo supuesto.

²³ En este mismo sentido se pronuncia SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2003, 212-213).

²⁴ Incluso cabría pensar en la posibilidad de que la cancelación se promueva en virtud de escritura pública otorgada unilateralmente por el propietario de la finca que se pretenda liberar, aplicando la excepción prevista en artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley(...)»*. Pues bien, dado que es la propia ley (art. 124 de la Ley Hipotecaria) la que faculta a cualquier interesado para

solicitar la cancelación parcial, podría aplicarse la excepción recogida en el mencionado precepto. No obstante, he de reconocer que supone una interpretación algo forzada, pues el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria parece pensado para aquellos supuestos en los que la Ley establece la cancelación *ipso iure*, y no una mera facultad de cancelar.

²⁵ Cabe recordar que el artículo 1859 del Código civil prohíbe el denominado pacto comisorio, por lo que el acreedor no puede apoderarse del bien hipotecado ni disponer de él.

²⁶ Al respecto, el artículo 1291.3 del Código civil dispone que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. Este es el supuesto de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 del CC), que podrá ejercerse en un plazo de cuatro años (art. 1299 del CC) a contar desde el día en el que se produzca la enajenación fraudulenta (art. 37.4 de la Ley Hipotecaria).

*(Trabajo recibido el 7-11-2019 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*