LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVII - Núm.368 - 2ª quincena, abril, 2004

sumario

Rev-368. 2ª Quincena de Abril, 2004

CASOS PRACTICOS 2

RESOLUCIONES 3

SENTENCIAS 5

ESCRIBE PARA LUNES

USUFRUCTO,COUSUFRUCTO Y USUFRUCTO CONJUNTO ... ¿GANANCIAL? (1ª PARTE) por Rafael Rivas Andres 9

PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA RELACIÓN JURÍDICO-HIPOTECARIA por Beatríz Sáenz de Jubera Higuero..... 23

ACADEMIA 39

RESEÑA LEGISLATIVA 42

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORA GENERAL
Carmen Gómez Durá

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alberto Adán García
Maria-Emilia Adán García
Fátima Azpitarte Santos
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Inmaculada Gosálvez Simbor
Marta Gozalbes Fémandez de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rua Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Pintor Peyró, 12
46010 - Valencia
Tfno.: 963 897 813
FAX: 963 694 195
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

CASOS PRÁCTICOS

Cristina Martínez Ruíz. Registradora de la Propiedad

RETRACTO ENTRE COLINDANTES

Se presenta en el Registro una escritura de ejercicio extrajudicial de un retracto entre colindantes en la que unos señores alegan ser los herederos del titular registral de una finca rústica que linda por el lindero sur con otra finca menor de una hectárea y que había sido vendida a otro comprador.

El derecho de retracto se ejercita dentro de plazo y de común acuerdo entre la persona que en su día compró y los herederos del titular colindante, y el Registrador se plantea si debe exigir que se acrediten dos circunstancias:

1 - La colindancia de las fincas, así como la identificación de la finca que es colindante con la que ahora se retrae.

2- La condición de herederos del titular registral de la finca que es colindante.

Los contertulios entendieron que, a efectos de la inscripción en el Registro de esta escritura no es necesario que se acrediten dichas circunstancias, ya que civilmente el negocio jurídico es válido y reúne todos los elementos necesarios para la inscripció.

Otra cosa es a efectos fiscales, ya que, en este caso, para poder gozar de la exención establecida en el art. 45 TRITP y AJD deberá demostrarse que efectivamente se está ejercitando un derecho de retracto y no se trata de una compraventa encubierta, y, para ello, sí que deberán acreditarse las circunstancias anteriores.

DERECHO DE RESERVA DEL ARTÍCULO 811 C.C

Un señor fallece y en su testamento designa como heredera a su hija. Esta hija muere después y deja como heredera a su madre, y la madre muere después y deja como herederos a dos señores.

Como se observa se cumplen los requisitos del artículo 811 CC y que dan lugar al derecho a la reserva, ya que, hay un ascendiente (la madre) que hereda de su descendiente (la hija) bienes que éste había adquirido a título lucrativo de otro ascendiente (el padre).

En el Registro se presenta una escritura de partición de la herencia otorgada por los dos herederos de la madre, pero no se hace ninguna referencia a la reserva ni a los bienes que serían objeto de ella ni a los favorecidos por la misma, y la Registradora se plantea si ha de exigir que concurran esas circunstancias.

Los contertulios entendieron que no es necesario que se haga referencia a la reserva de conformidad con lo establecido en el artículo 265.2 RH : "En *tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter de reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos, y a efectos registrales no serán suficientes para reputarlos reservables los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones "*.

El indicado artículo está pensando en la fase anterior, es decir, cuando el reservista va a inscribir los bienes heredados, en este caso, si la madre hubiera solicitado la inscripción de los bienes. De modo que, si en esa fase anterior no es necesario hacer referencia alguna a la reserva, tampoco lo será en la segunda fase, es decir, cuando solicitan la inscripción de los bienes los herederos del reservista.

PEDRO FANDOS (Registrador de la Propiedad)

R. DE 9 DICIEMBRE 2003 (BOE 7-02-04)

USUFRUCTO. CANCELACIÓN.

Se deniega la cancelación de un usufructo a favor del Estado, solicitado por instancia privada por el Ayuntamiento de Algeciras, a través de letrado, por haber transcurrido más de treinta años, caducidad de los usufructos constituidos a favor de persona jurídica, conforme al artículo 515 CC, pues en la inscripción no se señaló un plazo para dicho usufructo, por lo que no puede ser cancelado sin el consentimiento del titular registral o resolución judicial, pues los asientos del registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales, conforme a los artículos 1 y 40 LH. La DGRN estima el recurso y sostiene que sí que puede cancelarse ese usufructo por instancia privada del interesado, pues el derecho inscrito ya se ha extinguido por efecto del artículo 515 CC.

R. DE 12 DE DICIEMBRE 2003 (BOE 7-02-04)

OPCIÓN DE COMPRA CANCELACIÓN.

Se deniega la cancelación de una opción de compra inscrita, solicitada por instancia privada, por haber transcurrido el plazo para su ejercicio, sin haberse ejercitado, pues de los libros del Registro resulta la notificación y requerimiento a la entidad concedente del ejercicio de la opción, aunque no conste en el Registro su consumación. La DG, sin entrar en otras consideraciones por ajustarse a la calificación del registrador, no estima el recurso, pues si resulta de la inscripción que la opción se ejercitó, no cabe su cancelación por falta de ejercicio.

R. DE 19 DE DICIEMBRE 2003 (BOE 7-02-04)

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS.

Se suspende por el Registrador una escritura de compraventa en la que los compradores son dos cónyuges británicos que compraron una finca urbana conforme a su ley nacional, manifestando estar sujetos a su régimen legal. Afirmado por el Registrador, conocedor del derecho inglés, en el mismo se desconoce la idea del régimen económico matrimonial, tras la supresión en 1935 de todas las restricciones y limitaciones a la mujer casada, no imponiendo ninguna restricción patrimonial a los cónyuges, los cuales conservan la libre disponibilidad de los bienes, como si de un régimen de separación se tratara, se suspende la inscripción por no haberse determinado las cuotas o proporción en que adquiere cada cónyuge, conforme al art. 54 RH. La DG no estima el recurso y confirma la nota del Registrador.

R. DE 20 DE DICIEMBRE 2003 (BOE 7-02-04)

BIENES MUEBLES

Se suspende por el Registrador la inscripción de un contrato de financiación a comprador con reserva de dominio, sobre un automóvil, que sólo se identificaba con el número de matrícula, pero no de chasis, pues conforme a la doctrina de la RDGRN 27-I-2000, la perfecta identificación de los automóviles, requiere que se haga constar el número de chasis, pues hay vehículos no matriculados y otros que pueden cambiar de matrícula lo que llevaría a un mismo vehículo a constar en varios registros; recurre el Notario autorizante,en base al artículo 6.2.2 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, que exige que el automóvil se identifique alternativamente con el número de matrícula o de chasis. La DG no obstante reconocer la conveniencia de que consten ambos cuando sean conocidos, basándose en una interpretación literal del precepto, estima el recurso y revoca la nota del Registrador.

R. DE 23 DE DICIEMBRE 2003 (BOE 7-02-04)

BIENES MUEBLES.

Se suspende por el Registrador la inscripción de un contrato de arrendamiento financiero mobiliario sobre un automóvil, por no coincidir el número de bastidor reseñado con ninguno de los existentes en la base de datos de la Dirección General de Tráfico, en virtud de comunicación recibida de ésta y por existir discordancia entre la cantidad que se reconoce adeudar y la que resulta de multiplicar el número de plazos por el importe de cada uno de ellos. La DG estima el recurso en cuanto al primero de los defectos pues si figura el número de bastidor en el contrato que coincide con el de la base de datos de la Dirección General de Tráfico, pues resulta de la comunicación el error material del Registrador al transcribir el número de bastidor; pero lo desestima en cuanto al segundo de los defectos, pues el artículo 11. 5ª. 2 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999 exige que en estos contratos se haga constar la duración del contrato, los pagos periódicos y fechas de vencimiento de cada uno, el importe de cada cuota, diferenciando la parte correspondiente a renta o amortización del capital de la parte relativa a la carga financiera y el artículo 83.2 del RD 853/59 de 27 de Mayo en la redacción dada POR EL RD 1251/97 de 24 de julio, exige que se fije claramente el importe total del contrato, no cumpliendo el contrato calificado estos requisitos.

SENTENCIAS

ALICIA DE LARUANAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE DE 2003

SUCESIÓN: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO; CLÁUSULA QUE ENCARGA A LA HEREDERA EL REPARTO DE LOS BIENES HEREDITARIOS ENTRE TODOS LOS SOBRINOS DEL CAUSANTE; INSTITUCIÓN DE HEREDERO SUB MODO.

ARTÍCULOS CITADOS: 675 Y 797 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- D. AAA falleció soltero y sin herederos forzosos el día 8 de febrero de 1988. En su testamento, de 20 de marzo de 1986, se contiene la siguiente disposición testamentaria: "Primera. Instituye por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su hermana Dª BAA, quien, en caso de premoriencia, será sustituida por su hijo D.CCA. Segunda. Deja al buen criterio de la heredera instituida repartir entre todos los sobrinos carnales los bienes del testador con criterio equitativo, sin excluir a ninguno de tales beneficios de la herencia de su tío y, para el caso de premoriencia de su citada hermana, tal cometido queda transmitido al sustituto de ésta en la herencia, o sea el hijo de su dicha hermana y sobrino carnal del testador D. CCA."

2º.- Algunos sobrinos carnales demandan a Dª BAA, y tras su fallecimiento durante el pleito, a D. CCA, solicitando el reparto equitativo entre todos los sobrinos.

3º.- El Juzgado de lª Instancia desestima la demanda, confirmando dicha sentencia la Audiencia Provincial en apelación. Los demandantes formulan recurso de casación.

Fundamentos de Derecho:

El Tribunal Supremo trata la institución de heredero sub modo, que regula el art. 797 del C.c., señalando que el modo es una liberalidad indirecta, a favor de un tercero; se impone al que recibe la liberalidad (en este caso, heredero), como obligación accesoria, que deberá cumplir una prestación a favor del beneficiario. El modo no limita la eficacia de la institución, pero obliga al heredero a cumplir la prestación; si el heredero sub modo no lo cumple, las personas interesadas pueden exigir el cumplimiento forzoso en forma específica, como cualquier otra obligación.

Indica, por otro lado, el Alto Tribunal que la interpretación de la voluntad testamentaria presenta unos caracteres específicos y propios que la diferencian de los criterios empleados para interpretar los actos inter vivos. Mientras que la interpretación de los negocios jurídicos inter vivos, está guiada no sólo por la voluntad, sino por la autorresponsabilidad del declarante, y la confianza del destinatario de la declaración, derivadas ambas del principio objetivo de la buena fe; la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por un criterio subjetivo

con base en las declaraciones de última voluntad.

El elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiere la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención.

En el caso en cuestión, la literalidad de la cláusula encarga a la heredera el reparto de los bienes hereditarios entre todos los sobrinos del causante, pues cuando deja el reparto al buen criterio de la heredera instituida no aparece locución alguna que permita interpretar que la heredera podía dejar de hacerlo.

La circunstancia de que la demandada no haya realizado la carga de la distribución, no lleva consigo que esta carga recaiga sobre su hijo, pues no se ha producido el supuesto de premoriencia, que hubiera determinado la sustitución prevista. D. CCA sólo queda gravado con la carga de la distribución de bienes del testador para el caso de premoriencia de la única y universal heredera Dª BAA, pero ésta ha fallecido con posterioridad a su hermano el testador. Cuestión distinta es que ocupa el lugar de su madre demandada por la sucesión procesal derivada del fallecimiento de ésta el día 6 de noviembre de 1999 y en virtud del testamento otorgado por ella el 28 de octubre de 1998, por el que le instituye y nombra único y universal heredero.

De ahí que la distribución de los bienes haya de hacerse por todos los llamados a la misma de común acuerdo o judicialmente; sin que se pueda condenar al codemandado, y sólo la declaración de validez de la carga de distribución le afecta por la sucesión procesal que se ha producido.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso de casación en los términos seiñalados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL DE NOTARIO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR UN OFICIAL A SU CARGO POR FALTA DE DILIGENCIAMIENTO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ESCRITURA PÚBLICA DE HIPOTECA AUTORIZADA EN LA NOTARÍA Y CUYA GESTIÓN SE HABÍA CONFIADO AL OFICIAL: CULPA IN VIGILANDO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1903.4 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- El 13 de febrero de 1992 la entidad X, S.A. e Y, S.A. otorgan ante el Notario D. AAA escritura pública por la que la entidad últimamente mencionada constituye hipoteca de máximo sobre sus bienes para garantizar a la primera dos créditos de 16.000.000 y de 7.000.000 ptas., respectivamente.

2º.- La acreedora encarga a un oficial de la Notaría la urgente presentación de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, así como

toda la tramitación subsiguiente hasta la práctica de la inscripción correspondiente.

3º.- Si bien el documento se presenta en el Registro, no llega a ser retirado para la liquidación del impuesto que grava el negocio jurídico celebrado, por lo que caduca la anotación realizada en el Libro Diario, lo que permite que posterionnente tengan constancia registral diversos embargos por importe de 100.000.000 de pesetas, sobre los inmuebles objeto de hipoteca, por lo que la garantía real que pretendía obtenerse resulta ineficaz.

4º.- La entidad X, S.A. formula demanda interesando la condena de D. AAA a indemnizarle en la cantidad de 16.000.000 de pesetas y al abono de intereses legales de esta suma desde la interposición de la demanda.

5º.- El Juzgado de lª Instancia estima la demanda. En fase de apelación, la Audiencia Provincial revoca dicha resolución y absuelve a D. AAA. La demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Comienza el Tribunal Supremo rechazando la alegación de la existencia de una relación contractual entre la demandante recurrente y el Notario D. AAA para la realización de la gestión de la inscripción de la carga en el Registro de la Propiedad, dada la valoración probatoria de la Audiencia Provincial, que no resulta absurda o ilógica.

Se plantea, en cambio, la posible responsabilidad del Notario respecto a la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión del desempeño de las funciones a los mismos atribuidas.

Las funciones del Notario deben alcanzar también a todas las incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de dicha actividad y que se hallen racionalmente vinculadas a ella, cuando ha sido uno de sus empleados el que ha incurrido, por descuido o por otra causa, en la omisión de un diligenciamiento que impide que las personas que han acudido ante el fedatario a fin de que, en el ejercicio de la importante función que el Estado le ha confiado con carácter exclusivo, solemnizase sus declaraciones de voluntad, puedan obtener en perfectas condiciones todos los efectos pretendidos. Hay, pues, un exigente deber «in vigilando» que incumbe al Notario respecto al personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional de que es titular se desarrolle la función oficial a que nos hemos referido genera en los ciudadanos una razonable confianza acerca de la seriedad y seguridad con que ha de llevarse a cabo toda actividad que en el mismo se ejecute, ya sea la primera y fundamental de dación de fe pública, ya cualquier otra que constituya consecuencia o complemento de la misma como la de realización de concretas gestiones ante determinados organismos que seguro es notorio se ha venido asumiendo en muchos casos en beneficio de las personas que lo requerían.

En el presente supuesto, el hecho que genera este pleito no fue único, sino que la actuación del Oficial de la Notaría del demandado había generado diversas denuncias de afectados que dieron lugar a la tramitación de causa penal, y a su despido por D. AAA, que fue declarado procedente. Por tanto, todo ello era conocido por el Notario, lo que viene a poner de relieve la ausencia de una escrupulosa supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce, y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad.

Procede, en consecuencia, entender que existe culpa in vigilando atribuible al demandado; y así pues, haber lugar al recurso de casación, asumiendo la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2003

PACTOS ESPECIALES EN LA COMPRAVENTA: CALIFICACIÓN COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA NEGATIVA DE LA CLÁUSULA EN CUYA VIRTUD SE SUJETA EL PAGO DEL RESTO DEL PRECIO A LA CONCESIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS POR EL AYUNTAMIENTO PARA LA URBANIZACIÓN DE LAS FINCAS VENDIDAS; EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA POR LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE TENERSE POR ALGO OBJETIVAMENTE CIERTO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1117, 1118, 1128 Y 1218 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- En contrato de compraventa de 1 de abril de 1992, D. AAA, D. BBB y Dª CCC transmiten tres fincas a la sociedad X, S.A., que paga una pequeña parte (el diez por ciento) del precio (6.000.000 de pesetas) en el momento; respecto al resto del precio se pacta lo siguiente: "el resto, de cincuenta y cuatro millones (54.000.000) de pesetas en el momento en que se expida por el Ayuntamiento la oportuna, incondicionada y definitiva licencia de obras para llevar a efecto, en la forma y con el alcance previsto y exigido por la vigente Ley del Suelo y su Reglamento, las obras de Urbanización de dichos terrenos, es decir, de las parcelas, de las fincas objeto de la presente compraventa".

2º.- No se ha expedido la referida licencia de obras.

3º.- Los vendedores formulan demanda, reclamando el cumplimiento de la obligación de pago, subsidiariamente la resolución del contrato y subsidiariamente que se señale un plazo para abonar el precio o resolver el contrato.

4º.- Este último es el pedimento estimado por el Juzgado de lª Instancia, confirmado por la Audiencia Provincial en apelación. La sociedad demandada recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Comienza señalando el Tribunal Supremo que la cláusula transcrita no puede ser calificada de término, que es un hecho futuro y objetivamente cierto del que depende la eficacia, sino de condición, como hecho futuro y objetivamente incierto; la concesión por la Administración local de una licencia de obras no puede tenerse por algo objetivamente cierto, sino que es cuestión incertus an et incertus quando.

Asimismo, es condición resolutoria negativa, en el sentido de que es la falta de la licencia la que resuelve el contrato. Inicialmente, las obligaciones del contrato despliegan su eficacia y sólo si no se obtiene la licencia, se extingue la eficacia retroactivamente, es decir, se resuelven las obligaciones ya que la condición afecta a la totalidad del contrato y las obligaciones que de él derivan.

Todo ello, en el plazo previsto. Si no se fija plazo, como ocurre en el presente caso, debe reputarse cumplida, y por tanto, resuelto el contrato, en el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar, como dice el artículo 1118, 2 del C.c..

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación, confirmándose las Sentencias de instancia.

Rafael Rivas Andres. Notario

USUFRUCTO, COUSUFRUCTO Y USUFRUCTO CONJUNTO ... ¿GANANCIAL? (1º PARTE)

FÓRMULAS PARA INTENTAR CUMPLIR LA VOLUNTAD DE LOS USUFRUCTUARIOS

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN: JORGE LUIS BORGES, CAMILO JOSÉ CELA, EL REGISTRADOR FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ Y LOS NOTARIOS TOMÁS JIMÉNEZ DUART, ENRIQUE HERNANZ VILA Y JOSÉ MARIA NAVARRO VIÑUALES. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

II.-LA POSICIÓN DE TOMÁS GIMÉNEZ DUART.

III.- LA POSICIÓN DE ENRIQUE HERNANZ VILA.

IV.-LA POSICIÓN DE JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES.

V-LA POSICIÓN DE FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

I.- INTRODUCCIÓN: JORGE LUIS BORGES, CAMILO JOSÉ CELA, EL REGISTRADOR FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ Y LOS NOTARIOS TOMÁS JIMÉNEZ DUART, ENRIQUE HERNANZ VILA Y JOSÉ MARIA NAVARRO VIÑUALES. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

Desde hace muchos años estoy interesado en el tema de este artículo y desde hace tiempo he ido leyendo con interés lo que se publica en las revistas profesionales sobre la materia.

Por supuesto que el camino hasta llegar a la decisión de intentar publicar estas líneas ha sido largo; pero, además, ha sido tortuoso con pasos hacia delante y pasos hacia atrás.

Una vez tomada por primera vez la decisión de publicar (incluso hecho el planeamiento general y primer boceto), apareció la **Ley Catalana de 20/11/2000 de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación.**

Como quiera que en la ley catalana se aclaran algunos puntos sobre la materia, pensé que podía parecer ventajista el publicar mis líneas dando la sensación de que fueran mías ideas plasmadas en esa ley. Fuere como fuere, el caso

es que me hizo perder el impulso y las ganas de acabar la tarea propuesta.

Mas con el transcurso del tiempo fui considerando que las aportaciones de la ley catalana podrían considerarse más como un simple apoyo y que, en todo caso, al no ser una ley de ámbito nacional no excluía el que se intentara argumentar soluciones para el usufructo conjunto ganancial desde el Código Civil.

Retomada la decisión de publicar estas líneas y cada vez más perfilado el plan y boceto de las mismas apareció publicado en la revista **LUNES CUATRO TREINTA nº 307 y 308 "El usufructo ganancial en las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal" del Registrador Félix Rodriguez López.**

Conocíamos la claridad de ideas y la solidez argumental de Rodríguez López (R.L.) a través de su insuperable libro **"Reflexiones y Problemas Prácticos Inmobiliarios" de la editorial Hesperia**. En ese libro el autor realiza algo al alcance de muy pocos, cual es el dar soluciones a una serie de problemas (74 fichas) de la práctica jurídico-registral (y lógicamente notarial) en apenas 369 páginas; y es que, en la modesta opinión del que esto escribe, es más dificil esa labor de destilación de quinta-esencia jurídica que el escribir tres tomos de derecho privado.

Pues bien, Rodríguez López aplica sus cualidades antes reseñadas en el estudio del usufructo ganancial mediante el examen de las cuatro resoluciones más importantes que ha habido sobre la materia con argumentos y conclusiones muy bien fundados.

La lectura de ese artículo nos colocó en una situación que intentaremos explicar con el cuento de Borges "Pierre Menard, autor del Quijote".

El cuento trata de una persona que deseaba hacer algo notable y con ese propósito se dedicó con ahínco a la hercúlea tarea de escribir un libro que fuera admiración de generaciones presentes y futuras. Nada le apartó de su propósito y, así, tras toda una vida dedicada a la escritura culminó su tarea alumbrando unos capítulos de un mérito literario extraordinario pero de ninguna trascendencia práctica, puesto que -nada menos- había escrito hasta con comas y acentos unos capítulos de un libro que ya hacia mucho tiempo que eran conocidos en la literatura universal: ¡había escrito unos capítulos exactamente iguales a los que había escrito Miguel de Cervantes en "el Quijote"!

En fin, salvando las distancias, y esperando que no suene pretencioso, resulta que Rodríguez López viene a poner el dedo en la llaga remarcando una serie de cuestiones que, si bien no podemos decir que las habíamos pensado y madurado, al menos sí que las habíamos intuido, como por ejemplo: que sólo se puede excluir de la liquidación de gananciales aquel usufructo al que previamente se le ha excluido su condición de ganancial (lo cual a pesar de ser obvio no siempre se tiene en cuenta); que para la exclusión de la ganacialidad de un usufructo no se pueden usar fórmulas mágicas (como el decir simplemente que "además es sucesivo") sino que es necesario un "pacto debidamente causalizado"; que sólo se puede afirmar la ganancialidad del usufructo que se califique de transmisible; la distinción (implícita en R.L.) entre ganancialidad y titularidad; la existencia en el usufructo conjunto ganancial de dos comunidades germánicas (una por la titularidad y otra por la ganancialidad) que R.L. llama "yuxtaposición de conjunciones" etc. etc.

Lógicamente las afirmaciones de que "eso ya lo habíamos intuido", son indemostrables, se podrán creer o no, pero es que, en cualquier caso, no tienen la más mínima importancia puesto que lo cierto es que el que de verdad se arriesga a la publicación y a la crítica es el que la realiza, no el que no la da a conocer; dicho en otras palabras esto último es socialmente inaprovechable y jurídicamente irrelevante.

Pero es que, además, (y volviendo a la senda literaria antes apuntada) la línea entre realidad y ficción es tan tenue y confusa que puede hacernos tomar como reales y verdaderas lo que no pasan de ser imaginaciones repetidas una y mil veces.

Porque vamos a ver ¿hasta que punto es cierto que determinadas cuestiones sobre el usufructo ganancial ya las habíamos intuido? ¿no serán más bien ideas recogidas de los artículos de los tres citados Notarios (o de los argumentos y fundamentos de las resoluciones) que se leen y se releen varias veces hasta que se produce el espejismo de hacemos creer que son propias?.

De nuevo el mundo literario nos puede dar una perspectiva de cómo actuar en el presente caso, y desde este punto de vista hemos de recordar una anécdota de nuestro Nobel recientemente fallecido Camilo José Cela que bien puede retratar el carácter de personaje tan notable.

Anécdotas de Cela se podrían contar muchas (como el singular consejo que daba de no hacer nada por abandonar los vicios, pues cierto y verdad es que éstos nos van abandonando por sí solos), pero en lo que aquí interesa recordaremos la acusación que sufrió en su última época de plagio, pero no de cualquier tipo, sino de "autoplagio", pues parece ser que se le acusaba de que el mismo discurso lo iba colocando en más de una ocasión en diferentes ámbitos.

En fin, llegados a este punto pensamos que si condenable es el "autoplagio" ¿qué decir del plagio a secas?. Por todo esto, tal vez lo mejor sea una buena dosis de humildad y reconocer que los auténticos méritos están en los que previamente nos han precedido con sus artículos y opiniones.

En suma, tras la publicación del artículo de R.L. sólo cabía o no terminar el propio, o hacerlo recalcando más minuciosamente si cabe las aportaciones de cada uno de los autores antes citados y quedando nuestra labor más como un divulgador de ideas ajenas.

Por todo ello, la estructura de este artículo va a ser el exponer en los capítulos que siguen las aportaciones de los autores citados, para luego hacer el resumen de lo que nos sugieren esas aportaciones. Ni que decir tiene que si en algo malinterpretamos a nuestros compañeros será culpa exclusiva nuestra y que al final el lector es el que dirá si ha merecido la pena el esfuerzo o prefiere la versión original y, en fin, esperemos que toda esta tinta sea algo más que respuestas sencillas de una mente sencilla.

Pero antes de continuar hemos de hacer unas precisiones terminológicas, para intentar estar seguros de que tanto el que escribe como el que lee utiliza los mismos términos para referirse iguales conceptos, por que si no el entendimiento es imposible; en este punto es mejor aceptar por anticipado la crítica de que las definiciones que siguen pueden ser más subjetivas que científicas, es preferible eso a que no haya un total acuerdo sobre el significado de los términos que todos utilizamos, adelantando que todo el tiempo nos vamos a referir al usufructo "vitalicio".

USUFRUCTO.- Cuando usamos este término a secas, nos referimos al derecho que pertenece a un sólo y único titular.

COUSUFRUCTO.- Este término lo reservamos para aquel usufructo del que son titulares varias personas en comunidad ordinaria romana o por cuotas y, lógicamente sin derecho de acrecer.

USUFRUCTO CONJUNTO.- Este término lo reservamos para el que se constituye a favor de varias personas que van a ser titulares en comunidad germánica, es decir, sin especial atribución de cuotas y con derecho de acrecer entre ellos.

Como decimos somos los primeros en reconocer que puede haber cierta arbitrariedad en las anteriores definiciones. En este sentido, la **ley catalana de usufructo en el Art. 10** engloba bajo el título **"Cotitularidad en el usufructo"** tanto al usufructo que nosotros llamamos conjunto como al de comunidad romana; y desde luego que es totalmente cierto que ambos casos son parte del mismo fenómeno más general de cotitularidad del usufructo.

De todas maneras, a favor de las definiciones propuestas militan razones prácticas, pues en sede de propiedad también ocurre algo parecido y se ha consagrado el nombre de "copropiedad" para la comunidad ordinaria por cuotas, mientras que para el resto de casos se utiliza el término de "germánica" o "en mano común". Y no es el menor argumento el que Rodríguez López parece que se ajusta a estas definiciones.

Intentamos que nuestras modestas líneas puedan ser leídas en cualquier lugar sin necesidad de tener abiertos varios códigos y por eso transcribimos los artículos del Código Civil más relevantes sobre la materia

Art. 392 "Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.

A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título".

Art. 393 "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los participes en la comunidad".

Art. 469 "Podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente ... ".

Art. 480 "Podrá el usufructuario aprovechar por si mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito..."

Art. 521 " El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere".

Art. 982 " Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere: 1º Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes. 2º que uno de los llamados muera antes que el testado, o que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla".

Art. 987 "El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

II.- LA POSICIÓN DE TOMÁS GIMÉNEZ DUART.

Por orden cronológico, el primer artículo que llamó la atención del que esto escribe fueron los comentarios sobre la **Resolución de la D.G.R.N. de 25/2/93** publicados por T.G.D. en **la revista La Notaría de Marzo de 1993.**

En estos comentarios T.G.D., aprovecha para hacer un resumen de la cuestión examinando las cuatro más importantes Resoluciones sobre la materia: **la de 10/7/75, la de 31/1/79, la de 21/1/91 y la de 25/2/93.**

Que el artículo era un magnífico resumen del estado de la cuestión, no es que sea nuestra opinión (que poco prestigio puede añadirle), sino que también es opinión de Navarro Viñuales, quién en sus propios comentarios (que luego veremos) se remite a éstos de T.G.D.

Por otro lado, el que T.G.D. había acertado en el resumen, se deduce también del hecho de que cuando años más tarde Rodríguez López hace su estudio, se apoya en las mismas cuatro resoluciones.

Según T.G.D., las Resoluciones de 1975 y 1991 excluyen al usufructo conjunto a favor de ambos cónyuges de la liquidación de la sociedad de gananciales y se adjudica directamente al supérstite; por el contrario, las de 1979 y 1993 exigen esa liquidación; y concluye "Con **lo cual si la cuestión, dada la complejidad del tema, estaba poco clara, ahora lo está mucho menos".**

Hasta aquí no podemos estar más de acuerdo con la exposición de T.G.D., pero, sin embargo, hay cuatro aspectos tratados en dicho artículo que iremos matizando a lo largo de éste.

El primer aspecto a matizar es que -en nuestra opinión- o no hay ninguna Resolución que excluya la liquidación del usufructo ganancial (ni siquiera las de 1975 y 1991), o la única que hay es la primera y más antigua (la de 1975) que no ha sentado doctrina al no haber tenido continuación. Luego lo veremos más ampliamente en apartado especial.

El segundo aspecto a matizar es cuando dice (lo que parece que es opinión de T.G.D. aunque, al hablar en impersonal, pudiera ser que se refiera a opiniones de otros que no hace propias) ***"... la mayoría de los autores.. eran (son) partidarios de colacionar el usufructo, pero sin incluirlo en la liquidación, ya que la atribución al sobreviviente se produce ex lege. Es decir, tiene en cuenta el valor del usufructo, para compensar el lote del otro consorte, pero no se incluye entre los bienes a repartir.***

El tercer aspecto que matizaremos está íntimamente ligado al anterior y consiste en que se niega la posibilidad de que por vía de liquidación de gananciales se pueda adjudicar el usufructo ganancial, a los herederos del premuerto.

El cuarto aspecto que matizaremos es que el usufructo sea un derecho personal, intransmisible y sólo apto para ser privativo pero no para ser ganancial. En este sentido T.G.D. cita el " **... artículo 1346 5º CC.. Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 5º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos".** Añade que **"Un sector importante de nuestra doctrina, en el que se encuadraban DE CASTRO Y ROCA SASTRE, deducía de la interpretación conjunta de los artículos 480, 498 y 513 CC que el usufructo es un derecho personal e intransmisible... ". Y acaba "... podía negarse.. la ganancialidad del usufructo, tesis de la doctrina alemana prácticamente en bloque".**

III.- LA POSICIÓN DE ENRIQUE HERNANZ VILA.

El siguiente artículo que llamó la atención del que esto escribe fue el publicado por **H.V. en el Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada páginas 1315 a 1324 del año 1999 bajo el título "El usufructo y la sociedad de gananciales".**

Este artículo tiene seis aspectos francamente positivos y un mérito general extraordinario. Los exponemos a continuación:

En primer lugar, destacamos la tranquilidad que nos produce que H.V. sea partidario de calificar al usufructo como no personalísimo, y por tanto transmisible y susceptible de ser ganancial. Transcribimos literalmente: ***"La mayoría de la doctrina entiende que es transmisible... EN CONCLUSIÓN, podemos afirmar que el derecho real de usufructo es transmisible y generalmente vitalicio y, en consecuencia, no escapa a la calificación de ganancial o privativo como cualquier otro bien..."*** .

En segundo lugar, (y enlazando con lo anterior) no menos tranquilidad produce el que de

manera inequívoca admita H.V. la posibilidad de adjudicación del usufructo conjunto en la liquidación de gananciales a persona distinta del cónyuge supérstite, pues puede ser él mismo, el más interesado en cambiar el usufructo por otros bienes; así leemos: ***"... incluso para que su condición de transmisible determine que a la muerte del cónyuge del titular del derecho de usufructo, dicho derecho deba incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales, pudiendo atribuirse a persona distinta del actual usufructuario...***

En tercer lugar, resaltaremos que no podemos estar más de acuerdo con la interpretación que da al Art. 521 del Cc. en el sentido de que sienta una presunción de que el usufructo adquirido por varias personas sin mayores especificaciones (**"... en provecho de varias personas vivas..." dice ese Art.**) no requiere ningún pacto específico para que tenga carácter conjunto -expansivo y, por tanto, derecho de acrecer. Literalmente dice H.V.: ***"El artículo 521 no exige un especial pacto de acrecimiento, es decir, no exige que en el negocio constitutivo del derecho de usufructo se pacte expresamente el acrecimiento, con independencia de que el usufructo se adquiera a título oneroso o gratuito. En el caso del artículo 521, el acrecimiento se produce EX LEGE, y no ex negotio...".***

Por cierto que **la Ley Catalana de usufructo** (aún con alusiones a "la cuota" que son difíciles de digerir) confirma esta presunción, pero sólo a favor de determinadas personas. En efecto, dice en el **Art. 10 " ... 1. Salvo si el titulo lo establece de otro modo, el usufructo vitalicio constituido conjunta y simultáneamente a favor de cónyuges, de personas en situación estable de pareja, o de hijos o hermanos del constituyente, no se extingue hasta la muerte de todos los titulares, de forma que la cuota de los que premueran incrementa la de los supervivientes en la proporción correspondiente... 3. Cuando se trate de personas sin los vínculos citados en los puntos 1 y 2, la muerte de uno de los titulares extingue el usufructo en la cuota correspondiente".**

Por su parte, el Derecho Navarro también arbitra la misma solución tal y como explica **Salinas Quijada en "Compendio de Derecho Civil Navarro"; dice así "El usufructo puede establecerse conjuntamente.. a favor de varias personas.. (FN: 412.1)... Al extinguirse el derecho de uno de los cousufructuarios su parte acrecerá a los otros titulares (FN.-412.2)".**

En cuarto lugar destacaríamos, cómo hace H.V. una notable explicación de las titularidades conjuntas siguiendo a BELTRÁN DE HEREDIA: ***"... hoy en día se ha impuesto la tesis de la PROPIEDAD PLURIMA TOTAL... en los casos de cotitularidad o comunidad, el derecho de cada uno de los titulares debe entenderse como un derecho pleno, autónomo, cualitativamente idéntico al derecho de propiedad en cuanto a su extensión, pero que en cuanto a su ejercicio se ve limitado por la coexistencia de los derechos de los demás comuneros...".*** Continúa relatando unos ejemplos de acrecimiento en supuestos de renuncia o fallecimiento de un titular en el Cc, tanto mortis causa, como inter. vivos, a título gratuito y a titulo oneroso, con cita de varios ejemplos en los arts. 983, 637, 1.353, 395, 544 y 575.

Pues bien, esta fundamental idea de que en las titularidades conjuntas en los casos de fallecimiento o renuncia se produce una "expansión" del derecho (y no propiamente una transmisión) a favor de los titulares que quedan, se va convertir en uno de los pilares básicos de nuestra argumentación. Y destacamos muy especialmente la cita de los Arts. 637 y 1353 que nos dará pie para intentar fundamentar la solución del usufructo conjunto ganancial desde la regulación misma de la sociedad de gananciales sin necesidad de acudir al Art. 521 del Cc.

En quinto lugar, es de resaltar cómo destaca H.V. el carácter de "comunidad germánica" que se da en los gananciales (los califica de ***"naturaleza similar a la comunidad germánica")*** y que sería el único capaz de explicar ciertas situaciones. Así ilustra con un ejemplo meridianamente claro lo que ocurre en casos de renuncia; en efecto, comenta H.V. l**a Resolución de la DGRN de 2/21960** en la que los herederos de un cónyuge renunciaron a su participación en la sociedad de gananciales, y la DGRN resolvió que esa porción renunciada no pasaba a los herederos abintestato, sino que acrecía al cónyuge supérstite, lo cual es el efecto típico de la comunidad germánica.

No podemos estar más de acuerdo con H.V. sobre la importancia que tiene en la solución de este problema la idea de la comunidad germánica, tal y como hemos de ver posteriormente.

En sexto y último lugar nos parece de tanto interés la distinción que realiza H.V. entre ganancialidad y titularidad que la convertiremos en otra de las claves de nuestros argumentos. Dice literalmente: ***"Me gustaría centrarme en un aspecto que después de la reforma del CC. de 1981 y del Reglamento Hipotecario de 1982 parece más acentuada, me refiero a LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE TITULARIDAD Y COMUNIDAD O PERTENENCIA...".***

Pues bien, insistimos en que esta distinción entre titularidad y ganancialidad es de tal importancia que sin tenerla perfectamente clara y asumida es de todo punto imposible el alumbrar ningún tipo de solución a este asunto del usufructo conjunto ganancial.

Hasta aquí los seis aspectos que en nuestra opinión son más destacables de la aportación de H.V.. Ahora bien, si nos fijamos detenidamente -y aun sin negar el carácter positivo de esas aportaciones tampoco es que sean unas innovaciones que puedan dejar atónita a la doctrina jurídica española. En efecto, que el usufructo es transmisible, que puede ser ganancial y que se puede adjudicar a los herederos del premuerto, lo llevan afirmando algunos Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, bastantes Registradores y la propia DGRN en la mayoría de sus resoluciones sobre la materia. Tampoco se puede calificar de absoluta novedad el decir que el acrecimiento del Art. 521 no exige ningún pacto, ni ninguna fórmula rituaria especial para que tenga efecto. Y, desde luego, todos hemos -al menos- oído la teoría de la "expansión" de los derechos conjuntos, que la sociedad de gananciales se explica mayoritariamente como una comunidad germánica y que -especialmente tras la reforma del Cc. de 13/5/1981- es más clara la distinción entre titularidad y ganancialidad (véanse Garrido Cerdá y Blanquer Uberos).

Pues bien, si lo anterior es cierto... ¿dónde está la extraordinaria importancia del artículo de H.V.?. Respuesta:... en eso... precisamente en eso.

Me explico: el verdadero acierto de Hernanz Vila es dar una explicación coherente de cómo funciona el usufructo conjunto ganancial poniendo en juego los seis elementos que -en la modesta opinión del que esto escribe- siempre han de estar presentes en la resolución de los problemas que plantea ese tipo de usufructo.

H.V. pone encima de la mesa las seis piezas que componen el rompecabezas del usufructo conjunto ganancial. Probablemente ese puzzle pueda tener varias soluciones; es casi seguro que cada uno pueda ensamblar esos elementos de distinta manera matizando o enfatizando tal o cual aspecto, pero lo que es absolutamente cierto es que el que pretenda dar con la solución del enigma necesariamente habrá de manejar esos seis conceptos.

IV.- LA POSICIÓN DE JOSÉ MARIA NAVARRO VIÑUALES.

Lo primero que habría que hacer es agradecer a N.V. su impagable labor como comenta-

rista de Resoluciones de la DGRN en la Revista La Notaría del Colegio Notarial de Cataluña, continuando la línea de altísima calidad jurídica de su predecesor Tomás Giménez Duart.

Pues bien, el primer trabajo de N.V. sobre la materia que llamó nuestra atención fueron sus comentarios a la **Resolución de 11/12/99 en la Revista La Notaria.** Dicha Resolución no es que tuviera en sí mayor enjundia puesto que se limitaba a reconocer que un usufructo vitalicio comprado por dos cónyuges en gananciales (como otros derechos), fallecido uno de ellos debe ser liquidado, o, por lo menos, dispuesto por el supérstite y los herederos del premuerto. Ahora bien, al hilo de esta resolución N.V. hace unas consideraciones de gran interés sobre el usufructo conjunto ganancial que es lo que vamos a comentar aquí.

El segundo trabajo de N.V. que también llamó nuestra atención fueron los comentarios a la **Resolución de 22/5/00 en la misma Revista,** en los que con ocasión de los mismos continúa haciendo consideraciones sobre el usufructo conjunto de considerable interés.

De los comentarios a la primera Resolución destacaremos que N.V. se suma a los que consideran (consideramos) que el usufructo no es personalísimo, sino que es transmisible y puede ser ganancial: ***"La doctrina dominante considera que el usufructo no es un derecho personalísimo (en cuanto es transmisible, art. 480 CC) por lo que puede ser un derecho ganancial (así lo señala la R. 31 de enero de 1979)".***

De los comentarios a la segunda destacaremos dos afirmaciones con las que estamos plenamente de acuerdo, que son: a) que en el usufructo conjunto se da una comunidad germánica sin cuotas y con derecho de acrecer y b) que, probablemente, esta sea la presunción o regla general que se aplica a la cotitularidad en los otros derechos de goce como el uso, la habitación y las servidumbres personales y prediales. Luego intentaremos desarrollar estas ideas.

N.V. lo dice con estas palabras:

"a) La copropiedad es un derecho que nuestro CC configura en base a la comunidad por cuotas o romana. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 392 y ss..

b) Pero el tema no está tan claro tratándose de cotitularidad sobre otros derechos reales distintos del dominio:

--Así en el derecho de hipoteca, dado su carácter accesorio de la obligación principal, su cotitularidad puede tener carácter solidario, mancomunado o parciario..

--Tratándose de un derecho de disfrute como el usufructo conjunto y sucesivo (art 521 CC) su cotitularidad no encaja en la comunidad romana por cuotas... Fallecido un cotitular usufructuario, el derecho no corresponde al heredero del fallecido sino que acrece a los otros cotitulares usufructuarios". Como decimos estamos absolutamente de acuerdo con esta calificación de comunidad germánica, lo que ocurre es que para acabar de complicar las cosas, en el usufructo conjunto que "además" tiene carácter ganancial, "además" confluye la comunidad germánica derivada de la sociedad de gananciales, con lo que el "visualizar" y "separar" esas dos comunidades y sus problemas anejos se complica extraordinariamente.

Volviendo a los comentarios a la primera resolución, N.V. los aprovecha para hacer un resumen de los posibles casos de usufructo conjunto ganancial y de las reglas aplicables en su liquidación. Si no lo hemos entendido mal, distingue los siguientes supuestos:

PRIMERO.- Si se adquiere el usufructo por uno o ambos cónyuges haciendo constar que se adquiere para la sociedad de gananciales, o sin decir nada de si se adquiere para esa sociedad, resultaría que el usufructo sería ganancial o

presuntivamente ganancial; y en este caso **"..teniendo que colacionar su valor en la liquidación de gananciales, en orden a compensar los herederos del premuerto."**

Pues bien, ya hemos dicho que T.G.D. en el artículo antes comentado relataba como hay una mayoría doctrinal en la misma línea de lo que acabamos de transcribir, es decir, no liquidar el usufructo en sentido propio, sino sólo colacionar su valor; tal y como allí adelantamos haremos unas matizaciones a esa opinión a lo largo de estas líneas.

SEGUNDO.- El otro caso sería aquel en que se puede deducir de la voluntad de los cónyuges que el usufructo conjunto que han constituido lo ha sido con carácter privativo. Lógicamente para N.V. (y para nosotros, y para todos) el usufructo que tiene carácter privativo no está sujeto a la liquidación de gananciales.

Insistimos en que en el diagnóstico no hay nadie que pueda estar en desacuerdo, puesto que es de todo punto irrebatible el que el usufructo ganancial está sujeto a la liquidación de gananciales y el usufructo privativo no está sujeto a dicha liquidación. Ahora bien, si en la etiología hay acuerdo, en el tratamiento no lo hay. Es decir, los problemas comienzan cuando se trata de determinar el sistema de atribución de privaticidad al usufructo; aquí chocan dos vías: a) la que inauguró la Resolución 21/1/91 que considera privativo el usufructo constituido por los cónyuges utilizando no sólo la palabra "conjunto", sino añadiendo la palabra "sucesivo"; y b) la de los que consideran (consideramos) que la atribución de privaticidad debe de hacerse por cauces ordinarios mediante el correspondiente "negocio o pacto causalizado" (luego veremos los comentarios que hace Rodríguez López al respecto).

Lo que sí nos permitimos es dudar sobre si N.V. es partidario o no de la tesis mantenida por la Resolución de 21/1/91 que venimos criticando. En efecto, por un lado parece que si que es partidario puesto que explica su posición en primera persona siguiendo la misma argumentación que la mentada Resolución; pero por otro lado, hay dos elementos que entendemos que son contrarios a esa tesis: a) cuando habla de cómo se puede convertir un usufructo ganancial en privativo no parece aceptar que sea suficiente el uso de la palabra "sucesivo" puesto que dice **"... se precisa un negocio de atribución de privaticidad sobre tal usufructo, negocio que exige la expresión de la causa ...",** y b) en los comentarios a la Resolución de 22/5/2000, dice refiriéndose a la de 21/1/91 "**Si aceptamos dicha tesis...",** es decir que ya no usa el afirmativo sino el condicional...

En cualquier caso, lo que sí que me gustaría es resaltar una frase de N.V. en sus comentarios a la R. de 1991 que supuso un punto de inflexión... un cambio de orientación en el presente trabajo; una frase que a fuerza de sabida la dejamos de tener presente más de lo que sería deseable; decía asi **"... entiendo que la voluntad de las partes es que fallecido un cónyuge el usufructo acrezca..."** La voluntad de las partes... ésa es la clave.

Queremos decir que los que libremente hemos elegido la profesión de averiguar la voluntad de las partes y señalarles las vías jurídicas para que consigan sus fines lícitos, no podemos -no debemos- conformamos con explicar o describir una situación, sino que tenemos que ir más allá buscando fórmulas para la consecución de esos fines. ¿Qué es lo que ocurre? Pues que en una gran mayoría de casos, resulta que entre lo que quieren las partes y la fórmula -la escritura- que les damos hay diferencias, no hay una perfecta simetría. Por esto finalizaremos este artículo con la proposición de unas fórmulas para intentar cumplir la voluntad de los usufructuarios.

V.- LA POSICIÓN DE FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ.

Como ya hemos indicado el trabajo de R.L. aparece publicado en la Revista Lunes 4,30 en los números 307 y 308. No cansaremos al lector reiterando las cualidades del autor y los méritos de su trabajo, pero antes de pasar a comentarlo sí que señalaremos que el interés de R.L. por el usufructo viene de lejos puesto que en su libro "Reflexiones y Problemas Prácticos Inmobiliarios" (edición 1981) le dedica 8 fichas, es decir, más de 10% del total. Nuestro propósito es ir exponiendo el trabajo de R.L. siguiendo exactamente sus mismos epígrafes.

R.L. comenta las cuatro **Resolucione**s básicas sobre esta materia (las mismas señaladas por T.G.D. y a las que remite N.V.), continúa con unas consideraciones sobre **usufructo conjunto y cousufructo, los Arts. 987 y 521 del Cc, la posibilidad de derechos conjuntos** y acaba con unas **conclusiones.** Veamos:

R. 10 JULIO 1975.

R.L. estudia esta Res. en la que se trataba de que unos cónyuges eran titulares del usufructo conjunto ganancial sobre unas fincas. Fallecido un cónyuge, el supérstite junto con los nudo propietarios vende las fincas.

El Registrador y el Presidente de la Audiencia (contra la opinión del Notario) consideran que previamente hay que proceder a la liquidación de los gananciales; la DGRN decide que no es necesario: **"... según se deduce del título constitutivo... y de acuerdo además con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho".**

Pues bien, destaca R.L. de esta Res. ***"...que el efecto acrecimiento puede 'deducirse' del título constitutivo, y ese efecto está de acuerdo, además, con lo previsto en los arts. 521 y 987 del CC"***. No podemos estar más de acuerdo con lo transcrito, pues ya hemos indicado que -siguiendo a Hernanz Vila- en nuestra opinión la presunción de que el usufructo es conjunto con acrecimiento es la regla general en esta materia a diferencia de lo que ocurre en las comunidades ordinarias.

Sin embargo, hay una afirmación que sí que queremos matizar; dice R.L. ***"Si algo queda claro en esta R. de 1.975 es el rotundo rechazo a la aplicación de las normas sobre liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales contenidas en el C.C.. Al parecer el peculiar perfil del derecho de usufructo descarta esa aplicabilidad".***

Pues bien, luego veremos en un apartado especial que contra lo que pueda parecer, la opinión de la DGRN no es cambiante; no es verdad que unas veces diga que sí que hay que liquidar el usufructo ganancial y otras que no; o dicho con otras palabras, ni siquiera se puede afirmar que haya un "grupo de Resoluciones" que digan que no hay que liquidar el usufructo ganancial.

En efecto, luego veremos que en nuestra opinión la Resolución de 1991 no se puede incluir en este grupo y que la única Res. que excluye directamente la liquidación del usufructo es ésta de 1975. Y aún así luego veremos un aspecto que - hasta donde sabemos- no ha sido resaltado suficientemente por los comentaristas y que tal vez convierta a esta antigua, única y solitaria Resolución, no sólo en algo desfasado y que no ha tenido continuación, sino en algo tan excepcional que no puede ser aplicado o extrapolado a otros supuestos.

Con lo que sí estamos completamente de acuerdo es con R.L. cuando dice ***"Más adelante veremos que la necesidad de liquidación y adjudicación, que este fallo rechaza, va a ser convertida en regla general por el propio Centro Directivo...".***

R. 31 ENERO 1.979

Esta Resolución inicia la larga serie de las que de manera uniforme y constante exigen la liquidación del usufructo ganancial.

Se trataba de que un cónyuge casado en gananciales había comprado él sólo un usufructo vitalicio. Pues bien, una vez fallecido el cónyuge no titular el Registrador y la DGRN exigen que en la liquidación de los gananciales se incluya el usufructo.

R.L. hace unos comentarios con los que estamos totalmente de acuerdo y que resumimos asi:

-El usufructo no es personalísimo sino que es transmisible ***" ... el carácter personalísimo que tenía el derecho de usufructo en el Derecho Romano, aparece fuertemente contestado por la mayoría de la doctrina y no ha pasado, desde luego, a la legislación española, la cual autoriza su enajenación plena y prevé su hipotecabilidad".***

-El usufructo puede ser ganancial ***"... reconocida la posibilidad de que el usufructo tenga naturaleza ganancial, queda claro que al usufructo de tal carácter, le son de aplicación las normas generales de los bienes gananciales, y entre ellas, las que regulan su liquidación y adjudicación...".***

-En la liquidación de gananciales el usufructo se puede adjudicar tanto al supérstite como a los herederos del premuerto ***"... esta R. de 1979 establece esta posibilidad de transmisión hereditaria al exigir la liquidación ganancial y permitir que el derecho se adjudique 'en la forma que determinen todos los interesados'.. cabe que en tal liquidación el derecho se asigne tanto al cónyuge sobreviviente, como a los herederos del fallecido...".***

R. 25 FEBRERO 1993

El caso al que se refiere la presente Resolución es más complejo que el de la de 1979, puesto que no se trata de un usufructo ganancial simple, sino conjunto; R.L. lo resume así: ***"Unos cónyuges en gananciales compran, constante su matrimonio, el usufructo vitalicio de una finca, estableciendo que sólo se producirá la consolidación transcurrido el plazo de la vida más larga".***

El caso es que una vez fallecido uno de los cónyuges (y contra la opinión del Notario) tanto el Registrador como la DGRN exigen que se liquide el usufructo.

Cuando R.L. explica la Resolución lo hace con una serie de frases que hacemos propias por estar totalmente de acuerdo con ellas:

-Se podrá discutir si un concreto usufructo es o no ganancial, pero una vez fijado su carácter ganancial ya no se puede sustraer a las normas que regulan este régimen matrimonial, incluido -obvio es decirlo- el sistema de liquidación; literalmente se lee "***La D.G., utiliza, con abandono de los demás un único y determinante elemento decisorio: el carácter ganancial o privativo del usufructo; si el usufructo es ganancial procede su liquidación y adjudicación".***

-Lógico correlato de lo anterior es que no hay excepciones a la liquidación del usufructo ganancial, y si un determinado usufructo se excluye de la misma es por la sencilla razón de que, en realidad, no era ganancial sino privativo; literalmente "***No parece vislumbrarse otra manera de excluir el usufructo ganancial de la liquidación, que la de sustraerlo previamente a su condición de tal derecho ganancial para convertirlo en privativo...".***

-Ahora bien, la situación en el Cc era bastante peculiar a este respecto antes de la reforma de 13/5/1981 pues (aparte de que con el antiguo Reglamento Hipotecario "la ganancialidad absorvía a la titularidad"; luego volveremos sobre esto) como resultaba que estaba excluida la contratación entre cónyuges y no se admitía la confesión de privaticidad, tampoco existía la posibilidad mencionada en

el apartado anterior y al no poder traspasar el usufructo (ni ningún otro derecho) del patrimonio ganancial al privativo, el usufructo ganancial siempre debería de incluirse en la liquidación; R.L. lo dice así ***"afirma el centro Directivo que dándose los presupuestos para la adquisición ganancial (título oneroso, a costa del caudal común y constante matrimonio) el usufructo será ganancial, ya se haga la adquisición para la comunidad, ya para uno sólo de los esposos o ya "como aquí ocurre", y quiero poner énfasis en estas palabras y en las siguientes, se haga la adquisición a favor de los dos, y a partir de determinado evento, la muerte de uno de ellos, a favor del cónyuge que sobreviva, porque ni siquiera la voluntad expresa de ambos cónyuges podía, en el régimen derogado, sustraer el bien a la calificación de ganancial"*** Y más adelante, refiriéndose a esa posibilidad de traspasar el usufructo del patrimonio ganancial al privativo, añade "***... en opinión de la D. G., incluso la voluntad expresa de ambos cónyuges era insuficiente en el régimen derogado".***

Hasta aquí los comentarios a la Res. de 1993, y a partir de aquí comienzan unas reflexiones de R.L. que hemos de matizar a lo largo de estas líneas, como su opinión favorable a que no se liquide en los gananciales el usufructo conjunto y que sólo colacione su valor, para que no cambie la titularidad del usufructo que pasa al supérstite.

R. 21 ENERO 1.991

R.L. resume así el supuesto de hecho esta resolución ***"El marido con el consentimiento de su esposa dona a la hija de ambos la nuda propiedad de una finca ganancial, "reservándose para si el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo con su esposa"".***

Lo primero que nos interesaría destacar es que esta resolución no se ha de incluir en el grupo de las que dicen que no es necesaria la auténtica liquidación en los gananciales del usufructo conjunto ganancial. No. Bien al contrario esta resolución da por supuesto que el usufructo ganancial ha de incluirse en la liquidación; lo que de verdad se plantea en la misma es que "ese concreto usufructo", en los "concretos términos" y en la "concreta forma" en que se constituyó en realidad no era ganancial sino privativo y, lógicamente, al no ser ganancial no ha de incluirse en la liquidación.

Esta resolución se remite a la de 25/9/90 (luego confirmada por otras muchas: 7 y 26/10/92, 11/6/93 etc.) que admitió que por un "pacto debidamente causalizado" se pueden trasvasar bienes de los patrimonios privativos al ganancial y viceversa. Pues bien, considera la DGRN que el constituir el usufructo no sólo como "conjunto" sino, además, como "sucesivo", eso tiene que significar algo más, que no puede ser otra cosa que la exclusión de la ganancialidad por traspaso del usufructo al patrimonio privativo.

¿Considera la DGRN en esta Resolución que añadir al carácter "conjunto" del usufructo el de "sucesivo" es suficiente "pacto causalizado" para producir ese traspaso del patrimonio ganancial al privativo?. Evidentemente, a la vista de lo en definitiva resuelto, la respuesta es que sí es suficiente. Sí,... pero con reservas.... con muchas reservas. La DGRN parece que es consciente de lo débil de su posición; R.L. lo explica así con su autorizada opinión ***"Jamás en las muchas Resoluciones que llevo consultadas he observado una reserva mayor, la D.G. no se recata en revelar que la que recoge es una opinión unánime y pacífica de los intervinientes en el recurso, pero se cuida muy mucho de darnos la suya propia".***

¿Considera R.L. que es suficiente "pacto causalizado" el constituir el usufructo con carácter "sucesivo" añadido al de "conjunto"?. Es dificil el dar una respuesta tajante, ya que si bien es cierto que en el capítulo de CONCLUSIONES (que veremos enseguida) considera que sí es suficiente, al explicar esta Resolución parece francamente contrario a esta posibili-

dad. En efecto, R.L. expone las razones que podrían avalar la suficiencia de ese término "sucesivo" para producir la mutación ganancial, pero una vez expuestas las considera de poca entidad y mucho más fuerte el argumento contrario; lo dice con estas palabras ***" ... a la escasa fortaleza de esas razones se añade, como esencial argumento contrario, la ausencia de una clara voluntad de los cónyuges de abordar la mutación ganancial, que de haberla querido habrían podido perfectamente expresarla."***

Por lo demás, R.L. insiste al explicar esta Resolución en su opinión (que luego matizaremos) de que, en realidad, el único medio de liquidar el usufructo conjunto es la colación de su valor y de que en el usufructo conjunto, al fallecer un cónyuge se transmite al supérstite, lo dice así ***"... al fallecimiento de uno de los cónyuges, pasará íntegro al sobreviviente y quedará excluido como tal de la liquidación..."***.

USUFRUCTO CONJUNTO Y COUSUFRUCTO

En este apartado, R.L. resalta las diferencias que hay entre la comunidad romana por cuotas sobre el usufructo y el auténtico usufructo conjunto ***"Comunidad proindiviso y titularidad conjunta son dos cosas bien diferentes... El cousufructo romano no es un usufructo conjunto..."***.

LOS ARTS. 987 Y 521 DEL C.C.

R.L. considera que el Art. 987 no se aplica a la comunidad ya constituida sobre el usufructo, sino al momento anterior a su adquisición y que el Art. 521, se puede referir tanto al usufructo conjunto como al sucesivo y, que en realidad no lleva necesariamente, en sí, el derecho de acrecer; dice así ***"No es necesario insistir en la inaplicabilidad del art. 987 a cualquier tipo de comunidad de usufructuarios ya constituida. Este precepto se refiere a la vocación al derecho de usufructo, al instante previo a la adquisición definitiva y adjudicación del derecho, y por eso está incardinado dentro de las normas que regulan el derecho de acrecer en las sucesiones hereditarias."*** Y refiriéndose al Art. 521 ***"Que un usufructo deba estar constituido "en provecho" de varias personas, no significa ni mucho menos cotitularidad actual. Parece, en consecuencia, mucho más acertado situarse en la línea doctrinal de los que entienden que el precepto se refiere y aplica tanto al usufructo simultáneo como al sucesivo.*** Y más adelante refiriéndose al mismo Art. ***"... la consecuencia o el efecto que la norma consagra es pura y lisamente la siguiente: el usufructo así constituido no se extinguirá hasta la muerte de la última persona que sobreviva... Se está consagrando un efecto de pervivencia del derecho, pero en modo alguno se establece el destino de la parte del mismo que corresponda a los que vayan falleciendo. Ese destino podrá fijarse por el título constitutivo del usufructo o en su defecto por las normas legales, pero, desde luego, no lo determina este art. 521"***.

En los apartados siguientes de este artículo matizaremos estas opiniones

LA POSIBILIDAD DE DERECHOS CONJUNTOS

En este apartado R.L. examina la posibilidad de construir en nuestro derecho una categoría de cotitularidad "conjunta" y parece que le da a esta categoría la calificación de "género", una de cuyas especies sería la comunidad germánica. Pues bien, R.L. comienza advirtiendo que ***"Hay que partir reconociendo que nuestra doctrina es poco proclive a la admisión de derechos conjuntos."*** Sin embargo continúa diciendo que hay ciertas excepciones ***"Hay derechos en los que la conjunción o la solidaridad con ausencia de cuotas partes, puede perfectamente apreciarse ... :***

-Los especiales casos de comunidad germánica que nuestra legislación especial configura, como los montes vecinales en mano común.

-El muy corriente caso de los bienes gananciales, entendido como un supuesto similar al de la comunidad germánica.

-Las servidumbres personales, para las que el art 531 C.C. determina que pueden establecerse "en provecho de una o más personas o de una comunidad..

-La hipoteca con pluralidad de acreedores solidarios.. la especial comunidad surgida de la situación de los engalabernos o casas empotradas...".

Pues bien, R.L. sigue insistiendo en su tesis de que la conjunción y acrecimiento en el usufructo y las servidumbres no es un efecto legal sino convencional. En efecto, dice así ***"... deben, en mi opinión, distinguirse los dos siguientes grupos. En primer lugar están los derechos en los que la conjunción se establece por ley, como sucede con los montes vecinales en mano común y con los bienes gananciales.. Por el contrario en los derechos en los que la conjunción haya surgido del acto o convenio voluntario... Tal sucede con las servidumbres (cifr. Art, 598 C.C.) y lo mismo puede decirse del usufructo (cifr. Art 470)...".***

Por último, R.L. admite la posibilidad de que en el usufructo puedan concurrir dos conjunciones la de la titularidad y la de la ganancialidad, aunque no le da la trascendencia que nosotros le damos, puesto que para él ha de provenir de un pacto mientras que para nosotros existe por declaración legal salvo que desde un principio el usufructo constituido a favor de ambos cónyuges se hubiera excluido de acrecimiento. Lo dice con estas palabras ***"Admitido el pacto de acrecimiento en el usufructo sucesivo, nada debería oponerse a la posibilidad de esta yuxtaposición de conjunciones, con sus singulares efectos".***

CONCLUSIONES

Si no le entendemos mal R.L. distingue claramente cuatro casos:

a) el de la Res. de 1979 en que como hemos visto se trataba de un usufructo ganancial simple a favor de un cónyuge, en el que fallecido el otro no titular, no se ve inconveniente en que el supérstite tenga que liquidar el usufructo con la subsiguiente posibilidad de que se pueda adjudicar a los herederos del premuerto.

b)El de la Res. de 1993 de usufructo conjunto a favor de ambos cónyuges constituido antes de la reforma del Cc. de 13/5/1981, en el que tanto si **"no"** ha habido pacto de acrecimiento, conjunción o de ser sucesivo, como si **"sí"** lo ha habido (pues sería nulo de pleno derecho al estar prohibida la contratación entre cónyuges) el supérstite tiene que liquidar el usufructo con la subsiguiente posibilidad de que se pueda adjudicar a los herederos del premuerto.

c)El de esa misma Res. de 1993 de usufructo conjunto, constituido después de la reforma de 13/5/81, sin especial pacto de acrecimiento conjunción o de ser sucesivo, en el que el supérstite tiene que liquidar el usufructo con la subsiguiente posibilidad de que se pueda adjudicar a los herederos del premuerto.

d) El de la Res. de 21/1/1991 de usufructo conjunto con especial pacto de conjunción y de ser sucesivo en el que el supérstite no tiene que liquidar el usufructo en sentido estricto, sino que basta que colacione su valor en el inventario ganancial.

Pues bien, luego iremos matizando estas afirmaciones puesto que para nosotros no existen cuatro casos sino uno sólo; todos los posibles casos se acaban reconduciendo al de un cónyuge único titular de un usufructo ganancial.

Rafael Rivas Andres.

Beatríz Sáenz de Jubera Higuero. Becaria de FPU. Área de Derecho Civil. Departamento de Derecho. Universidad de la Rioja.

PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA RELACIÓN JURÍDICO-HIPOTECARIA *[1]

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.

II.- MODOS DE ARTICULARSE LA PLURALIDAD EN LA RELACIÓN JURÍDICO-HIPOTECARIA.

III.- REFLEJO DE LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

IV.PLURALIDAD DE HIPOTECANTES Y/O TERCEROS POSEEDORES.

V.PLURALIDAD DE ACREEDORES HIPOTECARIOS.

1.- Cotitularidad en mano común.
2.- Cotitularidad solidaria.
3.- Cotitularidad mancomunada o parciaria.

VI.PLURALIDAD DE DEUDORES.

1.- Cotitularidad en mano común.
2.Cotitularidad solidaria.
3.- Cotitularidad mancomunada o parciaria.

VII.CONCLUSIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN

En la relación jurídico-hipotecaria nos podemos encontrar con las siguientes situaciones de cotitularidad, que también pueden aparecer combinadas:

- Pluralidad activa o de acreedores hipotecarios. Es la que más discusiones doctrinales y resoluciones judiciales y de la DGRN ha suscitado.

(*) Anteriormente publicado en la *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR), en su número 1, de junio de 2003 (puede consultarse esta revista en la siguiente dirección: htp://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/intro.htm).

[1] Este trabajo se integra en el proyecto de investigación rubricado "*La tutela extrajudicial del crédito: hacia un nuevo sistema de seguridad jurídica preventiva*" (ref BJU2000-1178- CO2-02, en el marco del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento del Ministerio de Ciencia y Tecnología para el trienio 2001-2003), del que es investigador principal el Prof Dr. D. Pedro de Pablo Contreras (Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja).

- Pluralidad de hipotecantes o, en su caso, terceros poseedores adquirentes del bien gravado.

- Pluralidad de deudores. Esta circunstancia puede quedar cubierta por una situación de pluralidad de hipotecantes en caso de que el deudor hipoteque un bien propio.

Resulta de alto interés práctico analizar las posibilidades de actuación de los distintos sujetos y, especialmente, los efectos que esa conducta tendrá sobre la hipoteca y en el Registro. Si bien son muchos los supuestos y actos en los que es interesante este análisis, en este trabajo me he centrado en la fase de ejecución, de cumplimiento y exigencia de la prestación.

En cualquiera de las tres situaciones hay que tener en cuenta los principios de accesoriedad, indivisibilidad y especialidad, que pueden verse afectados por la división del crédito o la deuda entre distintos sujetos o por la posibilidad de ejercicio individual de las acciones correspondientes.

En este caso, ante la indivisibilidad del derecho de hipoteca ex art. 1.860 CC, ¿cabe una actuación individual de cada sujeto o todos deben proceder conjuntamente?; si se admite la actuación individual, ¿en qué medida afectará la misma al resto de cotitulares y a la propia existencia de la hipoteca?.

Tales interrogantes son prácticamente los mismos que surgen en caso de pluralidad subjetiva en las obligaciones en general. Por tanto, habrá que atender al modo en que puede organizarse esa cotitularidad (parciariedad, solidaridad, en mano común) y, en su caso, al plano de las relaciones internas y externas (a este plano será al que afecte más la hipoteca) entre los sujetos. Si bien ahora también habrá que prestar atención a la influencia de los principios mencionados (indivisibilidad, especialidad y accesoriedad).

Estas situaciones complejas pueden ponerse de manifiesto a priori, en el momento de constitución de la hipoteca, o a posteriori, tras dicha constitución a través, por ejemplo, de una cesión parcial o una subrogación parcial en el crédito, o por la transmisión total o parcial del bien hipotecado a distintos sujetos o por novación de la posición deudora [2].

Si la pluralidad es originaria, nos podremos encontrar con criterios convencionales de solución para eventuales problemas o dificultades que puedan surgir; criterios que en el momento de la inscripción de la hipoteca habrán sido controlados por el Registrador.

Sin embargo, si la pluralidad es sobrevenida, probablemente tales pactos no existirán.

En consecuencia, ¿qué régimen aplicaremos en caso de pluralidad sobrevenida o de pluralidad originaria en la que o no se haya previsto nada por las partes o lo pactado no sea suficiente por no atender a todas las vicisitudes?. Las normas y criterios relativos a estos supuestos contenidos en el Código civil y en la Ley y Reglamento hipotecarios son escasos. Se acoge un modelo de relación jurídico-hipotecaria partiendo de la unipersonalidad en las distintas posiciones subjetivas y, por tanto, no se presta atención a los diferentes modos de organizarse la pluralidad[3].

---

[2] En cuanto a la cesión del crédito a varios sujetos o la cesión parcial, es interesante la clasificación que AZPITARTE CAMY hace de las situaciones resultantes (vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios" en *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 334-335). Según este autor habría que distinguir entre:

- Cesión que provoca situación de cotitularidad. No se divide el objeto del crédito y se transfieren o retienen cuotas indivisas del mismo; es decir, facultades idénticas a las del crédito total, y, por tanto, facultades sustancialmente iguales para todos los acreedores, aunque cuantitativamente sean desiguales.

- Cesión que provoca situación de titularidad compartida. Aquí sí se divide materialmente el objeto del crédito, o su aprovechamiento económico, y se transfieren o retienen partes de dicho objeto que se fracciona y que, por tanto, son cualitativamente diferentes.

[3] Vid. VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores (Cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 13 ss.

No existe un determinado régimen legal supletorio para estos casos. Por tanto, habrá que acudir a las normas generales sobre cotitularidad jurídico obligacional (arts. 1.137 ss CC) y sobre la comunidad (arts. 392 ss CC), con las oportunas adaptaciones cuando la pluralidad se proyecta sobre un derecho indivisible como es la hipoteca.

Tal solución no está exenta de dificultades en cuanto se acude, en palabras deVERDERA SERVER, a "criterios que, o presuponen una relación meramente jurídico obligacional, o prescinden de la conexión entre situación jurídico-real y derecho de crédito[4]"

II.- MODOS DE ARTICULARSE LA PLURALIDAD EN LA RELACIÓN JURÍDICO-HIPOTECARIA.

Entre las distintas formas en que puede organizarse una situación subjetivamente compleja en este ámbito, nos fijaremos únicamente en las siguientes: en mano común, mancomunidad o parciariedad y solidaridad.

En virtud del principio de accesoriedad, la pluralidad en la hipoteca seguiría la configuración que existe en la obligación o crédito garantizado[5]

Ahora bien, según BLASCO GASCÓ[6] cabe que las partes o cotitulares pacten una ordenación distinta, aunque habría que tener en cuenta ciertas incompatibilidades derivadas de los principios de especialidad y accesoriedad.

Así, este autor entiende que tanto si la relación jurídico-obligacional se configura en régimen de solidaridad como en mano común, los acreedores hipotecarios podrían ordenar tal cotitularidad en la hipoteca indistintamente como solidaridad o bajo el régimen de las obligaciones en mano común, actuando siempre colectivamente. Pero no cabría configurar la relación jurídico-hipotecaria como parciaria en estos casos salvo que haya distribución del crédito. La parciariedad en la hipoteca existirá siempre que en la relación obligatoria se acoja ese régimen.

III.- REFLEJO DE LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Sobre esta cuestión, si bien con referencia únicamente a la pluralidad activa o de acreedores hipotecarios, se han pronunciado tanto la DGRN como la doctrina.

Así, pues, la DGRN, en sus Resoluciones de 28 de julio de 1998, de 23 de marzo de 1994 y de 1 de marzo de 1994 (además de las que en

---

[4] VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca afavor de dos o más acreedores..., op. cit.,* p. 32.

[5] Vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., P. 377 y CORDERO LOBATO, Encarna: "Obligaciones asegurables con Hipoteca Inmobiliaria: requisitos generales y modalidades", en CARRASCO PERERA, Ángel [et al.]: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, p. 530-531.

Por otro lado, como opinión aislada en nuestra doctrina, cabe señalar la sostenida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que se basa en la total independencia del crédito y la hipoteca y en el carácter indivisible de esta última. Afirma que, a pesar de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito, la hipoteca es un derecho distinto y además indivisible, por lo que, ante la pluralidad subjetiva cualquiera que sea su ordenación, el ejercicio de las acciones hipotecarias se deberá hacer conjuntamente por todos los acreedores: vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario,* 2ª edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, p. 483 (citado por AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", *op. cit., p*. 349).

[6] BLASCO GASCÓ. Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 92 ss.

ellas se citan), pone de manifiesto la necesidad de especificar en el asiento registral el carácter solidario o mancomunado de la cotitularidad en el derecho, y, en este último caso, la concreta cuota del crédito garantizado que corresponde a cada acreedor de modo que quede debidamente precisada la extensión y alcance del derecho inscrito, "sin que sea suficiente (...) la mera presunción de igualdad derivada de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, presunción que en modo alguno define, dado su carácter de tal (vid. artículo 1.251 del Código Civil) la verdadera extensión del derecho de cada acreedor". Tal determinación precisa e inequívoca del contenido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro es exigida "a fin de facilitar la fluidez y seguridad de su tráfico jurídico" y en desenvolvimiento del principio de especialidad previsto en los arts. 9, 11 y 12 LH y 51 y 54 RH (RDGRN de 23 de marzo de 1994).

Respecto de los créditos solidarios, la DGRN (entre otras, en su Resolución de 15 de febrero de 2000) no exige la determinación de la participación de cada acreedor en el mismo. Esas cuotas pertenecen al ámbito de las relaciones internas y quedan al margen del Registro y de la hipoteca, así como del deudor y los terceros que adquieran derechos sobre el bien hipotecado[7]

A pesar de la aparente claridad con la que se expresa la DGRN en estas Resoluciones, en nuestra doctrina se ha discutido la necesidad de que se hagan constar las cuotas específicas de los acreedores en los créditos solidarios y en los créditos en mano común.

Para ROCA SASTRE "no es preciso este requisito, a base de que en estos casos no existen cuotas o porciones ideales, a las que se refiere el art. 54 RH, y de que las citadas Resoluciones se produjeron frente a supuestos de obligaciones mancomunadas simples"[8]. Igual opinión les merece esta cuestión a GONZÁLEZ LAGUNA y a MANZANO SOLANÓ[9].

BALLARÍN MARCIAL[10], por su parte, considera que la especificación de las cuotas en caso de créditos solidarios puede resultar conveniente pero no es indispensable.

Sin embargo, AZPITARTE CAMY[11] cree necesaria esa constancia registral de las cuotas en el crédito solidario y BLASCO GASCÓ[12] lo exige para los supuestos de créditos en mano

---

[7] Vid. VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores...,* op. cit., p. 68-70 y CORDERO LOBATO, Encarna: "Obligaciones asegurables con Hipoteca Inmobiliaria: requisitos.generales y modalidades", en CARRASCO PERERA, Ángel (et. al): Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit., p. 530-531.

[8] ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: Derecho Hipotecario, tomo VIII, Hipotecas, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1998, p. 285.

[9] Vid. GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel y MANZANO SOLANO, Antonio: "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos", RCDI, núm. 566, enero- febrero, 1985, p. 209.

[10] BALLARÏN MARCIAL, Alberto: "Titularidad solidaria" (conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de diciembre de 1958), AAMN, tomo III, Madrid, 1962, p. 205.

[11] Vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 372. De la misma opinión son GARCÍA GARCÏA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* Civitas, Madrid, 1994, p. 115 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario,* 2º edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, p. 483-484 (ambos citados por VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores..., op. cit.*, p. 79 y 82-83). Estos autores afirman que la solidaridad se referiría al crédito o derecho obligacional y no a la hipoteca; a la hora de inscribir habría que señalarse las cuotas de cada acreedor en el crédito pues al considerarse la hipoteca como un derecho real, no puede pertenecer solidariamente a varias personas.

[12] Vid. BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario, op. cit.,* p. 93.

común, constituidos en comunidad romana u ordinaria.

Estas Resoluciones se refieren a las cotitularidades constituidas originariamente pero no se pronuncian acerca de las sobrevenidas. Al no condicionar la DGRN la posible aplicación del art. 54 RH al carácter originario o sobrevenido de la pluralidad, parece que lo señalado en esas Resoluciones cabe aplicarlo a ambos casos[13].

En cuanto al reflejo en el Registro de la Propiedad de las otras dos posibles situaciones de cotitularidad con que nos podemos encontrar, se puede señalar que, por lo que respecta a la pluralidad de hipotecantes o de terceros poseedores, esta cotitularidad se pondrá de manifiesto en el correspondiente asiento en que se refleje que el bien hipotecado es propiedad de varios sujetos (ya sean éstos quienes los hipotecan ya sean los que los hayan adquirido tras la constitución de la hipoteca).

Respecto a la pluralidad pasiva, también será necesario, en virtud del principio de especialidad o determinación (art. 9 LH), que en la inscripción se haga constar el carácter solidario o mancomunado de la deuda y, en este último caso, señalar asimismo la cuota de participación de cada deudor en la deuda garantizada con la hipoteca (aplicación analógica del art. 54 RH)[14].

Tanto en el caso de que la situación subjetivamente compleja tenga lugar en la posición activa como en la pasiva, lo que, a mi juicio, sí sería relevante es precisar en el Registro los distintos plazos o condiciones afectantes a cada sujeto, en el caso de que se haya constituido una solidaridad no uniforme ex art. 1. 140 CC.

Por otro lado, ante una hipoteca de seguridad, en concreto de máximo (en la que la cuantía de la deuda o crédito garantizado no está perfectamente determinada sino que simplemente se ha señalado un máximo), las cuotas de participación que deben especificarse en la inscripción de la hipoteca en el Registro en caso de mancomunidad, vendrán referidas a ese importe máximo[15].

IV.- PLURALIDAD DE HIPOTECANTES Y/O TERCEROS POSEEDORES.

La cotitularidad en el derecho de propiedad sobre el bien o los bienes hipotecados da lugar a un régimen de comunidad de bienes, regulado en los arts. 392-406 CC, aunque sobre tal situación entra en juego en primer lugar la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) a través de los contratos, pactos o convenios celebrados entre los comuneros [16].

Esta situación se manifestará no sólo respecto de los varios hipotecantes sino también en el caso de que el bien gravado se enajene totalmente a varios sujetos (terceros poseedo-

---

[13] Vid. VERDERA SERVER, Rafael: La hipoteca a favor de dos o más acreedores..., op. cit., p. 7 1.

[14] Vid. ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: Derecho Hipotecario, tomo VIII, Hipotecas, op. cit., p. 266 y CORDERO LOBATO, Encarna: "Obligaciones asegurables con Hipoteca Inmobiliaria: requisitos generales y modalidades", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al]: Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit., p. 531.

[15] Vid. CORDERO LOBATO, Encarna: "Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al.]: Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit., p. 723.

[16] El art. 392 CC señala: *"Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidadpor las prescripciones de este título [Título III del Libro II)*

res adquirentes de la finca hipotecada) o bien se enajene la cuota de uno de los comuneros a una persona ajena a la comunidad,

Nuestro Código civil acoge el sistema de organización de la comunidad romana. Como consecuencia de considerar la situación de comunidad como algo desventajoso, se da preferencia a los propios sujetos, concediéndoles derechos exclusivos sobre una determinada cuota o parte del bien común y reconociéndoles la facultad de pedir la división y salir de la comunidad.

Respecto de la cuota singular cada comunero tiene plena disposición, teniendo facultad para enajenarla y constituir un gravamen sobre ella. Los efectos de tal actuación en relación a los demás condueños estarán limitados a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad (art. 399 CC).

Cada sujeto participará en los beneficios y cargas en proporción a las cuotas que tengan, que, salvo prueba en contrario, se presumen iguales (art. 393 CC). Las cuotas serán también las que se tengan en cuenta a la hora de computar la mayoría necesaria para decidir los actos de administración y mejor disfrute de la cosa común (art. 398 CC).

Respecto de la cosa común, cada partícipe podrá servirse de la misma, pero siempre conforme a su destino y sin perjudicar a la comunidad ni al ejercicio de los demás comuneros (art. 394 CC).

Por su parte, el art. 397 CC dispone:

"Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos".

Por lo tanto, la decisión de constituir un gravamen como la hipoteca sobre el bien común debe ser unánime, pues ello conlleva una alteración del régimen de la comunidad. De igual modo en el caso de enajenación total del bien, aún después de constituir la hipoteca[17].

La existencia de pluralidad de hipotecantes o terceros poseedores constituidos en régimen de comunidad de bienes tiene incidencia en la relación jurídico-hipotecaria únicamente en la medida en que la decisión de constituir la hipoteca y la de enajenar el bien gravado exige la decisión unánime de todos, así como en el hecho de que serán varios los sujetos que puedan sufrir las consecuencias del impago del crédito garantizado, al ver ejecutada la hipoteca sobre sus bienes; serán varios los que tengan que acudir al proceso ejecutivo, judicial (arts. 681 ss LEC) o extrajudicial (arts. 234 ss RH), como propietarios hipotecantes o terceros adquirentes del bien hipotecado.

Ahora bien, puede darse el caso de que la pluralidad de hipotecantes o terceros poseedores se corresponda con la existencia de una pluralidad de bienes hipotecados, de manera que entre los sujetos no exista comunidad sino que sean cada uno propietario de uno de los bienes gravados[18].

En este caso, habría que atender a los arts. 119-125 LH que acogen la regulación de los supuestos en que existe pluralidad de bienes hipotecados, exigiéndose, en virtud del princi-

---

[17] Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil, volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 72 ss.

[18] Cabría también la existencia de comunidad entre alguno de los sujetos sobre uno o varios bienes y además que los demás sean únicos titulares individuales del resto de los bienes hipotecados. En este caso, las incidencias vendrían determinadas conforme a lo que se indica para cada una de las situaciones.

pio de especialidad registral, la determinación en el Registro de la Propiedad de la parte de responsabilidad hipotecaria que cada bien deba soportar[19].

El art. 119 LH dispone:

"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".

De esta manera, a la hora de adquirir uno de los bienes hipotecados se sabe con certeza cuál es la cantidad por la que responde el mismo y, en consecuencia, por la que puede ser ejecutado. El tercer poseedor adquirente del bien sólo sufrirá, en su caso, la ejecución de la hipoteca por el importe de la responsabilidad fijada registralmente desde el principio. Más allá de esa cantidad el tercero es inmune a la prelación crediticia determinada por la hipoteca (cfr. arts. 120 y 121 LH).

Por su parte, el art. 123 LH, en su primer párrafo, señala que cuando la pluralidad objetiva es sobrevenida, como consecuencia de la división de la finca hipotecada en varias, para que exista distribución de la responsabilidad hipotecaria deben acordarla el acreedor y el deudor. El acreedor está, en este caso, renunciando a la indivisibilidad de la hipoteca.

Es como si existieran tantas hipotecas como bienes, aunque, eso sí, respecto de cada bien y la parte de crédito a él asignada, la hipoteca mantiene su típico carácter indivisible[20.]

Ahora bien, en caso de que esa distribución del crédito entre los distintos bienes no se lleve a cabo, cualquiera de los varios titulares podrá ver ejecutado su concreto bien por la totalidad del crédito garantizado (art. 123 LH), tal y como si existiera una solidaridad pasiva (cfr. art. 1.144 CC).

Del mismo modo, en caso de pago total (evitando la ejecución o a través de la ejecución misma), ese hipotecante no deudor o tercer poseedor adquirente del bien hipotecado se subrogará, ex arts. 1.210, apartado tercero, y 1.212 CC, en todos los derechos y privilegios con los que contaba el acreedor frente al deudor. Igualmente podrá dirigirse contra los demás hipotecantes o terceros poseedores, pero no por la totalidad de la deuda, sino sólo proporcionalmente (cfr. arts. 1.145, segundo párrafo, y 1.844 CC, respecto de los cuales se procede a su aplicación analógica)[21].

Por otro lado, el art. 124 LH prevé la posibilidad de, una vez realizada esa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas, cancelar parcialmente la hipoteca

---

[19] Esta distribución del crédito entre las distintas fincas hipotecadas, según el art. 216 RH, se realizará mediante convenio entre las partes (en el mismo título de constitución de hipoteca o en otro documento público o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él o cuyas firmas estén legitimadas) o mandato judicial.

[20] Vid. CORDERO LOBATO, Encarna: "El objeto de la Hipoteca Inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al.]: *Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit.*, p. 510.

[21] Por supuesto, en caso de que entre los hipotecantes se encuentre el deudor, si éste es el que al final paga al ejecutarse su finca o antes, no podrá ir contra ninguno de los demás hipotecantes o terceros poseedores, por ser todos ellos extraños a la obligación garantizada.

Respecto a la posibilidad de que el hipotecante no deudor se subrogue en los derechos del acreedor, el Tribunal Supremo (en, entre otras, la STS de 23 de marzo de 2000) se muestra contrario, a diferencia de un amplio sector de la doctrina. Cfr. BERCOVITZ RODRíGUEZ- CANO, Rodrigo: "Ejecución hipotecaria: acciones del poseedor del bien hipotecado (tercero hipotecante) frente al deudor y frente a fiadores solidarios del deudor (Comentario a la sentencia de 23 de marzo de 2000)", CCJC, 2000, núm. 53, p. 879-887; Cordero LOBATO, Encarna: "El objeto de la Hipoteca Inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al.]: *Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit.,* p. 510-511; y PANTALEÓN PRIETO, Fernando: "Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del «fiador hipotecario»", *Diario La Ley, 2002,* núm. 5.537, p. 1-5.

en cuanto afecte a un determinado bien si se paga la cantidad del crédito afectante a la misma y así se exige "por aquél a quien interese".

Esta es una regla excepcional, atendiendo al carácter indivisible de la hipoteca (art. 1.860 CC) y a la no obligación del acreedor a admitir pagos parciales (art. 1.169 CC).

Así pues, si el acreedor hipotecario acepta el cumplimiento parcial podrá pedirse esa cancelación parcial. Ahora bien, no podrá negarse al pago parcial si el que lo realiza es un tercer poseedor del bien hipotecado, no subrogado en el crédito (cfr. art. 221 RH)[22].

V.- PLURALIDAD DE ACREEDORES HIPOTECARIOS.

En este trabajo me centraré en los supuestos de pluralidad de acreedores hipotecarios en una misma relación jurídica, dejando, en principio, a un lado los supuestos en los que existe pluralidad de acreedores pero también de créditos garantizados (como cuando se constituyen por una misma persona distintas hipotecas en garantía de diferentes créditos o un deudor garantiza con una sola hipoteca varios créditos pertenecientes a personas distintas [23]).

1.- COTITULARIDAD EN MANO COMÚN.

Esta forma de ordenación de la pluralidad subjetiva es, en principio, extraña a nuestro ordenamiento, aunque sus mismos efectos y régimen se reconocen a los supuestos de obligaciones mancomunadas con objeto indivisible (art. 1.139 CC). Asimismo, podría surgir esta configuración en virtud de la autonomía privada ex art. 1.255 CC.

En estos casos, al igual que en el crédito, se atribuye la titularidad de la hipoteca a todos, como si fueran una única persona.

Este tipo de cotitularidad exige que los acreedores actúen conjuntamente[24] . Por lo tanto, todos deberán decidir y ejercitar las acciones tendentes a la conservación de su derecho y de los bienes sobre los que recae (como la acción de devastación del art. 117 LH) en la llamada fase de seguridad de la hipoteca; todos deberán acordar la cesión del crédito hipotecario; todos ejecutarán, llegado el momento, la hipoteca a través de la oportuna acción real hipotecaria y todos cancelarán totalmente la hipoteca en el Registro.

El problema surgirá cuando alguno de los acreedores se niegue a actuar; problema, por otro lado, propio de este tipo de configuración de las obligaciones; no específico de los supuestos en que existe una hipoteca que garantiza el cumplimiento de esa obligación.

En este caso, y aplicando la normativa civil sobre la comunidad de bienes, podría entenderse que la postura del sujeto no actuante supone un perjuicio para la comunidad y el resto de cotitulares al impedir, además, el uso del bien o derecho común (la hipoteca) conforme al destino propio del mismo (la garantía del crédito y, en su caso, su ejecución) (art. 394 CC). En consecuencia, podría exigirse la división de

---

[22] Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil,* volumen III, ..., op. cit., p.448-449.

[23] La DGRN rechaza, con base en el principio de especialidad, la constitución de una hipoteca única unitaria para garantizar créditos totalmente independientes entre sí, pero admite, ex arts. 227 y 241 RH, la constitución de varias hipotecas en garantía de distintas obligaciones pactándose la igualdad de rango. Vid, VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores.... op. cit.*, p. 15 ss y BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario, op. cit.*, p. 91.

[24] Vid., entre otros, ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario,* tomo VIII, *Hipotecas, op. cit.,* p. 277 y 285.

la hipoteca común y la configuración como parciaria (arts. 400-402 CC)[25].

2.- COTITULARIDAD SOLIDARIA

Los créditos solidarios se caracterizan por el reconocimiento a cada acreedor de la facultad para actuar individualmente exigiendo la total prestación con eficacia para todos.

Además, puede apreciarse la existencia de dos niveles: el de las relaciones externas (las que vinculan a acreedores y deudores y/o, en el ámbito hipotecario, los hipotecantes) y el de las relaciones internas (que surgen entre los varios acreedores, y es donde se determinan las posibles responsabilidades de cada uno, rindiendo cuentas de su actuación).

En el crédito garantizado con hipoteca nos encontramos con idéntica situación.

En primer lugar, atendiendo exclusivamente a la relación obligatoria existente entre los acreedores y el único deudor (hipotecante o no), hay que señalar que la existencia de solidaridad activa supone la aplicación del régimen típico de esta clase de obligaciones (arts. 1.137 y ss CC).

El deudor tiene la facultad de elegir al acreedor a quien pagar, una vez haya vencido la obligación, en principio, y siempre que no haya sido demandado judicialmente por uno de los acreedores (cfr. art. 1.142 CC). Ante el pago plenamente liberatorio de la deuda, la obligación se extingue y se producirá la rendición de cuentas entre los acreedores en la dimensión interna. Además, no se ejecutará la hipoteca y habrá que proceder a su cancelación.

En cuanto a los acreedores, cada uno individualmente podrá realizar cualquiera de los actos previstos en los arts. 1.141 y 1.143 CC (interrupción de prescripción, creación de gravámenes como la hipoteca, novación, compensación), atendiendo a la armonización que desde la doctrina se hace de estos dos preceptos[26].

Por supuesto, cada uno podrá decidir acudir a la acción personal o a la acción real hipotecaria para cobrar el crédito total. Claramente la decisión de ejercitar la acción personal puede considerarse un acto perjudicial para los demás acreedores, pues conlleva un mayor riesgo para el cobro que el ejercicio de la acción real hipotecaria (una acción que supone la sujeción del bien gravado a la satisfacción preferente de su crédito respecto de los demás posibles acreedores). Pero ese posible perjuicio se dirimirá en las relaciones intemas.

Respecto a la relación jurídico-hipotecaria, hay que apuntar la existencia de una sola hipoteca de la que todos son titulares y respecto a la cual cada acreedor puede actuar individualmente, produciendo tal conducta eficacia respecto de los demás acreedores (se ejecutará la totalidad de la hipoteca, a pesar del ejercicio de la acción por un solo acreedor).

Esa actuación individual puede hacerse efectiva en cualquiera de las dos fases de la hipoteca: tanto en la fase de seguridad (por ejemplo, a través del ejercicio de la acción de devastación) como en la de ejecución o de realización del valor (ejercicio de la acción real, ejecución de la hipoteca, cancelación de la misma ...), sin perjuicio de la responsabilidad que se dirimirá en la relación interna (cfr. arts. 1.141 y 1.143 CC).

Sin embargo, hay quien no está de acuerdo con esa posibilidad de ejercicio individual de

---

[25] Vid. CORDERO LOBATO, Encarna: "Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al.]: *Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit.,* p. 723.

[26] Cfr., entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La estructura y los sujetos de la obligación, Civitas,* Madrid, 1990, p. 282 ss; GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "Comentario de los arts. 1.137 a 1. 148 CC" *en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Artículos 1. 125 a 1. 155 del Código Civil,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XV, volumen 2º, EDERSA, Madrid, 1983, p. 265 ss; DíEZ-PICAZO, *Luis: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 189 ss; y BALLARÍN MARCIAL, Alberto: "Titularidad solidaria", op. cit., p. 187 ss.

un acreedor solidario con efectos para todos en el ámbito de un crédito hipotecario, fundamentalmente con base en la exigibilidad de determinar las cuotas de cada acreedor solidario en el crédito garantizado, la indivisibilidad de la hipoteca y la necesidad de distinguir entre el plano sustantivo obligacional y el plano registral[27].

Frente a esta postura cabe alegar que el régimen de las obligaciones solidarias recogido en el Código civil no aparece excepcionado para los supuestos en que el crédito está garantizado con una hipoteca. La hipoteca no puede suponer la disminución de facultades del acreedor solidario ni la alteración esencial del régimen de tal ordenación de la cotitularidad querida por las partes, sobre todo, si se atiende al carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito[28].

También existe controversia acerca de la posibilidad de que un solo acreedor cancele totalmente la hipoteca para todos.

Hay quien señala que no debe admitirse, no sólo porque afirman la imposibilidad de ejercicio individual de la acción real hipotecaria, sino también acudiendo a la prohibición de los actos perjudiciales ex art. 1141 CC, lo que supondría exigir para la cancelación de la hipoteca el consentimiento de todos[29].

Pero si atendemos a la doctrina dominante que armoniza este art. 1.141 CC con el art. 1143 CC, en el sentido de limitar la eficacia del art. 1141 CC a la relación interna de los acreedores, sí debiera admitirse esa posibilidad de cancelación individual, dejando que se dirima la posible responsabilidad para con el resto de coacreedores en las relaciones internas[30].

Los posibles perjuicios para los acreedores no actuantes que se derivarían del ejercicio individual de la acción real hipotecaria y la posterior cancelación de la garantía, en cuanto al riesgo de no verse satisfechos en su parte del crédito (argumento de los que niegan la posibilidad de cancelación total unilateral) son efectos propios de la existencia de la solidaridad, ya sea en un crédito ordinario o en un crédito hipotecario.

---

[27] Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* Civitas, Madrid, 1994, p. 115 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario,* 2ª edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, p. 483-484 (ambos citados por VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores..., op. cit.,* p. 79 y 82-83). Estos autores afirman la exigibilidad de la determinación registral de las cuotas de participación en el crédito garantizado, aun siendo de carácter solidario. Propugnan la conveniencia de distinguir entre plano sustantivo y plano registral. En este último ámbito, la solidaridad se referiría al crédito o derecho obligacional y no a la hipoteca. Según estos autores, a la hora de inscribir habría que señalarse las cuotas de cada acreedor en el crédito pues al considerarse la hipoteca como un derecho real, no puede pertenecer solidariamente a varias personas.

[28] Vid. VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores.... op. cit.,* p. 80 ss y AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", *op. cit.,* p. 370.

[29] Vid. GARCíA GARCíA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* Civitas, Madrid, 1994, p. 115 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, p, 484 (ambos citados por VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca afavor de dos o más acreedores.... op. cit.,* p. 83).

[30]Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II.... op. cit., p.* 189; GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "Comentario de los arts. 1.137 a 1.148 CC", op. cit., p. 266; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La estructura y los sujetos de la obligación, op. cit.,* p. 291; BALLARÍN MARCÍAL, Alberto: "Titularidad solidaria", op. cit., p. 204-205; AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 371-372; y ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario,* tomo VIII, *Hipotecas, op. cit., p.285.*

Esta nota de "peligrosidad" es lo que ha hecho de la solidaridad activa una figura poco atractiva y que en la práctica se limite a supuestos en los que entre los acreedores existan vínculos estrechos o de confianza y tengan suficiente solvencia patrimonial[31].

Cuestión distinta e interesante es qué ocurre ante una solidaridad activa no uniforme en la que existen distintos plazos de vencimiento afectantes a los diversos sujetos.

En este caso, como en cualquier otro crédito en estas circunstancias, el acreedor vinculado puramente o al que primero ha sobrevenido el vencimiento de la obligación no podrá reclamar los derechos afectados por plazos o condiciones especiales. Así que, si le reclama todo al deudor, éste podrá oponerle una excepción derivada de la aplicación analógica y armónica del primer inciso del art. 1.148 CC a estos supuestos de solidaridad activa.

Pero si sólo le reclama su parte vencida y esa parte no es cumplida ¿cabría ejecutar la hipoteca?; y esa ejecución ¿sería total o parcial?.

En mi opinión, sí cabría ejecutar la hipoteca, pues está se constituyó para garantizar a los acreedores solidarios el cobro del crédito total, y una vez que la obligación vence y no se cumple voluntariamente entra en juego la vía de ejecución de la hipoteca. El acreedor que primero ve vencida la obligación no tiene por qué esperar a los demás cotitulares para poder actuar, pues ello sería contradictorio con la propia esencia de la solidaridad (cfr. arts. 1.137, 1.141 y 1. 143 CC).

Así, en este caso, se ejecutará la garantía, pero sólo por el importe del crédito vencido y, por tanto, exigible[32].

Tal ejecución no se llevará a cabo si, tras el requerimiento previsto en el art. 686 LEC, en el momento de despachar la ejecución y antes de proceder a la subasta, el deudor, el hipotecante o los terceros poseedores requeridos pagan la deuda.

Pero, tanto se pague antes de la subasta como si se llega a ella, lo pagado o lo obtenido en el remate beneficiará a todos los acreedores.

Ahora bien, ese importe no puede imputarse a su concreta cuota pues, a pesar de la no uniformidad, seguimos estando ante una obligación solidaria y no parciaria, de modo que el acreedor actuante sigue siendo acreedor del resto de la obligación.

Eso sí, el importe del crédito se verá reducido, lo que se hará constar por nota marginal a la inscripción hipotecaria (art. 240, último inciso, RH). Pero la hipoteca permanecerá íntegra sobre el bien o bienes gravados, en virtud de los arts. 1.860 CC y 122 ss LH.

3.- COTITULARIDAD MANCOMUNADA O PARCIARIA.

Esta articulación de la pluralidad subjetiva, que en nuestro ordenamiento se presume a falta de previsión expresa de la solidaridad (art. 1.138 CC), supone que el crédito se divide en tantas partes como acreedores existan, "reputándose créditos distintos unos de otros" (art. 1.138 CC).

La cuestión fundamental en caso de créditos parciarios garantizados con hipoteca es cómo armonizar esa división del crédito en varios autónomos entre sí y el carácter indivisible de la garantía.

En estos supuestos, ¿también hay que considerar dividida la hipoteca en tantas partes como acreedores y créditos parciarios existan, lo que llevará a reconocer la posibilidad de ejercicio individual de la acción hipotecaria, con eficacia meramente parcial?, ¿o hay que

[31] Vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 367.

[32] En caso de que, tras haberse despachado la ejecución, venciere la obligación para otros acreedores, podrá ampliarse la ejecución en virtud del art. 578 LEC.

entender que en estos casos se debe exigir la actuación conjunta de la acción hipotecaria en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca?; ese eventual ejercicio aislado de la acción real hipotecaria, ¿debe motivar la subsistencia de la hipoteca a favor de los demás acreedores o debe suponer la cancelación total, para todos, de la garantía?.

Lo que hay que tener claro es que hay que deslindar perfectamente dos cuestiones: la posibilidad o no de ejercicio individual de la acción hipotecaria por cada acreedor parciario; y, por otro lado, la eficacia parcial o total de esa actuación individual en cuanto a la hipoteca, es decir, su cancelación parcial o total.

Como señala VERDERA SERVER "negar la eficacia total de una actuación individual en caso de crédito parciario no significa necesariamente exigir siempre una actuación conjunta (que obviamente dará lugar a una eficacia total). El conflicto se plantea en relación a la admisión y al alcance de la actuación singular". En los supuestos de crédito solidario o en mano común cabe hablar de cancelación total, pero no con los créditos mancomunados, pues "una actuación individual con eficacia total contradice los principios de la cotitularidad parciaria[33]".

Este ha sido un tema sobre el que han surgido distintas y controvertidas opiniones, apoyadas en el distinto alcance otorgado por cada autor a los principios de indivisibilidad y accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito.

Las distintas teorías han surgido, fundamentalmente, a raíz de la STS de 10 de marzo de 1947, que niega la posibilidad de ejercicio individual de la acción hipotecaria por la determinada cuota creditual del acreedor actuante, precisamente por el carácter indivisible de esta garantía real.

Unos se muestran favorables a la doctrina de esta sentencia. Entienden que la admisión de la actuación individual sería un sistema especialmente gravoso para el dueño de la finca que soportaría una pluralidad de ejecuciones (tantas como coacreedores haya) y sería insatisfactoria para el primer coacreedor que ejecuta si el valor de la finca es insuficiente (este primer acreedor sufriría mayor riesgo)[34]

A esto cabría oponer el hecho de que ese riesgo lo sufren todos los acreedores y que un mismo sujeto no sufre una pluralidad de ejecuciones, pues tras la primera de ellas el adquirente del bien en la subasta será quien sufra la siguiente ejecución parcial, y así cada vez que se ejecute el bien hipotecado[35].

Estos autores consideran que hay que diferenciar ejercicio del derecho de crédito (que se regiría por la normativa general del Código civil: arts. 1.137 y ss) y ejercicio de la acción hipotecaria (respecto del que no cabría la actuación individual).

Representante de esta teoría es PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS[36], para el cual es preferible la aplicación del régimen de la comunidad: la actuación deberá ser conjunta o

---

[33] VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores..., op. cit., p.* 107-108.

[34] Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario,* tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad,* 3ª edición, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 275.

[35] Vid. CORDERO LOBATO, Encarna: "Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel (et. al): *Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit.*, p. 722.

[36] Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario, ... op. cit., p.* 275. De igual opinión es NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: *Comunidad e indivisibilidad,* McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 242-243.
AZPITARTE CAMY denomina a esta postura: "teoría de la hipoteca conjunta" (vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 348).

bien individual pero en beneficio de todos, procediendo a la consignación del importe obtenido. Lleva el principio de indivisibilidad hasta sus últimas consecuencias sin atender al principio de accesoriedad.

Para otros, también se exige la actuación conjunta, pero no con base en las normas de la comunidad de bienes sino en el art. 1.139 CC (régimen de las obligaciones mancomunadas indivisibles). Consideran esencial tanto el principio de indivisibilidad como el de accesoriedad y configuran el crédito hipotecario con dos tipos de prestaciones: unas divisibles (las que nacen del propio crédito) y otras indivisibles (nacen de la hipoteca y se rigen por el art. 1.139 CC)[37].

GARCÍA GARCÍA considera preciso distinguir entre pluralidad activa originaria y sobrevenida. Mientras que en el primer caso sí cabría la ejecución parcial e individual de la hipoteca, en el segundo no sería posible por impedirlo el art. 1.860CC, siendo necesaria la actuación conjunta[38].

Otros son más críticos con lo dictado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia y estiman que debe admitirse la actuación individual.

Entienden que la sentencia dota de un valor desorbitado al principio de indivisibilidad. Consideran esencial el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito y dotan al principio de indivisibilidad de un sentido no tan radical[39] .

La idea de cuota en el crédito se aplicaría también a la hipoteca; la pluralidad de sujetos activos en la misma llevaría a constituir tantas hipotecas como acreedores o una sola hipoteca dividida en tantas cuotas como acreedores hipotecarios existan, pudiendo cada acreedor ejercitar de modo autónomo la acción hipotecaria con eficacia parcial.

Avalaría tal postura la exigencia por parte de la DGRN (cfr. RRDGRN de 1 de marzo de 1994 y 23 de marzo de 1994, entre otras) y del art. 54 RH de que se determine en el título la cuota o participación de cada acreedor en el crédito garantizado.

Además, alegan, aunque se reputen distintas, cada cuota nace y forma parte de una misma hipoteca y, en consecuencia, deben tener el mismo rango, siéndoles aplicable el art. 227 RH. De igual modo, si se determinase la constitución de tantas hipotecas distintas como acreedores, podría pactarse la igualdad de rango y serles aplicable también el art. 227 RH.

Este precepto, introducido por la reforma de 1947 (posterior a la sentencia), haría insostenible la doctrina de la STS de 10 de marzo de 1947, al consagrar la regla de ejercicio aislado por cualquiera de los acreedores parciarios sin perjuicio para los demás, pues en garantía de sus créditos queda subsistente la hipoteca. Esta norma llenaría la laguna legal que se denuncia-

---

[37] Vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op, cit., p. 348; LÓPEZ TORRES, JOSÉ Mª: "Créditos hipotecarios del mismo rango", RCDI, junio 1943, núm. 181, p. 361 ss y LANA SANCHíS, Emilio: "Ensayo sobre créditos hipotecarios de igual rango o simultáneos", RCDI, diciembre 1943, núm. 187, p. 834 ss.

[38] Vid. GARCíA GARCíA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* Civitas, Madrid, 1994, p. 112 ss (citado por AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 350-351).

[39] Esta teoría, cuyo mayor exponente lo encontramos en las personas de Ramón Mª ROCA SASTRE y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ha sido denominada por AZPITARTE CAMY "teoría de la hipoteca por cuotas de actuación autónoma", tanto en el crédito como en la hipoteca (vid. AZPITARTE CAMY, Rafael: "Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios", op. cit., p. 348).

ba en la sentencia y que motivó su pronunciamiento[40].

Estos autores tienen razón al señalar que, de no admitirse la posibilidad de actuación individual y exigirse la conjunta, se estaría desvirtuando el régimen de la cotitularidad parciaria, pues la existencia de la hipoteca conllevaría siempre la aplicación del régimen de las obligaciones en mano común. Asimismo se llegaría a una situación en la que no sería interesante acudir a la constitución de hipoteca pues la misma perjudicaría a los acreedores parciarios al limitar sus posibilidades de actuación y satisfacción de su derecho respecto de las que tendrían con el ejercicio de la acción personal (total independencia y autonomía en la reclamación de su parte en el crédito)[41].

Ciertamente no hay que olvidar que nos encontramos ante un crédito que, por voluntad de las partes, se ha configurado mancomunadamente. En consecuencia, la intención de las partes es que se mantengan indemnes las posibilidades de actuación aislada de cada uno por su parte, pues de lo contrario se hubiera pactado la solidaridad o la articulación en mano común. Debe mantenerse el criterio de la existencia de tantos créditos como acreedores parciarios.

Al existir la hipoteca, y en virtud de la regla de accesoriedad de la misma respecto del crédito, puede decirse que igualmente existirán tantas hipotecas o cuotas de la hipoteca como créditos y que, además, disfrutarán de un mismo rango según el art. 227 RH.

Cada acreedor podrá ejercitar su derecho con total independencia de los demás y, en consecuencia, ante el incumplimiento voluntario de la prestación podrá acudir a la ejecución de la hipoteca respecto a su parte, subsistiendo el gravamen sobre el mismo o los mismos bienes a favor de los demás acreedores (art. 227 RH), con lo que éstos no se ven en nada perjudicados por el ejercicio individual de la acción por uno de ellos.

Tal posibilidad es la más lógica y congruente con la voluntad de las partes. Y, además, no está reñida con el carácter indivisible de la hipoteca.

Los arts. 1.860 CC y 122 ss LH lo que prohiben, con carácter general, es que la hipoteca se cancele parcialmente respecto del bien o bienes gravados (es decir, que una vez cumplida, voluntaria o forzosamente, parte de la deuda, la hipoteca deje de gravar parte del bien o alguno de los bienes gravados), pues ello sí perjudicaría a los demás acreedores; pero no impiden que la cuantía garantizada sí se vaya cancelando parcialmente, ya sea a través del cumplimiento voluntario de la prestación ya mediante la ejecución parcial de la hipoteca (permitida por analogía a lo dispuesto en el art. 693 LEC)[42].

---

[40] Vid. ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *Hipotecas, op. cit.*, p. 267 ss y autores citados por VERDERA SERVER, Rafael: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores.... op. cit., p*. 100- 101 y 109 ss.

El art. 227 RH señala: *"Se considerarán preferentes a los efectos del art. 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor"*. A pesar de su referencia expresa al art. 131 LH y al procedimiento judicial sumario, se entiende que este precepto es aplicable a todos los procesos de ejecución.

[41] Vid. ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario,* tomo VIII, Hipotecas, op. cit., p. 268.

[42] Vid. CORDERO LOBATO, Encarna: "Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria", en CARRASCO PERERA, Ángel [et. al.]: *Tratado de los Derechos de Garantía, op. cit.*, p. 722-723 y ROCA SASTRE, Ramón Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario,* tomo VIII, Hipotecas, op. cit., p. 267-268.

La posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca respecto de los bienes gravados sólo está permitida en nuestro ordenamiento cuando exista tal pluralidad de bienes hipotecados y se haya procedido a la distribución de la responsabilidad conforme a los arts. 119 ss LH.

Esta cancelación parcial del crédito hipotecario, que no de la garantía al impedirlo los arts. 122 y 125 LH, se hará constar en el Registro "por nota al margen de la inscripción hipotecaria" (art, 240, último inciso, RH).

El deudor, tras la ejecución o pago, se verá, por supuesto, liberado frente a ese concreto acreedor mancomunado.

VI.PLURALIDAD DE DEUDORES

Podemos encontrarnos con el supuesto de que los deudores sean también hipotecantes, en caso de que hayan dado en garantía bienes propios. A esta situación habrá que aplicar también lo dispuesto en el apartado anterior sobre pluralidad de hipotecantes.

Atendiendo ahora únicamente a la existencia de una situación subjetivamente compleja en la posición pasiva de la relación obligatoria, hay que señalar que, de nuevo, habrá que atender al modo en que se haya configurado esa relación: mancomunidad, solidaridad o en mano común.

1.- COTITULARIDAD EN MANO COMÚN.

Esta configuración exige la actuación conjunta de los sujetos. Por lo tanto, a la hora de realizar la prestación deberán hacerlo todos juntos; todos deberán adoptar las decisiones que afecten a la relación obligatoria; todos serán demandados, en su caso, ante el incumplimiento de la obligación....

2.- COTITULARIDAD SOLIDARIA.

Ante esta forma de organización de la pluralidad subjetiva pasiva es necesario destacar el componente de garantía que puede apreciarse en la constitución de la solidaridad pasiva: con ésta el acreedor se beneficia de una mayor seguridad y facilidad en el cobro al poder exigir el pago a cualquiera de los deudores.

Esta mayor seguridad se acrecienta con la existencia de la hipoteca.

En este caso, como en cualquier otro crédito subjetivamente complejo en la posición pasiva, cualquiera de los deudores podrá cumplir la prestación exigida para la satisfacción del interés del acreedor con efectos liberatorios para todos los coobligados. Y, por su parte, el acreedor podrá exigir la deuda a cualquiera de los deudores. Asimismo, cabe la posibilidad de que entren en juego las excepciones existentes ex art. 1.148 CC.

Ahora bien, ante la reclamación e incumplimiento por uno cualquiera de los deudores, el acreedor está facultado para ejecutar la hipoteca que garantiza su derecho de crédito.

Cuestión interesante es qué ocurre ante una solidaridad pasiva no uniforme, por existir distintos plazos o condiciones afectantes a cada deudor.

Respecto de las obligaciones en general, se ha indicado que esa parte no vencida no podrá ser reclamada todavía pues el deudor afectado podrá oponer al acreedor una excepción personal y, por otro lado, el resto de deudores podrán oponerle la excepción personal del otro, ex art. 1.148 CC, por la cuantía de la cuota de la que es titular real el deudor afectado por especiales plazos o condiciones.

Pero, en este caso, ante el impago de uno de los deudores que ha visto vencer la obligación antes que a sus coobligados, ¿cabría ejecutar la hipoteca en su totalidad y con eficacia respecto a todos o sólo se ejecutaría parcialmente, en la cuantía de la obligación (o la parte de la misma) vencida?.

Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta el carácter indivisible de la hipoteca (art. 1.860 CC); el hecho de que cada uno de los deudores está obligado frente al acreedor por el todo; y el juego de las excepciones oponibles en virtud del art. 1.148 CC.

A semejanza de lo que expuse al analizar la solidaridad activa no uniforme, considero que

sí es posible la ejecución de la hipoteca ante ese impago de uno de los deudores solidarios. Esta posibilidad es consustancial a la solidaridad, que además, ha sido querida por las partes.

Pero, por efectos de lo dispuesto en el art. 1.148 CC, la ejecución sólo podrá efectuarse por el importe de la cuota del deudor que primero ha visto vencida la obligación, pues es la única parte exigible[43].

Cualquiera de los deudores, o el hipotecante o tercer poseedor del bien gravado, podrá hacer efectiva la deuda antes de proceder a la subasta, tras el requerimiento de pago previsto en el art. 686 LEC. En este caso, se procederá a dar por terminada la ejecución.

Ese pago realizado antes de la subasta o el importe obtenido del remate, en caso de que lo primero no haya tenido lugar, reducirá la cuantía de la deuda (lo que se hará constar mediante nota al margen de la inscripción hipotecaria: art. 240, último inciso, RH), pero la garantía permanecerá íntegra sobre el bien o bienes hipotecados ex arts. 1.860 CC y 122 ss LH, así como las posibilidades de reclamación del acreedor a cualquiera de los deudores solidarios, incluido el primeramente demandado por incumplimiento.

Cuestión que se dirimirá en la relación interna de los deudores será la de los posibles perjuicios que, por el impago del deudor que primero vio vencida la obligación y la posterior ejecución de la hipoteca, hayan surgido para el resto de obligados.

3.- COTITULARIDAD MANCOMUNADA O PARCIARIA.

En este caso, la deuda aparecerá dividida en tantas partes como deudores haya (art. 1.138 CC).

El acreedor sólo estará facultado para reclamar a cada deudor su parte y éstos sólo están obligados respecto de la misma. Cualquier circunstancia modificativa o extintiva sólo tendrá efectos respecto de la concreta deuda parciaria.

El acreedor podrá, ante el impago de uno de los deudores, ejecutar la hipoteca por esa parte del concreto deudor, permaneciendo la hipoteca íntegra sobre el bien o bienes gravados y en garantía de la deuda de los demás obligados mancomunadamente (arts. 1860 CC, 122 ss LH y 227 RH). No será posible la cancelación parcial de la hipoteca (a salvo la aplicación de los arts. 119 ss LH, ante una pluralidad de bienes hipotecados y distribuyéndose entre ellos el crédito), pero sí la de la cuantía asegurada, dejando constancia de la misma mediante una nota marginal en la inscripción de la hipoteca (art. 240, último inciso, RH).

Por supuesto, el deudor que no paga su deuda y ve ejecutada la hipoteca por la misma, tras la ejecución y satisfacción del interés del acreedor, verá extinguida su responsabilidad y estará liberado frente al acreedor.

VII.- CONCLUSIÓN

Como se puede apreciar la realidad jurídico-hipotecaria es bastante compleja; y lo es aún más cuando en las distintas posiciones jurídicas concurre una pluralidad de sujetos.

Hay que tener en cuenta los dos tipos de relaciones jurídicas que conviven en estas situaciones: una obligacional (que une al acreedor o acreedores con el deudor o deudores) y otra real (que vincula al acreedor o acreedores con el hipotecante o hipotecantes o, en su caso, los terceros poseedores). De cada una de estas situaciones hay que respetar su naturaleza y régimen esenciales y sus principios rectores y tratar de armonizarlos entre sí. De esta forma se podrán determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos, especialmente, y por lo que en este trabajo nos hemos centrado, en la fase de exigencia del crédito o cumplimiento de la prestación.

[43] Cabe la posibilidad de que la ejecución se amplíe cuando, tras el despacho de la ejecución, venza la obligación para otros deudores (art. 578 LEC).

ACADEMIA

VICENTE DOMINGUEZ CALATAYUD *Registrador de la Propiedad*

NOTA COMPLEMENTARIA AL TEMA 50 DE HIPOTECARIO PARA REFLEJAR EN LA PREGUNTA "ANOTACIÓN PREVENTIVA ... EN LOS CASOS DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, CONCURSO O QUIEBRA" ALGUNOS EXTREMOS DE LA LEY CONCURSAL

La Ley Concursal 22/2.003, de 9 de julio, entrará en vigor el próximo 1 de septiembre de 2.004, sin perjuicio de que, como resulta del primer apartado de la Disposición transitoria primera, los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en vigor hasta la entrada de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, con algunas excepciones que recoge la misma DT, de las que destaca la aplicación inmediata, a los procedimientos de ejecución universal en tramitación el día primero de septiembre de 2.004, de la mayoría de las normas sobre conclusión y reapertura del concurso contenidas en los artículos 176 a 180 LC.

En palabras de la Exposición de Motivos de la LC, ésta supone “una reforma global del Derecho concursal español”, “no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del Derecho vigente”, pues:

A.-Establece un solo procedimiento para la tramitación de las situaciones de insolvencia, sea provisional o definitiva, y afecte ésta a deudores comerciantes o no comerciantes, aunque tal unidad procedimental no impide que se pueda distinguir entre un concurso voluntario y un concurso necesario o entre un procedimiento concursal ordinario y otro abreviado (art 190 LC). Ese procedimiento único lo es de ejecución universal pues convoca a todos los acreedores del deudor concursado (art 49 LC) y alcanza todo el patrimonio del deudor, menos el legalmente inembargable (art 76 LC); nota de universalidad que se conjuga con la unidad procedimental, fundamentalmente, a través del incidente concursal (arts 192 a 196 LC) y con el inicio o reanudación de las ejecuciones de las garantías reales en pieza separada, pero dentro del procedimiento concursal y bajo la jurisdicción del Juez de lo mercantil que conoce del mismo (art 57 LC).

B.- La unidad procedimental viene compensada por una gran flexibilidad o arbitrio en la adopción de las decisiones concursales por parte de los órganos de la misma, que son, de un lado, el Juez del concurso, Juez altamente especializado, que será el titular del Juzgado de lo mercantil competente según el artículo 10 LC; Juzgados de lo mercantil que entrarán en funcionamiento a partir del día uno de septiembre de 2.004 y, de otro lado, la administración concursal muy profesionalizada a la par que dotada de un estatuto legalmente detallado regulador de su función (arts 26 y ss LC). El amplio margen dentro del cual caben las decisiones concursales exige su

motivación buscando el interés del concurso que se logra fundamentalmente, manteniendo, en la medida de lo posible la actividad profesional o empresarial del concursado (art 44 LC), la unidad de su explotación en el caso de su realización (arts 148-1 y 149-1-1º LC) y el mantenimiento de las relaciones laborales (arts 64 y 149-2 LC).

C.- Puede decirse, en general, que la LC mantiene un modelo "ius privatista" o dispositivo, cuyo objetivo es adaptar el concurso a las bien diferentes situaciones económicas que se pueden plantear durante su tramitación, lo que se revela:

a.- En la iniciación del proceso, que se deja a la decisión de las partes de la relación crediticia insatisfecha, pues ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal (cfr art 4 LC) pueden solicitar la declaración de concurso.

b.- En la eficacia de los actos del deudor anteriores a la declaración del concurso (arts 71 a 73 LC) o contrarios a las limitaciones implícitas en su capacidad de obrar que tal declaración implica (art 40, 43 y 44 LC) o contarios al convenio (arts 137-2 y 140 LC), actos todos ellos anulables o rescindibles por los acreedores o por la administración concursal.

c.- Y, en fin, en el amplio margen que a todos los intervinientes en el concurso, incluido el concursado y el Juez, se les atribuye para definir el contenido del convenio, por ejemplo mediante la propuesta anticipada de convenio, que puede formular el deudor conforme a los artículos 104 y ss LC, o la formulación del plan de liquidación previsto en el art 148 LC, al que pueden formular observaciones o propuestas de modificación hasta los representantes de los trabajadores (art 148-3 LC).

D.- Y, en fin, la característica más destacable, desde el punto de vista de nuestra disciplina, es la intensa y correcta relación entre el concurso, el Registro de la Propiedad y los principios que lo presiden, como no podía ser de otro modo, pues ello significa la armonización del procedimiento concursal con los principios de seguridad jurídica y, su variante, de seguridad del tráfico jurídico (art 9-3 CE) y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24 CE), que tienen en el Registro de la Propiedad y en la calificación registral uno de sus instrumentos de realización más importantes. La armonización entre el procedimiento concursal y los principios hipotecarios se ha conseguido, fundamentalmente, incorporando a la LC la jurisprudencia del TS y, sobre todo, de la DGRyN. Así lo podemos ver:

a.- En la adopción de las medidas cautelares anteriores a la declaración del concurso a las que se refiere el art 17 LC, entre las que podrían adoptarse algunas con trascendencia patrimonial, anotables en el Registro de la Propiedad al amparo del art 727-6ª LEC. Medidas cautelares sobre las que tendrá que pronunciarse el Juez del concurso cuando lo desestime o, por el contrario, lo admita (cfr arts 17-3 y 21-4 LC).

b.- En el reflejo registral de todos los eventos esenciales del concurso, desde la anotación preventiva del auto de declaración del concurso (art 24 LC) hasta su cancelación mediante la anotación de la resolución firme que acuerde la conclusión del concurso (art 177-3 LC), pasando por la anotación de la alteración de la composición o facultades de la administración concursal (art 38-3 LC), la anotación de la sentencia firme de aprobación de la propuesta anticipada de convenio (art 109-2-2 LC) o de la que aprueba el convenio aceptado por la junta de acreedores (art 132 LC); la anotación del auto de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio (art 141 LC); la

anotación preventiva del auto que declara la apertura de la fase de liquidación (art 144 LC) o la del auto que declara la reapertura del concurso que concluyó, en su día, por inexistencia de bienes o derechos del concursado (art 179 LC). Todo ello, sin perjuicio de que en cualquier relación o inventario de activo o pasivo patrimoniales deba hacerse constar por quienes los confeccionan los datos registrales de los bienes, en su caso, o de las garantías (arts 82-2, 85-3 u 86-2 LC)

c.- Si las anteriores son conexiones que podríamos llamar estáticas entre el concurso y el Registro de la Propiedad, hay otras conexiones que podríamos llamar dinámicas, como la contenida en el artículo 40-7-2 LC sobre no inscribibilidad de los actos del deudor efectuados sin sujetarse a los requisitos impuestos en el auto de declaración del concurso que suspende o interviene sus facultades de administración y disposición patrimonial; o las previsiones sobre paralización de ejecución de garantías reales (art 56 LC); o la rescisión de los actos anteriores a la declaración de concurso y su coordinación con la fe pública registral (arts 72-2 y 73-2 LC); o la protección del tercero hipotecario a quien no alcance el ejercicio de las acciones de separación (art 81-1 LC); o la exigencia, contenida en el artículo 90 LC, de que la garantía que privilegia especialmente un crédito esté constituida con los requisitos de oponibilidad a la fecha en que venza el plazo señalado en el auto de declaración del concurso (art 21- 1- 5º LC) para que los acreedores pongan de manifiesto sus créditos a la administración concursal, sin perjuicio del juego de la presunción contenida en el artículo 71-3-2º LC; o la cancelación de las garantías reales constituidas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art 97 LC en relación con art 93 LC); o la inscribibilidad de los actos contrarios al convenio (art 137-2 LC); o la sujeción a la prioridad registral para el pago de varios créditos especialmente privilegiados respecto de un mismo bien (art 155-3-2 LC)

d.- La deseable coordinación entre el Registro de resoluciones Concursales previsto en el artículo 198 LC para hacer constar la separación de administradores o las consecuencias que la calificación como culpable del concurso tienen sobre las facultades de representación y administración del patrimonio de terceros del concursado y sus cómplices.

e.- Y todo ello sin olvidar la reforma, por la Disposición final séptima de la LC, del inciso final del último párrafo del artículo 127 LH que, de decir antes que la ejecución de hipoteca por el procedimiento ordinario no se suspendería "ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos", pasa a decir ahora que "En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley concursal", es decir, lo que resulta de los artículos 56 y 57 LC sobre paralización, inicio o reanudación de garantías reales. Para terminar, es necesario mencionar que las Disposiciones finales octava y novena reforman ciertos artículos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y de la Ley de Hipoteca Naval.

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD

RESEÑA LEGISLATIVA
(Hasta BOE/DOGV 01 a 30-04 de 2004)

DISPOSICIONES ESTATALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIÓN de INCONSTITUCIONALIDAD número 3207-1999, (BOE 6/04) en relación con el artículo 1.2 (así como apartados 1 y 7 del punto primero del anexo) del Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

RECURSO de INCONSTITUCIONALIDAD número 1014-2004, (BOE 6/04) promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con determinados preceptos de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

RECURSO de INCONSTITUCIONALIDAD número 988-2004, (BOE 6/04), promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra varios preceptos de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

RECURSO de INCONSTITUCIONALIDAD número 1279/1996, (BOE 27/04) promovido por el Presidente del Gobierno contra la disposición adicional tercera de la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1995, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Organización.

RECURSO de INCONSTITUCIONALIDAD núm. 1648-2004 (BOE 27/04), promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el art. 92 y correspondiente partida presupuestaria de la Sección 32 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004.

HIPOTECA NAVAL

INSTRUMENTO de adhesión de España al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, (BOE 23/04) hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana