

Effectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código civil

En la aplicación registral de los preceptos del Código civil surgen, algunas veces, problemas que no encuentran solución directa y clara en nuestra legislación hipotecaria, teniendo necesidad el Registrador de recurrir a la aplicación analógica de preceptos hipotecarios que guarden más o menos relación con el caso previsto en el Código. Uno de estos problemas es el que hoy exponemos a la consideración de nuestros lectores, no acertando a comprender cómo en la reciente reforma del Ordenamiento inmobiliario registral español se ha dejado en olvido el darle solución, ya que el caso que vamos a contemplar es muy frecuente y con toda seguridad ha debido presentarse más de una vez a los competentes redactores de nuestra Ley Hipotecaria y su Reglamento.

El artículo 399 del Código civil permite al condueño enajenar, ceder e hipotecar su participación indivisa en la comunidad, pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños lo limita a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

El problema que se nos plantea a los Registradores es el dar efectividad a este precepto al presentarse en el Registro, como ocurre con frecuencia, la escritura de disolución de la comunidad con las respectivas adjudicaciones a los comuneros en pago de su haber en aquélla, cuando uno de los partícipes había hipotecado, con anterioridad a la división, su respectiva cuota en favor de un tercero, sin que éste, como acreedor, intervenga en las operaciones divisorias.

La división de la cosa común es un derecho que compete a los

comuneros, según el artículo 400 del Código civil, pero no hay en éste ningún precepto que obligue a que la división se practique necesariamente con intervención de los acreedores de los partícipes. MANRESA (1) y otros autores estiman que la partición hecha sin intervención de dichos acreedores es perfectamente válida, y éstos solamente tienen los derechos que les confiere el artículo 403 de dicho Cuerpo legal, a saber: 1.º Concurrir a la división y oponerse a la que se verifique sin su concurso. 2.º Impugnar la división consumada en caso de fraude o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla. Pero no existe precepto alguno que obligue a los comuneros a citar a los acreedores para que, si lo desean, intervengan en las operaciones divisorias. Las facultades de éstos son meramente potestativas, o sea que si llega a su noticia el estarse verificando la división, podrán entablar la oportuna acción para ser parte en aquélla y, una vez consumada sin su concurso, podrán impugnarla por las causas antes enumeradas.

Este es el mismo criterio que sigue el Código con respecto a la división de los bienes hereditarios en el artículo 1.083, con relación al cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911 declaró que el derecho que a los acreedores confiere dicho artículo es de carácter preventivo y se limita a intervenir en las particiones, ya tengan éstas carácter judicial, ya extrajudicial para que teniendo perfecto conocimiento de la forma en que se practican, eviten confabulaciones entre los interesados, que hagan imposible el pago de su crédito.

Resulta de todo ello, como dijimos, que la escritura de división practicada sin intervención de los acreedores de los comuneros es perfectamente válida y, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque impugnada durante cuatro años por lesión, estando, por consiguiente, sujetas las inscripciones que se hayan practicado como consecuencia de la misma a la correspondiente acción de nulidad, con las limitaciones establecidas en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

Es frecuente, como ya hemos dicho, la presentación en los Registros de escrituras de disolución de comunidades sin que en ellas intervengan los acreedores de los comuneros, aun tratándose de acreedores hipotecarios. Ante este hecho y teniendo en cuenta:

(1) MANRESA: «Comentarios al Código civil». T. III. Págs. 490 y ss.

1.º Que dicha escritura sin tal intervención es perfectamente válida e inscribible, según lo dicho. 2.º Que la hipoteca subsiste tal y como está inscrita, mientras expresamente no se cancele; y 3.º Que el artículo 399 del Código limita el efecto de tal hipoteca, en caso de división, a la porción concreta que se haya adjudicado al comunero deudor; el Registrador se encuentra en la duda respecto al camino a seguir en su actuación registral. Por una parte, si la escritura de división es válida el Registrador habrá de inscribirla; pero como la hipoteca subsiste mientras expresamente no se cancele, puede resultar que las fincas adjudicadas a los comuneros no deudores continúen gravadas en el Registro, en alguna de sus partes indivisas, con la hipoteca que, antes de la división, constituyó otro comunero, y así habrá de consignarlo el Registrador en el párrafo de cargas al practicar las inscripciones de las respectivas adjudicaciones, teniendo en cuenta que de oficio no puede practicar una cancelación que no se solicita. Pero por otro lado se encuentra con el precepto taxativo del citado artículo 399, que el Registrador debe respetar y cumplir.

Para salvar este escollo no encontramos otra solución que dar una interpretación registral o hipotecaria al precepto contenido en dicho artículo 399, o sea ponerlo en relación con otros de carácter registral inmobiliario, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza jurídica de la hipoteca constituida sobre parte indivisa de una o varias fincas.

Esta hipoteca puede considerarse como una de aquellas que en la anterior legislación hipotecaria se llamaban hipotecas con restricciones; es decir, de las contenidas en el artículo 107 de la Ley. Así lo ha entendido ROCA SASTRE en la primera edición de su obra (2) al hablar de la hipoteca del derecho hereditario —cuando éste era inscribible—, a la que equipara la hipoteca de que estamos hablando. Dentro de estas hipotecas con restricciones, MORELL (3) considera a la hipoteca sobre parte indivisa de finca, análoga a la constituida sobre bienes sujetos a condición resolutoria, al decir que «la hipoteca grava la parte perteneciente al hipotecante, pero en la misma forma que éste la tiene, o sea de un modo indeterminado y flotando sobre todo el inmueble o derecho. La hipoteca tiene sólo una eficacia condicional y depende de la porción concreta que al comunero se le

(2) ROCA SASTRE: «Instituciones de Derecho hipotecario», t. III, pág. 46.

(3) MORELL: «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», 2.ª ed. T. III. Página 655.

adjudique al practicarse la división, puesto que entonces quedará limitada a la parte determinada que le corresponde en aquélla. El acreedor, para evitar el perjuicio que al dividir pudiera ocasionársele adjudicando al deudor, con intención o sin ella, la parte peor, tiene, con arreglo al Derecho civil, la facultad de intervenir en el acto de la división y la de oponerse a la que se haya practicado sin su intervención y con fraude». En términos parecidos se expresan GALINDO y ESCOSURA (4).

Estimamos acertada esta asimilación, pero no hubiera estado de más que al artículo 107 de la Ley se le hubiese adicionado un nuevo número con la hipoteca sobre partes indivisas de inmuebles.

Ahora bien, el artículo 399, que comentamos, sólo contiene una norma de carácter sustantivo civil al determinar que la hipoteca constituida sobre parte indivisa de finca limitará sus efectos, al practicarse la división, a la parte adjudicada al comunero hipotecante. Pero para que esta norma tenga efectividad registral estimamos que no bastará con que simplemente se presente en el Registro la escritura de división practicada sin la intervención del acreedor, y limitada, lisa y llanamente, a verificar las adjudicaciones respectivas en favor de los comuneros, porque esa efectividad registral requiere, como más tarde veremos, una serie de operaciones en los libros hipotecarios que el Registrador no puede practicar de oficio, ya que, como es sabido, el mecanismo registral se mueve, comúnmente, a solicitud en forma de parte interesada.

Sin embargo, GALINDO y ESCOSURA (5) parece que encuentran fácil la solución de este problema cuando dicen que «si antes de exigirse el pago se dividiese el inmueble, como cada porción formaría finca distinta, habría de hacerse constar que la hipoteca que constaba sobre la finca indivisa se reducía, en virtud de la división, a la parcela correspondiente al hipotecante, expresándose los nuevos linderos y siguiéndose lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento Hipotecario, según previenen las Resoluciones de 23 de julio y 22 de agosto de 1863».

Ahora bien, el artículo 24 del Reglamento de 1870, al que se referían dichos autores, decía textualmente: «Cuando se divida una finca señalada en el Registro con un número correspondiente, se

(4) GALINDO y ESCOSURA: «Comentarios a la Legislación Hipotecaria». Tomo III, pág. 167.

(5) GALINDO y ESCOSURA: *I. oc. cit.*

inscribirá con número diferente la parte que se separe a favor del nuevo dueño ; pero haciéndose breve mención de esta circunstancia al margen de la inscripción antigua y refiriéndose a la nueva.» Fácilmente se echa de ver que este artículo del Reglamento de 1870 tenía un contenido semejante al que tiene el artículo 46 del vigente en la actualidad, añadido éste con un segundo inciso, en el que se dispone que en las nuevas inscripciones se expresará la procedencia de las fincas y los gravámenes que tuvieron antes de la división. Ni uno ni otro artículo resuelven el problema planteado, y sólo indican al Registrador el camino que debe seguir cuando una finca inscrita se divida en dos o más, pero no le dicen cómo ha de proceder para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil cuando una comunidad de bienes se disuelva y resulte que la partición de uno de los comuneros está hipotecada en favor de tercera persona. Porque tal comunidad puede recaer no sólo sobre una finca determinada, sino sobre varias, y al practicarse la división adjudicarse a cada comunero una o varias de ellas sin necesidad de que materialmente las mismas se dividan ; e incluso puede recaer la comunidad sobre fincas y además sobre otros bienes que no sean inmuebles, y al practicarse la disolución se adjudiquen, precisamente al comunero deudor, esos bienes que no son inmuebles, en cuyo caso, según el artículo 399, quedará sin efecto la hipoteca que había constituido sobre su cuota indivisa antes de llevarse a efecto la división.

Por todo ello hemos dicho que es preciso dar al artículo 399 una interpretación registral a fin de que su mandato encuentre adecuado reflejo en los libros del Registro, poniéndolo en relación con otros preceptos de carácter registral inmobiliario que, si no directamente, se relacionan más o menos con el caso contemplado por aquél, pudiendo así solucionarse los problemas que el mismo plantea.

El tan repetido artículo 399 nos dice que al practicarse la división, la hipoteca limitará sus efectos sobre la porción concreta adjudicada al comunero deudor. Se impone, pues, por disposición legal un cambio en el objeto de la hipoteca : Antes de la división el objeto de la misma era una porción indivisa de una o varias fincas ; después de practicada aquélla, el objeto de la hipoteca lo será una o varias fincas concretas y determinadas, precisamente las adjudicadas al comunero deudor. Indudablemente se trata de una novación objetiva de la hipoteca impuesta de un modo expreso por la Ley,

o más bien, de una modificación objetiva, si se acepta el criterio de PÉREZ y ALGUER (6), quienes consideran que pueden ser modificados el objeto y las condiciones principales de la obligación, sin que por ello se produzca una novación extintiva, ya que la palabra novación puede ser interpretada en el sentido ambiguo que tiene dentro del Código civil español, significando tanto la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva (novación en el sentido estricto), como la modificación de una obligación existente (novación en sentido lato).

Ahora bien, en nuestra legislación existen dos preceptos que regulan la manera de hacer constar en el Registro de la Propiedad, tanto la novación como la modificación de la hipoteca. Se trata del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y del 240 de su Reglamento, según cuyas disposiciones, cuando por *hecho* o convenio entre las partes se produzca novación total o parcial del contrato inscrito o se modifique el mismo, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente.

A este respecto dice MORELL (7) que cuando el deudor y el acreedor convienen en variar el objeto de la hipoteca imponiendo el crédito sobre otra finca, procederá sin que cambie el deudor ni el acreedor, cancelar la hipoteca de la finca que quede libre e inscribirla sobre aquélla en que la primera se subrogó.

En el caso que contemplamos no se produce, claro está, la modificación objetiva de la hipoteca por convenio entre las partes, sino a consecuencia de un hecho —también previsto en los preceptos citados— cual es la división de la comunidad e impuesta expresamente por la Ley, y de consiguiente habrá que practicar en el Registro las operaciones que dichos artículos establecen.

Puede ocurrir, como ya hemos dicho, que la comunidad recaiga sobre fincas y, además, sobre bienes de otra naturaleza, y que al disolverse aquélla se adjudiquen estos bienes no inmuebles al comunero deudor, en cuyo caso quedará la hipoteca, constituida antes de la división, sin eficacia alguna y completamente extinguida, como dice ROCA SASTRE (8). Entonces solamente procederá una operación registral: la cancelación de la hipoteca, cosa que también previene

(6) «Notas al Tratado de Derecho civil de Enneccerus», KIPP y WOLFF. Tomo II. Vol. 1.º, pág. 219.

(7) Loc. cit. T. IV, pág. 223.

(8) Loc. cit. T. III, pág. 503, nota.

el citado artículo 240 del Reglamento al decir que cuando el hecho o convenio dé lugar a la resolución o ineficacia del contrato inscrito, se extenderá una cancelación total o parcial.

De todo lo anteriormente dicho resulta, por consiguiente, que la novación o modificación objetiva que impone el artículo 399 del Código civil ha de reflejarse en el Registro mediante una cancelación y una nueva inscripción en la mayoría de los casos, y en otros, sólo mediante una cancelación. Pero para que puedan practicarse las dos operaciones de cancelación y nueva inscripción será preciso atenerse a los preceptos de la Ley y Reglamento hipotecarios, que regulan la forma y procedimiento de extenderlas.

En cuanto a la cancelación, tendremos que estar a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley y concordantes del Reglamento, conforme a cuyos preceptos, para cancelar una inscripción que hubiese sido hecha en virtud de escritura pública se requiere, como norma general, el consentimiento de la persona a cuyo favor se hizo aquélla, o de sus causahabientes o representantes, y, en su defecto, resolución judicial que sea firme. Sólo excepcionalmente se permite la cancelación sin necesidad de dicho consentimiento ni de resolución judicial, cuando el derecho inscrito quede extinguido por *declaración de la Ley* o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Estos últimos son los casos de la llamada cancelación automática, en los cuales, como dice Roca (9), la subsistencia de los derechos inscritos es objetiva, pues depende del juego natural del contrato, o de la voluntad en él compenetrada, o de su ordenamiento legal. No se trata de cancelación voluntaria ni forzosa, sino de cancelación involuntaria.

Pues bien, en la hipoteca constituida sobre una cuota indivisa de una comunidad de bienes, una vez practicada en forma la disolución de aquélla se produce, *por ministerio de la Ley*, la extinción de dicha hipoteca en cuanto a los bienes o parte de los mismos adjudicados a los comuneros no deudores. Estamos, por consiguiente, ante un caso de cancelación automática que debiera estar expresamente comprendido en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, el cual desarrolla, casuísticamente, el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley. Sin embargo, no sucede así, y el mencionado artículo reglamentario guarda silencio sobre esta especial cancelación, a

(9) Loc. cit. T. II, pág. 474.

no ser que, de un modo general, se considere comprendida dentro de la regla sexta del mismo, si se tiene en cuenta que la hipoteca a que aludimos viene a equipararse, como dice MORELL, a la constituida sobre bienes sujetos a condición resolutoria.

No obstante encontramos, dentro del mismo Reglamento, otro precepto que por analogía podría ser aplicable a la cancelación automática de la hipoteca constituida sobre porciones indivisas respecto de los bienes adjudicados, luego de la división, a los comuneros no deudores. Nos referimos a la regla décima del artículo 206, que hace referencia a la cancelación de la anotación preventiva de derecho hereditario y a la de embargo de dicho derecho, la cual tendrá lugar, según dicha regla, cuando se presentase la escritura de partición y no apareciesen adjudicados al heredero las fincas o derechos sobre los que se hubiese tomado anotación preventiva del derecho hereditario. ROCA SASTRE, en la primera edición de su conocida obra, al hablar de la hipoteca sobre el derecho hereditario —cuando este derecho era inscribible en el Registro—, hace alusión a la regla doce del artículo 164 del anterior Reglamento, de redacción análoga a la de la regla décima del artículo 206 del vigente en la actualidad, y considera lo mismo aplicable a la comunidad de bienes corriente.

Así, pues, estimamos que una vez practicada la disolución de la comunidad procederá la cancelación automática de la hipoteca constituida por un comunero sobre su cuota respecto de los bienes adjudicados a los comuneros no deudores, si se presenta en el Registro la escritura de división practicada en forma y, además —y esto no lo dicen los autores citados—, si se solicita expresamente por los interesados ya en la misma escritura de división ya en otro documento, pues así se deduce del citado artículo 175 del Reglamento, y más especialmente del 207.

El acreedor no puede llamarse a engaño si se ha practicado la cancelación sin su consentimiento, y aun sin su conocimiento, ya que al prestar sobre una participación indivisa de una comunidad sabía a lo que se exponía, en vista de lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil. Le queda la garantía de la totalidad de los bienes que se hayan adjudicado al deudor en la división, y si éstos fuesen inmuebles, la hipoteca que habrá de extenderse a la totalidad de los mismos, en la forma que luego veremos, que tendrá la misma prelación y preferencia que la primitivamente constituida sobre la cuota indivisa. Claro está que en el caso de que al deudor se le adju-

diquen bienes que no sean inmuebles desaparece la garantía hipotecaria, pero le queda la personal, y quizá debiera exigirse el depósito de aquéllos en parecida forma a la establecida en la regla sexta del artículo 175 del Reglamento. En todo caso el acreedor tiene la acción de rescisión por fraude.

Hemos visto cómo puede practicarse, a nuestro entender, la cancelación de la hipoteca respecto de los bienes adjudicados a los comuneros no deudores. Pero la modificación objetiva sancionada en el tan repetido artículo 399 ha de reflejarse en el Registro no sólo mediante una cancelación, sino que también, en la mayoría de los casos, exigirá una nueva inscripción hipotecaria. Cuando al deudor se le adjudiquen en la división bienes inmuebles, la hipoteca que antes había constituido limitará sus efectos a la totalidad de estos bienes y, de consiguiente, será necesario practicar una nueva inscripción, en la que se extienda la hipoteca primitiva a dicha totalidad de bienes que ahora pertenecen exclusivamente al deudor.

Para practicar en el Registro esta nueva inscripción no vemos otra forma que un acuerdo entre el deudor y el acreedor, llevado a efecto en cumplimiento de lo dispuesto en el repetido artículo 399, o bien la reducción de la hipoteca a las fincas adjudicadas al deudor por acto unilateral de éste y subsiguiente aceptación por parte del acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Así lo exigen las normas del Registro inmobiliario, y no bastaría, en nuestra opinión, que en la escritura de división o en otra posterior, el deudor, por sí solo, concretase la hipoteca a las fincas que le fueron adjudicadas; ni que el acreedor, por sí solo, hiciese lo mismo.

Por ello nosotros estimamos conveniente que por la Ley se hubiese exigido la concurrencia de los acreedores hipotecarios en las operaciones divisorias de los bienes de una comunidad y en la subsiguiente escritura de división y adjudicación, para que en la misma se diese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil, con lo cual tendría este precepto inmediata efectividad registral al practicarse las inscripciones de las respectivas adjudicaciones a los comuneros. Esta conveniencia la vienen a reconocer, implícitamente, las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 4 de diciembre de 1935 y 24 de junio de 1936 al decir que «no carece de sentido la discutida manifestación relacionada con la concurrencia del acreedor en la división, ya que la indivisibilidad de

la hipoteca en la comunidad queda subordinada o limitada, en cuanto a sus efectos, a la porción que corresponda al obligado al disolverse aquélla».

En resumen, expresando gráficamente nuestro pensamiento, podemos decir: Si M y N son dueños de las fincas A y B por mitad y proindiviso, y M hipoteca a favor de X su mitad indivisa en ambas fincas; y si al practicarse la división de la comunidad la finca A se adjudica toda ella a M (deudor), y la finca B a N (no deudor), éste podrá pedir la cancelación parcial de la hipoteca constituida por M, en cuanto grava la mitad indivisa de la finca B a él adjudicada, y así deberá practicarse a su instancia, presentando la escritura de división, de la que resulte que dicha finca fué adjudicada a N (no deudor). A su vez, M y X podrán extender la hipoteca a la totalidad de la finca A, hasta ahora sólo gravada en cuanto a su mitad indivisa, adjudicada al deudor M, llevándolo a efecto mediante la oportuna escritura pública para su constancia en el Registro de la Propiedad mediante la inscripción correspondiente. Lo mismo se hará caso de que la comunidad se refiera a una sola finca y ésta se divida en dos porciones, que se inscribirán como fincas independientes, respecto de una de las cuales se cancelará la hipoteca, y ésta se extenderá a la totalidad de la otra porción.

Otros problemas surgen de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil, pero sólo vamos a exponer uno muy curioso planteado en un Registro no hace mucho.

Cierta persona, dueña de una participación indivisa de una finca, hipotecó dicha participación en favor de un tercero. Vigente la hipoteca, se disuelve la comunidad y se adjudican a cada comunero sendas porciones de la total finca, que se inscribieron en el Registro como fincas independientes, mediante la correspondiente escritura de división, otorgada por los comuneros, sin intervención del acreedor y sin que en ella se hiciese mención para nada de lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil. En tales circunstancias, vencido el crédito, el acreedor promueve el procedimiento judicial sumario persiguiendo la porción indivisa de la primitiva finca que le había sido hipotecada; el Juez ordena al Registrador la expedición de la certificación prevenida en la regla cuarta del artículo 131 de la Ley, y aquel funcionario hace constar en ella el estado de la finca después de practicada la división, o sea, inserta literalmente las inscripciones de dominio practicadas en favor de los distintos comu-

ros, y hace constar que está vigente y sin cancelar la hipoteca constituida sobre una porción indivisa de la primitiva finca; en vista de esta certificación el Juez ordena practicar la notificación o notificaciones prevenidas en la regla quinta del mismo artículo y en el mismo domicilio fijado en la escritura de constitución. No sabemos si los comuneros no deudores se enteraron o no de ello, el caso es que el procedimiento continúa sin su comparecencia y termina con la adjudicación en pública subasta a un tercero de la parte indivisa hipotecada, ordenándose al Registrador la cancelación de la hipoteca y de las inscripciones de dominio practicadas a favor de los comuneros no deudores. ¿Debe el Registrador practicar estas últimas cancelaciones?

Pudiera presentarse el caso más complicado si la división se hubiese practicado y tenido acceso al Registro después de expedida la certificación de la regla cuarta del artículo 131, con iguales circunstancias anteriores y posteriores.

Nosotros entendemos que en ninguno de los dos casos debe el Registrador practicar la cancelación de las inscripciones de dominio practicadas en favor de los comuneros no deudores respecto de las porciones a ellos adjudicadas; porque el adjudicatario, en la subasta, es un adquirente de la porción indivisa, y éste tiene limitada su adquisición a la porción adjudicada al comunero deudor o enajenante, según dispone el artículo 399. En el primero de los casos citados, el acreedor, al tener conocimiento de la división, debió paralizar el procedimiento, y si entendía que no había habido lesión, exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 399, y luego de concretada la hipoteca a la porción adjudicada al deudor, seguir el procedimiento contra ésta. En el segundo, el adjudicatario, en la subasta, debe exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el mismo artículo y concretar su adquisición a la citada porción.

FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad