

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE MARZO DE 1999¹

Maria E. Rovira Sueiro

Resolución de 16 de marzo de 1999, de la DGRN, en el recurso gubernativo interpuesto por doña M^a Isabel Pradera Leonardo, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 5 de Valladolid, doña M^a José Triana Alvarez, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca, en virtud de apelación de la recurrente.

HECHOS

I

El 4 de marzo de 1993, mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid don Manuel Sagardía Navarro, el «Banco Exterior de España, Sociedad Anónima», concedió un préstamo a la sociedad «Arenas Calibradas, Sociedad Anónima», con la garantía hipotecaria de diversas fincas propiedad de la Sociedad deudora interviniendo, además, como hipotecantes no deudores cuatro hermanos Pradera Leonardo, que hipotecaron las participaciones indivisas que a cada uno de ellos correspondía en las viviendas sitas en Valladolid, calle Lonja, número 1, una izquierda letra A, y otra izquierda letra B, fincas registrales números 1094 y 1096 del Registro de la Propiedad número 5 de Valladolid, distribuyéndose la responsabilidad de la hipoteca entre las diversas fincas hipotecadas, pero constituida la hipoteca solidariamente respecto de cada finca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Reglamento Hipotecario.

El 20 de diciembre de 1994, ante el Notario de Valladolid, don Fernando Rubio Martínez, como sustituto, y para el protocolo del Notario antes referido, el «Banco Exterior de España, Sociedad Anónima» otorgó escritura de cancelación de hipoteca en la que en el exponendo II se dice que habiéndose producido incumplimiento en los pagos convenidos para la amortización del préstamo por parte de «Arenas Calibradas, Sociedad Anónima», doña María Isabel Pradera Leonardo, como hipotecante no deudora, se dirigió al banco acreedor con la finalidad de liberar su participación indivisa en las fincas descritas, hipotecadas en garantía de deuda ajena, abonando por cuenta de la sociedad deudora la parte proporcionalmente correspondiente a dicha participación indivisa; y en el disponen, el «Banco Exterior de España, Sociedad Anónima» declara haber recibido de doña María Isabel Pradera Leonardo la suma de 2.284.362 pesetas,

¹ BOE de 30 de abril de 1999, núm. 103, págs.15992 a 15994.

como pago parcial de la deuda que «Arenas Calibradas, Sociedad Anónima» tiene con el banco, por lo que libera de la hipoteca constituida en la escritura de 4 de marzo de 1993 la sexta parte indivisa que pertenece a dicha señora en la fincas referidas.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Valladolid, fue calificada con la siguiente nota: Presentado el precedente documento con fecha de 28 de diciembre de 1994, bajo el asiente 674 del Diario 9º, y prorrogado dicho asiento conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, por haber sido interpuesto recurso gubernativo, a la nota por mi expedida, por la que se notificaban los defectos que impedían su despacho conforme al artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y habiendo sido dictado auto en el citado expediente por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por el que acuerda la no admisión del recurso interpuesto, según notificación recibida en esta oficina con fecha 5 de julio último, auto susceptible de ser recurrido en apelación, se ha reportado a esta oficina con fecha 11 de julio último el precedente documento, solicitando se extienda al pie del mismo la correspondiente nota de calificación, la que se lleva a cabo en los siguientes términos, al estar vigente el asiento de presentación. Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos insubsanables: 1 Vulnar el principio de especialidad o determinación que impera en el sistema hipotecario español, en lo relativo a la constitución y vida del derecho real de hipoteca inmobiliaria, el hecho de que la cancelación parcial por pago de parte de la deuda no vaya acompañada de la consiguiente disminución de la responsabilidad hipotecaria. 2 Al implicar la cancelación parcial una distribución del crédito hipotecario, no haber prestado su consentimiento para la cancelación operada el resto de los interesados -titulares de dominio o derechos sobre el resto de las participaciones hipotecadas- maxime cuando el principal pagado por la titular de la participación indivisa liberada no representa siquiera la cuarta parte de la responsabilidad por principal, atribuida a las participaciones hipotecadas, para, de este modo, eliminar los graves riesgos que puede entrañar la posibilidad de centrar la responsabilidad hipotecaria en mayor o en menor medida en cualquiera de las cuotas indivisas, artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, 217 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989. A tal efecto, se hace constar que sobre la participación indivisa hipotecada perteneciente a don Francisco Javier Pradera Leonardo pesa una anotación de embargo a favor de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad. Contra la presente nota y una vez haya quedado firme el recurso anteriormente referido por acreditarse no haber interpuesto recurso de apelación, podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, y en apelación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento. Valladolid a 27 de julio de 1996. La Registradora. Firmado: María José Triana Alvarez.

III

Doña María Isabel Pradera Leonardo interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que respecto al primer defecto se señala que el principio de especialidad sólo exige determinar la causa en cuya virtud se practica el asiento. La causa es evidente en el contenido de la escritura cuya inscripción se pretende: El

«Banco Exterior de España, Sociedad Anónima» renuncia a ejecutar la hipoteca respecto de las cuotas de participación que pertenece a la recurrente en las dos fincas, a cambio de la percepción de una cantidad de dinero, causa típica que puede originar un asiento de cancelación. Que conforme a la Resolución de 2 de noviembre de 1.972 hay que interpretar que se trata de una renuncia de derechos. Que no hay justificación para calificar este primer defecto insubsanable al afirmar que la causa es la no disminución de la responsabilidad, cosa que siempre es posible realizar. Que la cancelación pretendida no impone la disminución de la responsabilidad, cosa que siempre es posible realizar. Que la cancelación pretendida no impone la disminución de la responsabilidad hipotecaria: 1) Porque no hay disminución del importe del préstamo; 2) Porque la hipoteca se ha constituido solidariamente, sin distribución de responsabilidad, de conformidad con el artículo 217 del Reglamento Hipotecario y, por tanto, la liberación de una cuota indivisa no altera ni aumenta la responsabilidad de los restantes hipotecantes. Que en cuanto al segundo defecto, la cancelación solicitada es sólo extinción parcial de la garantía. El crédito hipotecario no disminuye ni se distribuye, es el mismo y la porción de los hipotecantes no deudores no sufre alteración. Que resulta incomprensible la calificación de este defecto como insubsanable, cuando el consentimiento de los otros interesados teóricamente siempre es posible. Que son inadecuados los preceptos que cita la nota de calificación que se refiere al supuesto de división de finca hipotecada. Que es incomprensible la referencia a la anotación preventiva de embargo respecto de otra cuota perteneciente a otro copropietario, por carecer de trascendencia a la hora de práctica el asiento de cancelación.

IV

La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1º Que respecto al primer punto de la nota de calificación, los principios hipotecarios son las notas o rasgos básicos que tiene un determinado sistema registral, entre ellos se encuentra el principio de especialidad o determinación que tiene una especial manifestación en la hipoteca al exigirse que se determine con claridad la responsabilidad hipotecaria de las fincas. Que si al constituirse la hipoteca el artículo 12 de la Ley Hipotecaria impone la necesidad de que se exprese el importe de la obligación asegurada y de los intereses, una interpretación lógica y sistemática de este y otros preceptos de la Ley Hipotecaria lleva a concluir que cuando por pago parcial de la obligación garantizada se pretende liberar parcialmente la finca hipotecada, ello necesariamente ha de ir acompañado de una disminución de la responsabilidad hipotecaria proporcional, y si dicha liberación parcial no fuere acompañada de la disminución de la responsabilidad hipotecaria, produciría, por una parte, una discordancia entre lo que el Registro refleja y la realidad y, por otra parte, una discordancia entre el propio contenido del asiento cancelatorio y el acta de inscripción; es decir, el Registro reflejaría una cancelación cuya causa es el pago y, al mismo tiempo, reflejaría inalterada la responsabilidad primitiva de la finca produciéndose un claro contrasentido. Que hay que tener en cuenta que en el caso que se estudia, la causa de la liberación parcial de la hipoteca es el pago de la deuda. Que, por ello, la Resolución de 2 de noviembre de 1972, citada por la recurrente, no es de aplicación a este supuesto. Que la Dirección General a lo largo de sus resoluciones alude al principio de especialidad como fundamento de sus decisiones, y siendo una manifestación de tal principio en relación con el acto jurídico la necesidad de que conste con claridad en el documento la clase de acto realizado con expresión de la causa, no cabe duda que no puede desvincularse la calificación de la causa con el acto realizado, pues ello llevaría a que el Registro reflejase un acto cuyo contenido estaría en oposición con su propia causa (cfr. Resolución de 30 de junio de 1987). De ahí que la liberación parcial por

pago parcial, por exigencia del principio de especialidad, debe necesariamente ir acompañado de la consiguiente disminución de la responsabilidad hipotecaria; 2º En cuanto al segundo punto de la nota de calificación, la hipoteca fue constituida en garantía de una deuda ajena sobre cuatro sextas partes indivisas de dos fincas, como una sola hipoteca, al amparo del artículo 217 del Reglamento Hipotecario; que dichas partes indivisas pertenecen a cuatro hermanos Pradera Leonardo, en proindivisión y por partes iguales, una sexta parte indivisa a cada uno de ellos. Que las dos posibilidades que la legislación hipotecaria ofrece al tratar de hipotecar diversas participaciones indivisas de una finca en garantía de una misma obligación son: a) Que cada propietario hipoteque su respectiva participación, siendo necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas participaciones indivisas (artículo 216.1 del Reglamento Hipotecario), y b) Que los diversos propietarios acuerden constituir una sola hipoteca sobre la totalidad de las participaciones indivisas, en cuyo caso no es necesario efectuar distribución alguna de responsabilidad hipotecaria, porque se constituye una sola hipoteca sobre la participación global resultante (artículo 217 del Reglamento Hipotecario). Esta última fue por la que optaron los hermanos Pradera Leonardo. Que la hipoteca es única y, en consecuencia, el acreedor no puede por sí solo liberar de hipoteca una cualquiera de las particiones indivisas hipotecadas, pues la cancelación, en su caso, implica una distribución del crédito hipotecario, que precisa la intervención del acreedor y de todos los hipotecantes y el concurso de los terceros hipotecarios, para, de este modo, eliminar los graves riesgos que puede entrañar la posibilidad de centrar la responsabilidad hipotecaria en mayor o menor medida en cualquiera de las restantes cuotas indivisas, que se verían notoriamente afectadas por tal determinación (Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989), máxime cuando el principal pagado por el titular de la participación indivisa liberada no representa ni siquiera la cuarta parte de la responsabilidad por principal atribuida a las participaciones hipotecadas. Que, por otra parte, siendo la hipoteca un derecho real nacido de un contrato, habrán de aplicar las reglas generales de las obligaciones y contratos, lo que lleva a aplicar las normas de novación modificativa y, en consecuencia, exigir la intervención de todos los afectados (Resoluciones de 19 de enero de 1990 y 10 de noviembre de 1906). Que la calificación de los defectos como insubsanables es debido a que es necesario el otorgamiento de escritura, cuyo contenido se ajuste a la causa alegada y en el que inter vengan todos los interesados.

V

El Presidente del Tribunal Supremo de Castilla y León confirmó la nota de la Registradora, fundándose principalmente en que no procede la inscripción solicitada mientras no presten el consentimiento para la cancelación operada en la escritura de fecha 20 de diciembre de 1994 todos los demás interesados o afectados por la hipoteca constituida en la escritura antecedente.

VI

La recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: 1. Que la renuncia de derecho efectuada a título oneroso por el acreedor hipotecario es título suficiente para practicar la inscripción solicitada, según Resolución de 2 de noviembre de 1992; 2. Que no hay disminución del crédito ya que la señora Pradera es hipotecante no deudora, la deuda se mantiene íntegra sin que se haya introducido modificación alguna en la misma, por lo que es imposible modificar la distribución hipote-

caria entre las fincas hipotecadas. 3. Que el Registro de la Propiedad ha de publicar la extinción del derecho del acreedor y, por tanto, se debe cancelar la inscripción de hipoteca que grava las participaciones indivisas de la recurrente sobre las dos fincas referidas. 4. Que la sociedad «Arenas Calibradas, Sociedad Anónima», deudora, no precisa consentir ya que la cesión de crédito puede hacerse sin su consentimiento (art. 1.206 «a contrario» y 1.210.3º del Código Civil) y el resto de los hipotecantes no deudores tampoco precisan prestar su consentimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.085, 1.087, 1.154 (sic), 1.212, 1.839, 1.844 y 1.860 del Código Civil; 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, y Resoluciones de este centro directivo de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989.

1. Constituída hipoteca en garantía de deuda ajena sobre varios bienes, entre ellos, sobre cuatro sextas partes indivisas de dos fincas (participación que es hipotecada como un todo por sus cuatro cotitulares a quienes corresponde individualmente una sexta parte indivisa en cada finca), e incumplida la obligación asegurada, uno de esos cotitulares abona al acreedor «la parte proporcionalmente correspondiente a dicha participación indivisa», y el acreedor, en consecuencia, «libera de la hipoteca la sexta parte indivisa que pertenece (al pagador) en esas dos fincas, consintiendo que se haga constar dicha liberación en el Registro ...». El Registrador deniega la inscripción por los siguientes defectos: «1) Vulnerar el principio de especialidad o determinación que impera en el sistema hipotecario español, en lo relativo a la constitución y vida del derecho real de hipoteca inmobiliaria, el hecho de que la cancelación parcial por pago de parte de la deuda no vaya acompañada de la consiguiente disminución de la responsabilidad hipotecaria. 2) Al implicar la cancelación parcial una disminución del crédito hipotecario, no haber prestado su consentimiento para la cancelación operada el resto de los interesados -titulares de dominio o derechos reales sobre el resto de las participaciones hipotecadas- máxime cuando el principal pagado por el titular de la participación indivisa liberada no representa siquiera la cuarta parte de la responsabilidad por principal, atribuida a las participaciones hipotecadas, para de este modo eliminar los graves riesgos que puede entrañar la posibilidad de centrar la responsabilidad hipotecaria en mayor o menor medida en cualquiera de las cuotas indivisas, artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, 217 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989».

2. Tratándose de una hipoteca única sobre un solo bien (o sobre una participación global del mismo), constituida conjuntamente por varios cotitulares, es evidente que la liberación de una parte del bien -la cuota indivisa de uno de los cotitulares por pago de una parte proporcional de la deuda- puede implicar una modificación sustancial del objeto de la garantía que subsiste, que al no ser indiferente para los restantes constituyentes, presupondrá su consentimiento, además de el del acreedor.

3. Por otra parte, también el principio de subsistencia íntegra de la hipoteca sobre la totalidad de los bienes gravados o sobre cualquier parte de los mismos que conserve, aun cuando se reduzca la obligación asegurada (cfr. artículos 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria), determina, en el caso considerado, la necesidad del consentimiento de todos los constituyentes para la liberación parcial pretendida. En efecto, cuando varios cotitulares de un bien o de una participación indivisa del mismo constituyen una hipoteca única sobre aquél o sobre la participación global que les corresponde, el íntegro bien o esa global participación quedan afectos al pago de la totalidad de la

deuda garantizada o de cualquier parte de la misma, lo que determina que en la relación interna entre los constituyentes, cada uno de éstos sabe que deberá pagar el todo si quieren evitar la ejecución del bien o de la cuota global afectada (y, con ello, la ejecución de su respectiva participación), pero que si uno de ellos efectivamente paga el íntegro, podía utilizar las mismas garantías que tenía el acreedor principal (la ejecución de la hipoteca tal como originariamente se constituyó) para reclamar de los demás cotitulares la parte de deuda que proporcionalmente les corresponde -incluido posible juego de la previsión contenida en el artículo 1.844.2º del Código Civil- y ello aun cuando la ejecución, en tal caso, del objeto hipotecado comporte para el constituyente la pérdida de su derecho (se resarcirá con el precio de remate la deuda pagada y el resto, si lo hubiere, se dividirá entre los constituyentes en proporción a sus cuotas); así resulta de los artículos 1.085, 1.087, 1.145, 1.212, 1.839 y 1.844 del Código Civil y así se infiere de la doctrina que este centro directivo sentara en sus Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989. En consecuencia, el pago por uno de los cotitulares de una parte de la deuda proporcional a su participación en el todo gravado, no es suficiente para la liberación parcial pretendida, por más que lo consienta el acreedor, pues ello sobre perjudicar el derecho que según se ha señalado corresponde a los restantes constituyentes (el que de ellos pague el resto de la deuda ya no podría ejecutar la hipoteca tal como inicialmente se constituyó para reclamar de los otros cotitulares la parte que proporcionalmente les corresponde), podría determinar por el juego de la solidaridad inherente al artículo 122 de la Ley Hipotecaria una concreción injustificada y desproporcionada del gravamen sobre el derecho de alguno de esos restantes constituyentes (por ejemplo, cuando alguna participación que aún permanece gravada se libera de esa hipoteca como consecuencia de la ejecución de una carga preferente que le afectaba).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Auto apelado en los términos de los anteriores considerandos.

COMENTARIO:

El comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 1999 puede centrarse en una cuestión básica: ¿es admisible en caso de hipoteca única sobre un bien en proindivisión que, por el pago por uno de los cotitulares de una parte de la deuda, proporcional a su participación pueda procederse a la cancelación parcial de la hipoteca con el solo consentimiento del acreedor?, si bien su estudio exige examinar otros aspectos que influyen en la delimitación del supuesto de hecho o, dicho de otra manera, que nos permitan determinar si realmente en este caso se puede suscitar la mencionada cuestión.

El Centro Directivo admite sin plantear cuestión alguna que se constituya una “hipoteca en garantía de deuda ajena sobre varios bienes, entre ellos, sobre cuatro sextas partes indivisas de dos fincas (participación que es hipotecada como un todo por sus cuatro cotitulares a quienes corresponde individualmente una sexta parte indivisa en cada finca” añadiendo que uno de los cotitulares “abona al acreedor «la parte proporcionalmente correspondiente a dicha participación indivisa», y el acreedor, en consecuencia «libera de la hipoteca ... la sexta parte indivisa que pertenece (al pagador) en esas dos fincas»” (FD 1º).

A nuestro juicio, una lectura aislada de este Fundamento de Derecho unida a las afirmaciones de los Fundamentos 2º y 3º que abordan el caso de hipoteca única sobre un solo bien (o sobre una participación global del mismo) (FD 2º), esto es, “cuando varios cotitulares de un bien o de una participación indivisa del mismo constituyen una hipoteca única sobre aquél o sobre la participación global que les corresponde” (FD 3º), podría hacer pensar *prima facie* que la Dirección General ha admitido una posible apli-

cación extensiva del art.217 del RH, como verdadera excepción al art.119 de la LH, de tal forma que es posible distribuir la responsabilidad hipotecaria entre dos fincas cuando lo que se hipotecan son participaciones indivisas que recaen sobre esas dos fincas.

Sin embargo, esta interpretación que elevaría a verdadera naturaleza de excepción al art.217 de la LH es fruto, como ya afirmábamos, de una lectura aislada de los fundamentos de Derecho de la Resolución puesto que ya en la Exposición de los hechos, en el punto I, se hace referencia a que se trata de una garantía hipotecaria sobre varias fincas del deudor y dos fincas cuyas cuatro sextas partes indivisas pertenecen a cuatro hipotecantes no deudores, distribuyéndose la responsabilidad de la hipoteca entre las diversas fincas hipotecadas, pero constituyendo la hipoteca solidariamente respecto de cada finca, de conformidad con lo dispuesto en el art.217 del RH.

Por tanto debemos partir de que, desde el punto de vista legislativo, en la aparente tensión entre el principio de indivisibilidad de la hipoteca y el de especialidad o determinación² triunfó este último (arts.119 LH y 216 RH), y ello como consecuencia fundamentalmente de la presunción de no solidaridad en el plano teórico y de la necesidad de distribución para evitar una disminución del crédito territorial y de garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de publicidad registral en el plano teórico-práctico.

De todas formas, se han querido ver ciertas normas como excepciones a la regla general tales como los arts.120 a 123 LH, 217 y 218 RH. Sin entrar en las críticas doctrinales al verdadero carácter de excepción de los otros preceptos y centrándonos en el art.217 del RH, empleado argumentativamente en la Resolución objeto de comentario, han surgido numerosas voces contrarias a la excepcionalidad de la consecuencia jurídica de tal norma al tratarse el supuesto de hecho que le sirve de *prius* lógico de un caso diferente al contemplado en la norma³ y refrendado todo ello por el principio de jerarquía normativa *contra legem* de una mera norma reglamentaria. Se niega así que se oponga el art.217 del RH al art.119 de la LH, pues el primero se refiere a una hipoteca sobre una finca, si bien ésta se encuentra en proindivisión o bien en una situación de desmembración de las facultades integrantes del pleno dominio de la finca, y no a una hipoteca sobre cuotas indivisas o derechos reales entres varias fincas diferentes. Caso diferente sería si entendiésemos, -siguiendo la primera lectura antes apuntada-, que en esta Resolución la Dirección General permitía la aplicación del art.217 del RH, (es decir, la no distribución de responsabilidad hipotecaria), al tratarse de cuatro sextas partes indivisas sobre dos fincas; no obstante, debe desecharse esa primera impresión, no sólo sobre la base de la Exposición de los Hechos sino también de que tal interpretación supondría una aplicación *contra legem* del art.217 del RH al incurrir ya en un supuesto de hecho encajable en el art.119 de la LH⁴, y considerar que la Dirección General se

² En el caso de hipoteca constituida sobre varias fincas surgen dos opciones: o se respeta la unidad indivisible de la hipoteca y, por tanto, la hipoteca afecta solidariamente a todas las fincas respondiendo cada una de la totalidad del crédito; o se respeta el principio de especialidad o determinación (por básico en el ámbito registral y especialmente en el campo hipotecario) y se fija la parte del crédito de que cada finca debe responder exclusivamente.

³ No es, por tanto, un caso de excepción sino un caso de no aplicación.

⁴ Es evidente que no se trata de participaciones indivisas en un todo sino en dos al no ser posible una comunidad proindiviso en dos fincas, sino dos comunidades proindiviso cada una de ellas en una de las fincas; puesto que la "unidad real", es decir, el objeto susceptible de derechos reales independientes lo constituye cada finca aisladamente y no ambas como conjunto. Por tanto, aunque no se hipotequen dos fincas sino cuatro sextas partes de cada una de las dos fincas el principio de determinación debe exigir también la distribución hipotecaria entre esas dos "unidades reales", limitada, eso sí la hipoteca en cada una de las partes indivisas efectivamente hipotecadas. Todo lo dicho encuentra su apoyo legal en el art.216 del RH que desarrolla el art.119 y señala que "no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros afectos de 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. (...)".

limita a aplicar el art.217 del RH respecto de cada una de las dos fincas en proindiviso, pero resultando imprescindible *ex art.119 de la LH* que entre las dos fincas se distribuya la responsabilidad hipotecaria sin que la circunstancia de que los cotitulares y la participación de éstos en las dos fincas sean idénticas repercuta en la solución apuntada, de la misma manera que en caso de titular único del cien por cien del dominio de dos fincas no se excluye la necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Limitándonos ya a la responsabilidad hipotecaria que afecta a cada finca, es necesario recordar que la propia Dirección General en Resolución de 21 de febrero de 1994 ha señalado que se aplica el art.217 del RH cuando se trate de constituir una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca proindiviso y no por cada copropietario una hipoteca sobre su cuota (se determina así un único precio de tasación a efectos de subasta y no uno particular para cada cuota, y en todas las referencias contractuales se hace referencia a la finca como unidad).

Ahora bien, cabe preguntarse si lo afirmado es aplicable en el caso de una hipoteca sobre varias fincas en que se ha operado la distribución hipotecaria y existe una comunidad proindiviso en una de estas fincas limitándose a esa finca, y a la parte de gravamen de que deba responder. Es decir, no se trata estrictamente de un caso de una sola hipoteca sobre una finca indivisa, sino de la parte de responsabilidad hipotecaria que por la distribución recae sobre una finca indivisa.

No podemos entrar, por cuando excedería de este trabajo, en el estudio de los efectos derivados de la distribución de responsabilidad entre varias fincas pero cabe recordar dos tendencias doctrinales fundamentales en lo relativo a su consecuencia básica: 1) quienes siguiendo a ROCA entienden que cumplido lo dispuesto en los arts.119 de la LH y 216 del RH quedan constituidas “tantas hipotecas como fincas” y, 2) aquellos que siguiendo a CHICO Y ORTIZ⁵ opinan que es preciso distinguir toda vez que frente a terceros existen tantas hipotecas como fincas pero la hipoteca es única, como lo demuestra el art.121 de la LH al autorizar a repetir por la diferencia contra las demás fincas⁶. Por tanto, si se admite la total fragmentación no plantea dudas que en relación a cada finca, la hipoteca queda sujeta a las normas generales y, entre ellas, al art.217 del RH. Sin embargo, si se admite una nueva fragmentación “relativa” la cuestión puede parecer más compleja pues no se independizan totalmente las diferentes “hipotecas” que nacen de la distribución. No obstante, el hecho de que se trate no de una hipoteca totalmente desligada de otras sino de una porción de responsabilidad hipotecaria sólo relativamente independiente entendemos que no impediría la aplicación del art.217 RH

⁵ Vid CHICO Y ORTIZ, J.M^a., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1994, pág.1453

⁶ En cuanto a la cancelación tal y como ha manifestado CHICO Y ORTIZ, es necesario acudir a dos preceptos: arts.124 de la LH y 221 del RH. Cabe así diferenciar con arreglo a estas normas, pero también a los arts.1169 y 1860 del CC los siguientes supuestos: a) *Caso de no existir terceros*: al acreedor con base en el art.1169 del CC no se le puede obligar a aceptar pagos parciales salvo pacto expreso en contrario. Pero si por cualquier causa recibe el pago parcial está obligado a consentir la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la finca cuya responsabilidad total haya sido satisfecha(así en el art.124 de la LH la división del crédito no implica la división de la hipoteca; b) Existencia de terceros, -terceros poseedores no deudores porque sino sería una relación “inter partes”-: juega la norma del art.221 del RH (y puede imponer el pago parcial y por tanto también la cancelación parcial) porque el acreedor no sufre perjuicio en la facultad que concede el 121 de la LH si la finca ha pasado a un tercero poseedor, pues en tal caso conforme al art.120 de la LH no podrá repetir en perjuicio de dicho tercero sino por la cantidad o parte del gravamen de que responda la finca hipotecada (ya que ya le ha sido satisfecha). (*Estudios de Derecho Hipotecario*, ob.cit., pags.1455-14556).

Por último, señalar que la RDGRN de 16 de julio de 1996 entiende que la renuncia a los derechos de cancelación parcial que establece el art.124 de la LH debe reputarse ineficaz hipotecariamente por ser contraria al interés público.

respecto a ese gravamen hipotecario sobre cada finca. Es decir, que la “parte” de que debe responder la finca proindivisa no es necesario que se distribuya entre las cuotas indivisas de una finca⁷.

Precisamente, esta última afirmación nos lleva también a señalar que no debe olvidarse que la no distribución de la responsabilidad entre las cuotas indivisas es opcional según resulta del art.217 del RH, puesto que el precepto lo que recoge es la innecesariedad de tal reparto pero no la imposibilidad, pudiendo, en consecuencia, optarse por una hipoteca sobre cada cuota (RDGRN de 21 de febrero de 1994). Sin embargo, la propia Dirección General siempre lo ha entendido así y en las Resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998 consideró improcedente la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas cuotas indivisas de un local destinado a garaje por no poder ser calificadas como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de sub-propiedad horizontal “porque no se realiza la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que proyectar el derecho singular y exclusivo de propiedad. No existiendo, por tanto, verdadera división material del local, no cabe la distribución de la hipoteca que lo grava”.

Estas Resoluciones deben, en nuestra opinión, ser objeto de un claro rechazo pues olvidan no sólo el carácter opcional de la norma objeto actual de nuestras reflexiones, sino que parecen haber ignorado totalmente el precepto. De no ser así, no puede entenderse como el Centro Directivo no apreció con claridad que el Reglamento Hipotecario lo que plasma en el art.217 es la posibilidad de optar por la no aplicación de la regla, es decir, que frente a la distribución entre las partes indivisas que recoge el art.216 del RH puede acordarse, si se trata de partes proindiviso de una sola finca, la no distribución, ahora bien y “a contrario” si no se acuerda así la situación por defecto es la necesidad de la distribución entre las cuotas por todo lo cual resulta incomprensible que esta distribución no se admita por la Dirección General.

Partiendo del rechazo a tal imperdonable olvido o, en otro caso, a tal ilógica interpretación de la norma, la explicación de la doctrina de la Dirección General, o más bien la única causa que haga mínimamente dispensable su error, sólo puede provenir de una excesiva preocupación por evitar fraudes en las plantas destinadas a garajes especialmente las situadas en edificios en régimen de propiedad horizontal. Preocupación considerablemente en auge en el momento de dictarse la Resolución por influjo no sólo de la realidad social sino también normativa al haberse publicado el RD 1093/1997, de 4 de julio⁸ en cuyo art.53.b se señala que “para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito se aplicarán las siguientes reglas: b) Cuando el objeto de la transmisión sea un participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil así como la descripción correspondiente a los elementos comunes”, en un claro intento de garantizar la identificación de las plantas de garaje para evitar sustituciones o alteraciones de las mismas.

El Centro Directivo atendiendo exclusivamente a esta línea de protección y evitar con ella fraudes, entendemos que, -cargado de la mejores intenciones-, olvida sin

⁷ En este sentido, advertir nuevamente que todo lo dicho es perfectamente trasladable a un caso como el presente en que se hipoteca no la totalidad de dos fincas sino una parte indivisa o, más exactamente, unas partes indivisas de ellas, aplicándose el art.119 de la LH a la distribución como ya vimos y el art.217 del RH a cada finca como resulta de la propia letra del precepto “hipotecar.... partes proindiviso de una finca o derecho” (sin exigir que sean todas las participaciones).

⁸ Publicado en el BOE de 23 de julio de 1997, núm.175, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

embargo que en el campo de las hipotecas los hipotecantes y los acreedores hipotecarios pueden también acordar la distribución entre meras cuotas indivisas⁹ según el art.119 de la LH, art.216 del RH y, a contrario, el art.217 del RH.

En definitiva, toda la buena intención de la Dirección General desemboca en una solución criticable por su falta de apoyatura legal, pues carece totalmente de fundamento positivo la exigencia de una “división material” en elementos privativos independientes para que se opere la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Llegados a este punto y partiendo de que nos encontramos con una hipoteca (o una parte de responsabilidad hipotecaria) que recae sobre unas cuotas indivisas de una finca sin haberse efectuado la distribución de dicha hipoteca, (o porción de responsabilidad hipotecaria) entre las mismas *ex art.217 del RH*, es cuando surge la duda que apuntamos al inicio de nuestro trabajo: ¿el pago de la deuda que corresponde en proporción a uno de los cotitulares puede permitir a éste exigir la cancelación parcial, o al menos, proceder a tal cancelación con el consentimiento del acreedor?

Para intentar responder a este cuestión parece lógico partir de la fijación de la situación derivada de la no distribución *ex art.217 del RH*. La pregunta es entonces si cabe asimilarla a la existente en el caso de hipoteca solidaria o más específicamente al caso más próximo al de hipoteca solidaria existente en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, al de la división *a posteriori* de una finca hipotecada sin acordar la distribución del crédito hipotecario entre las nuevas fincas, contemplado en el art.123 de la LH¹⁰.

En el presente caso al no haber hipotecado aisladamente su cuota cada copropietario y partir de que se hipoteca conjuntamente con los demás copropietarios, es la global participación de la finca la que queda afecta al pago de la totalidad de la deuda garantizada o de cualquier parte de la misma, “lo que determina que en la relación interna entre los constituyentes, cada uno de éstos sabe que deberá pagar el todo si quiere evitar la ejecución del bien o de la cuota global afectada (y, con ello, la ejecución de su respectiva participación) pero que si uno de ellos efectivamente paga el íntegro, podía utilizar las mismas garantías que tenía el acreedor principal (la ejecución de la hipoteca tal como originariamente se constituyó) para reclamar de los demás cotitulares la parte de deuda que proporcionalmente le corresponde” (FD 3º). Por ello se aproxima claramente a un régimen de solidaridad, si bien esta aproximación no implica una identificación ya que no es un caso puro de solidaridad pasiva por cuanto prescindiendo de que los hipotecantes pueden no ser deudores¹¹, no se trata de que como señala el art.1144, 1084 o 1837 del CC o 123 de la LH pueda el acreedor hipotecario dirigirse contra cualquiera de las cuotas hipotecarias o contra todas a la vez, sino de una ejecución necesariamente contra la totalidad de las cuotas¹².

⁹ O más bien “no acordar la no distribución” y por tanto efectuar el reparto de la responsabilidad hipotecaria según las pautas generales.

¹⁰ Ya hemos citado antes el art.123 de la LH como pretendida excepción al art.119 de la LH pero, en rigor, sólo supone una desviación del principio de especialidad operada “a posteriori”. En este sentido CHICO Y ORTIZ, J.Mª., (*Estudios de Derecho Hipotecario*, ob.cit., pág.1452) afirma que “El precepto, a nuestro entender, no viene a ser una excepción a lo dispuesto en el artículo 119, puesto que en el fondo lo que el artículo establece es la necesidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria cuando se hipotecan dos o más fincas, pero no cuando la finca unitaria se divide en dos más. En este caso no se altera el principio de la distribución, pero no se excluye, como es natural, la posibilidad de que una hipoteca normal constituida sobre una sola finca se convierta después en solidaria por división de la misma”.

¹¹ No podemos, en este contexto, examinar si el dueño de la cosa hipotecada que no es deudor del crédito con ella garantizada (caso del hipotecante no deudor y del tercero poseedor de la cosa hipotecada) tiene una situación de deuda y responsabilidad, de responsabilidad sin deuda o de mera afección en la cosa hipotecada.

¹² Recordemos que es una hipoteca unitaria sobre todas las cuotas y por ello no es una excepción real al art.119 de la LH al recaer sobre la participación global como “unidad real”.

No obstante, y admitido que no existe esa opción, sí cabe trasladar a este supuesto la normativa pensada para la ejecución del todo en caso de situación de auténtica solidaridad pudiendo aplicarse artículos como el 1145, pero también 1212, 1839, 1844 o incluso 1085, 1087 y 1852 del CC.

Partiendo de este marco normativo, podemos ya intentar responder la cuestión planteada. En su primer aspecto, relativo a la posibilidad de que el pago por un cotitular de una parte de la deuda proporcional a su cuota en el todo gravado pueda permitirle exigir la cancelación parcial de la hipoteca, consideramos que la respuesta ha de ser negativa sobre la base de los arts.1169, 1860 del CC y 122 y 124 de la LH y 221 del RH. Así debe destacarse que no cabe *ex art.1169 del CC* imponer al acreedor un pago parcial, salvo pacto expreso en contrario; pero aún en caso de admitir voluntariamente el acreedor el pago parcial no puede imponérsele una cancelación parcial, al no estar en un caso de distribución de la responsabilidad hipotecaria que *ex art.1860.3 y 4 del CC, 124 de la LH y 221 del RH* atribuya ese derecho potestativo al hipotecante excepcionando la regla de la indivisibilidad del propio *art.1860 del CC y del art.122 de la LH*.

En su segundo aspecto, podría pensarse que si el acreedor presta su consentimiento a la indicada cancelación parcial esta podría operarse, al admitir el beneficiario de la garantía la disminución de ésta paralela a la disminución de la deuda cubierta con la hipoteca. Es más, podría llegarse a admitir que el acreedor por sí solo también podría cancelar parcialmente la hipoteca renunciando unilateralmente a parte de su garantía.

En cualquier caso, la Dirección General en Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989 y 15 de junio de 1993 ya abordó en sede de hipoteca "solidaria" del art.123 de la LH este mismo problema, resolviendo que "para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total, se requerirá además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquéllas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular¹³", es más también reconoce la Dirección General en cuanto el derecho real de hipoteca que "no sólo produce relaciones jurídicas entre el titular del derecho real y cada uno de los dueños de la fincas resultado de la segregaciones sino también entre los distintos dueños de estas fincas afectadas por el mismo gravamen¹⁴", para la cancelación parcial se necesita el consentimiento de todos estos porque si no se estaría disponiendo de un derecho ajeno por cuanto no sólo se extingue el derecho del acreedor sino también el de los demás dueños sobre esa porción de finca¹⁵.

Distinto sería, y no existiría el obstáculo observado, si el acreedor en lugar de limitarse a consentir la cancelación de la hipoteca "exclusivamente por lo que se refiere" al piso referido, hubiese previamente consentido en la distribución de la responsabilidad hipotecaria, siendo así aplicable el art.124 de la LH¹⁶; pero en este supuesto es, asimismo, necesario *ex art.123 de la LH* el consentimiento del deudor (realmente él o los hipotecantes) lo que también justifica la aplicación de esta misma exigencia análogicamente al caso de cancelación parcial sin previa distribución, por cuanto en definiti-

¹³ Cfr. RDGRN de 12 de febrero de 1988

¹⁴ Cfr. RDGRN de 12 de febrero de 1988.

¹⁵ A este respecto vid. también arts.1212 y 1839 del CC.

¹⁶ Vid nota 6

va, admitir la cancelación parcial supone una distribución parcial que exige el consentimiento del acreedor hipotecario¹⁷.

El paralelismo ya apuntado entre el caso de hipoteca “solidaria” y el que es objeto de la Resolución que comentamos permite afrontar con optimismo la tarea de trasladar la aplicación de esta doctrina al campo del art.217 del RH y este paso es, precisamente, el que da la Resolución de 16 de marzo de 1999 por cuanto de la misma resulta posible la utilización de análogos argumentos al implicar la cancelación parcial incontestada por los cotitulares una eventual “concreción injustificada y desproporcionada del gravamen sobre el derecho de alguno de esos restantes constituyentes” por el juego de la solidaridad inherente al art.122 de la LH “(por ejemplo, cuando alguna participación que aún permanece gravada se libera de esa hipoteca como consecuencia de la ejecución de una carga preferente que le afectaba)” (FD 3º). Pudiendo añadirse, la inadmisibilidad de un acto de disposición de un derecho ajeno al resultar perjudicados los cotitulares de la finca hipotecada al perder la posibilidad de dirigir contra el cotitular cancelado su reclamación, por aplicación analógica del art.1146 del CC.

¹⁷ Resolución de 17 de marzo de 1969.