

que ni los interesados ni la Ley consideran necesario como garantía del procedimiento, o por aplicar un criterio excesivamente restringido" (9 de abril de 1941).

La sentencia del día contiene una cadena de decisiones predeterminantes de la nulidad del laudo por nulidad de la prórroga.

Tal vez el complejo desborde el ámbito limitado del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley Procesal y exige el trámite del juicio declarativo.

Juan CASTRILLO

*Abogado y Notario de los Ilustres
Colegios de Madrid.*

2. Indivisibilidad de la hipoteca

(SENTENCIA 10 MARZO 1947)

ANTECEDENTES.—Por D.^a Marta y D.^a Blanca se formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, con fecha 12 de marzo de 1943, contra los herederos de D. Bartolomé S., fundada en los siguientes hechos: Que mediante escritura pública de fecha 11 de febrero de 1928, D. Francisco y D. Gonzalo concedieron un préstamo de 155.500 pesetas a D. Rafael R., en cuya cantidad, que conjuntamente prestaron aquellos señores, participaban en la proporción de 95.500 pesetas y de 60.000 pesetas, respectivamente; y en garantía de dicho préstamo, el Sr. R. constituyó hipoteca sobre una casa en construcción en Madrid. Por faltar el deudor al cumplimiento de sus obligaciones, los acreedores iniciaron el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ante el Juzgado de Primera Instancia número 10, para hacer efectivo su crédito. Posteriormente, D. Gonzalo cedió su crédito a D. Bartolomé S., mediante la correspondiente escritura, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad. Dicho D. Bartolomé inició, por su parte, procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ante el mismo Juzgado número 10, contra el Sr. R., por la suma de 60.000 pesetas, con cuya cuantía participaba en el crédito de referencia, y seguidos los trámites legales, terminó el procedimiento, en el que se le adjudicó al actor la finca citada en pago de su crédito, haciéndose asimismo la inscripción en el Registro de la Propiedad. Más tarde, en 12 de febrero de 1934, el Sr. S. instó ante el mismo Juzgado la nulidad de actuaciones del repetido procedimiento judicial, sumario, a partir de la resolución acordando la celebración de la subasta, fundándose en que la finca objeto de la ejecución había sido anunciada y rematada como casa, y el hecho cierto es que sólo se trataba de un solar sin desmontar; petición que desechó el Juzgado, reservando al actor el derecho de instarla en el juicio declarativo correspondiente. En tanto que se sucedían estos hechos, el procedimiento sumario instado por D. Francisco y D. Gonzalo estuvo paralizado, sin que D. Gonzalo ni D. Bartolomé, que del mismo traía causa por contrato de cesión, desistieran de aquel procedimiento. Con fecha 22 de enero de 1934, o sea con gran posterioridad a la adjudicación de la finca hipotecada al Sr. S.; D. Francisco, que hasta entonces no había tenido noticia del procedimiento seguido por el cesionario de la participación en el crédito de D. Gonzalo, instó el curso de los autos del procedimiento que en unión de éste iniciara, si bien sólo por su participación de 95.500 pesetas, y previos los trámites legales pertinentes, se dictó auto el 1 de septiembre de 1934, adjudicándose la finca hipotecada al Sr. S.

tecada al actor, en pago de su crédito, y presentado el auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad, se denegó su inscripción, alegando que ello implicaría la cancelación de la verificada a favor del Sr. S., que conforme al artículo 51 del Reglamento de la Ley Hipotecaria se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia, y además sería tanto como resolver la preferencia entre dos acreedores del mismo rango hipotecario, lo que no entra dentro de las facultades del Registro de la Propiedad. Dicho D. Francisco entabló el oportuno recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que fué desestimado por resolución de 9 de diciembre de 1935. En 29 de octubre de 1936 falleció don Francisco, y practicadas las operaciones de partición de su herencia, se adjudicó su participación a D.^a Marta y a D.^a Blanca. Por todo lo expuesto se solicitaba que se tuviese por deducida acción en juicio ordinario de mayor cuantía contra los herederos causahabientes de D. Bartolomé S., y en definitiva se declarara la nulidad de las actuaciones del procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, seguido por el ya indicado don Bartolomé S. contra D. Rafael Rosado, el cual terminó por adjudicación al actor, en pago de su participación en el crédito hipotecario que conjuntamente ostentaba con D. Francisco del total de la garantía afectada, esto es, de la finca urbana, sita en Madrid, calle de Bretón de los Herreros, número 7, y consiguientemente se declarara la nulidad de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad, decretándose tal nulidad por el perjuicio inmerecido que se causó a D. Francisco, y ordenándose practicar una nueva inscripción, en la que la referida casa se adjudique a D. Francisco y D. Bartolomé en las proporciones que les corresponde, conforme a su participación en el crédito hipotecario.

Por escrito de fecha 12 de abril de 1943 los demandantes ampliaron la demanda con los hechos siguientes: Que D. Bartolomé falleció intestado el día 3 de noviembre de 1934, en estado de viudo, dejando un hijo llamado Eusebio J., que a su vez falleció el 29 de enero de 1939, sin otorgar testamento, hallándose casado con D.^a Francisca, de cuyo matrimonio deja un hijo llamado Angel; que, por lo tanto, los únicos herederos conocidos eran los ya indicados D. Angel y D.^a Francisca, siendo su paradero desconocido, por cuyo motivo debía emplazárseles por edicto; así como al Ministerio Fiscal, en representación de las personas desconocidas o inciertas, que puedan ser menores, ausentes o incapaces, y que puedan tener igual o mejor derecho a la herencia del indicado D. Bartolomé; y como podría darse el caso de que los titulares de la herencia la hubiesen repudiado, debe asimismo emplazarse al Abogado del Estado, por los derechos que a éste le corresponderían en tal evento.

Acordado como se pedía y hechos los emplazamientos correspondientes, compareció en autos el Abogado del Estado, que contestó a la demanda condicionando el reconocimiento de los hechos a lo que de la prueba resultara.

Asimismo compareció la representación de los demandados, que evacuó el traslado de contestación a la demanda.

El Ministerio Fiscal, emplazado, como ya se dijo, expuso, contestando a la demanda, que como habían comparecido en autos los herederos de don Bartolomé, y no había principio de prueba, ni aun noticia de que existieran otros herederos, no tenía representación alguna en pleito.

Renunciado al traslado de réplica por la parte demandante, se acordó el recibimiento a prueba, y evacuado a su tiempo el traslado de conclusiones por una y otra parte y declarados conclusos los autos, dictó sentencia el Juez de Primera Instancia número 9 de Madrid, en fecha 12 de abril de 1944, absolviendo a los demandados.

Interpuesta apelación contra la mencionada sentencia por los demandantes ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, admitida ésta y sustanciada la apelación, dictó sentencia confirmando la apelada.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Fundados todos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Primero. Infracción por violación y falta de aplicación del artículo 394 del Código civil y de la doctrina legal establecida en las sentencias de 18 de diciembre de 1933 y 4 de abril de 1921, ya que el crédito hipotecario que se constituyó en la escritura de 11 de febrero de 1928 pertenecía a D. Francisco y D. Gonzalo, en común y proindiviso, y, sin embargo, los herederos de D. Bartolomé, que a su vez era continuador de D. Gonzalo, se separó del procedimiento que conjuntamente emprendieran ambos titulares, y en procedimiento separado obtuvo en pago de su parte de crédito la adjudicación de la totalidad de la finca hipotecada. Por todo ello es nulo el procedimiento que instó, nula de adjudicación y nula también su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Segundo. Infracción por violación del artículo 1.860 del Código civil; pues el Derecho real de hipoteca constituido en la escritura de referencia es, como todos los de su clase, indivisible, sin más excepción que la del supuesto—que no se da en este pleito—en que siendo varias las cosas dadas en hipoteca, cada una de ellas garantiza solamente una porción determinada del crédito.

Tercero. Infracción por violación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1909. En el procedimiento sumario regulado en dicho artículo las cargas anteriores continúan subsistentes (regla 8.ª) y las posteriores se cancelan (regla 17); nada dice sobre cargas de igual rango, es decir, que no sean anteriores ni posteriores, como ocurre en el presente caso, resultando de ello una de las dos consecuencias: a) Que la hipoteca por la parte de crédito que pertenece a los herederos de D. Francisco está vigente y, por tanto, puede ser ejecutada sobre la finca hipotecada, perteneciente—supuesta la validez de la adjudicación—a los herederos de D. Bartolomé. En este supuesto, la parte de crédito de D. Francisco sería tratada como anterior y preferente, siendo igual. b) Que dicha parte de hipoteca perteneciente a D. Francisco ha quedado cancelada; en consecuencia, siendo igual a la otra parte, en cuanto a rango, sería tratada como posterior. No se atrevió a tanto la contestación a la demanda, aunque sostuvo que la hipoteca había quedado cancelada, pero vivo el crédito, con notorio desconocimiento de la inseparabilidad de ambos.

CONSIDERANDOS.

.....

Segundo. Que del resultado de los hechos anteriormente expuestos el nervio de la cuestión suscitada en este pleito y sobre el que se proyectan los motivos del presente recurso, consistente en determinar la efectividad que ante la Ley sustantiva y el derecho especial hipotecario, hay que reconocer a esa participación de 95.500 pesetas que continúa subsistente del crédito hipotecario de 155.500 pesetas que asegurado por la escritura pública de 11 de febrero de 1928 se halla amparado por una inscripción no cancelada existente en los libros del Registro de la Propiedad, pero cuyo objeto del gravamen ha desaparecido totalmente por haber sido adjudicado en pleno dominio y libre de cargas en virtud de subasta mediante procedimiento especial hipotecario instado por el titular de la otra participación del referido crédito hipotecario de 155.500 pesetas, que se garantizó por el mismo documento público y fué amparado por la misma inscripción en el Registro.

Tercero. Que son principios fundamentales en el sistema hipotecario español, por un lado, la indivisibilidad del derecho real de hipoteca, según establece con diversos supuestos el artículo 1.860 del Código civil, y

por otro el de la jerarquía de las hipotecas en la efectividad de los derechos que ostentan conforme a su cualidad de preferentes en el orden cronológico de sus fechas, y haciendo aplicación de estos principios al caso controvertido en el presente recurso, se advierte que conforme al principio de ellos, la hipoteca establecida sobre la finca de la calle de Bretón de los Herreros, número 7, de esta capital, mediante la escritura de 11 de febrero de 1928, constituyó un único gravamen garantizador de un solo crédito total de 155.500 pesetas, debido a dos titulares, quienes si bien discriminaron sus participaciones de 95.500 y 60.000 pesetas, respectivamente, haciéndose así constar en la escritura y en la inscripción en el Registro de la Propiedad, procedieron ambos con visible propósito de imponer una sola carga sobre el referido inmueble, como lo indica la asignación de la cantidad de 30.000 pesetas para gasto, sin hacer división alguna en ellas con referencia a las participaciones aludidas y al haber iniciado conjuntamente el procedimiento sumario que posteriormente quedó en suspenso para hacer efectivo el total del crédito, y tal situación jurídica no pudo ser sustancialmente cambiada por la cesión que D. Gonzalo hizo al Sr. S. de su parte en el crédito referido porque lo que se efectuó fué un cambio en la persona de un acreedor sin mutación en la cosa, toda vez que el cesionario quedó en virtud de la cesión subrogado en el lugar del cedente, sin adquirir más derechos ni menguar en los que éste tenía y, desde luego, sin alterar ninguna de las estipulaciones contenidas en el documento público originario, por lo que es forzoso reconocer que al no ser divisible el derecho real de hipoteca no era lícito a un titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria en su solo provecho sobre toda la finca gravada porque ambos acreedores integraban una forma de comunidad, ya que sus respectivos créditos no gravaban sobre partes determinadas diferentes de la finca, sino que el total del préstamo y gastos se hallaba impuesto sobre la finca toda y por ende el ejercicio individual del derecho de cada uno se hallaba constreñido por la condición de no ocasionar lesión al derecho del otro ni hacer imposible su ejercicio por desaparición de la cosa, por todo lo cual es innegable el error en que incurre la Sala sentenciadora al fundar su resolución en la consideración de que S. pudo perseguir la efectividad de su crédito hasta conseguir la adjudicación del inmueble porque usaba de su derecho, y es sabido que *qui jure suo utitur neminem laedit*, y también porque no hay precepto que impida a un acreedor hipotecario ejercitar su derecho por su cuantía o participación con independencia de los demás cuando el crédito a que se refiere está atribuido a varios acreedores, toda vez que estas afirmaciones tan generales no resultan completamente exactas porque aparte de la limitación que se establece en el párrafo tercero del artículo 1.860, antes aludido, del Código civil, en el que existe un derecho, pero se impide su ejercicio ante el riesgo del daño ajeno, supuesto análogo al presente, la aplicación de aquella doctrina en el caso de hipoteca única sin distribución en las partes del inmueble gravado produce de hecho la división de lo que la Ley prohíbe que sea dividido y hace ineficaz un derecho que se halla protegido con rotundas garantías sustantivas y procesales hasta llegar a

estimarse necesario exigir la mayor rigidez en la aplicación de los preceptos que salvaguardan los derechos inscritos, y acusado este error en el Tribunal a que procede estimar los motivos primero y segundo del presente recurso.

Cuarto. Respecto del segundo de los principios fundamentales del sistema hipotecario español, de que más arriba se hace mención, o sea al referente a la jerarquía que en su efectividad tienen las hipotecas conforme a su cualidad de preferentes o al orden cronológico de su inscripción, es de notar que en el caso a que se contrae el pleito que origina el presente recurso se ha producido la anomalía hipotecaria de que en virtud de la adjudicación de la finca gravada como consecuencia del procedimiento instado por el titular de una participación del crédito que aquélla en su totalidad garantizaba, ha quedado sin cancelar la inscripción de la hipoteca originaria y subsistente el resto del crédito, quedando sin determinar al efectuarse la adjudicación y consiguiente nueva inscripción de dominio si esta hipoteca no cancelada continúa gravando sobre el inmueble, conforme para las anteriores en fecha a la ejecución que establece la regla octava del artículo 131 de la Ley, o si ha perdido su vigor y eficacia, como acontece a las posteriores, y esta anomalía hipotecaria contra la que se formula el motivo tercero del recurso se ha ocasionado en primer término *por haberse quebrantado el principio de la indivisibilidad de la hipoteca que recoge el Considerando anterior*, pues al dividir en dos, según las participaciones en el crédito el gravamen que estableció la escritura de 11 de febrero de 1928, se ha hecho surgir el concepto de que ambas cargas eran simultáneas por ser de la misma fecha y rota la forma diferencial entre cargas anteriores y posteriores a la que se ejecuta, que regula el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley, queda esta carga considerada simultánea en situación que no se halla resuelta por ningún precepto, lo que pudiera parecer una laguna de la Ley; pero hay que advertir que tal situación no puede producirse en nuestro sistema hipotecario, en el cual, siguiendo con inexcusable rigor el principio *potior tempore prior jure*, se exige forzosamente la consignación de la fecha, incluso con la determinación horaria de cada inscripción, atribuyéndosele por ello un orden y rango definido que facilita el movimiento normal del mecanismo procesal hipotecario, haciendo imposible, siempre con obediencia, el principio de indivisión y con la excepción de las hipotecas constituidas en garantía de títulos o de obligaciones que por su peculiaridad tienen un especial régimen marcado en la Ley, que en modo alguno puede generalizarse, que concurran en un procedimiento gravámenes de igual rango o derecho, y por otra parte también ha contribuido a producir la anómala situación aludida *al vicio procesal que se observa en el procedimiento especial sumario seguido por el Sr. S., que terminó por la adjudicación de la finca en cuestión mediante el auto expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de fecha 1.º de septiembre de 1932, pues en el dicho procedimiento, omitiendo toda mención a la carga que representaba la participación de las 95.510 pesetas que D. Francisco tenía sobre el inmueble gravado, sin declararla subsistente, por estimarla anterior.*

ni hacer las notificaciones que la regla quinta del artículo 131, tantas veces citado, previene para los acreedores posteriores, se deja de acordar, conforme previene la regla 17.^a del artículo referido, la cancelación de la hipoteca que originariamente garantizaba el crédito del actor, realizada en virtud de la repetida escritura de 11 de febrero de 1928, y se ordena, en cambio, la cancelación del asiento producido por la inscripción de la escritura de cesión del crédito de 60.000 pesetas que D. Gonzalo hizo al ejecutante Sr. S., y que, como antes queda dicho, no pudo alterar ni modificar la esencia, individualidad y extensión de la hipoteca inscrita en 1928, garantizando el crédito total de ambos acreedores, y por haberse producido a causa de todo ello la violación del contenido del artículo 1.^o de la Ley Hipotecaria de 1909, que demanda el motivo tercero y último del recurso, es procedente la estimación del mismo y, por consecuencia, dar lugar al recurso.

FALLO.—Ha lugar.

COMENTARIO

De igual manera que el artículo 1.861 del Código civil, el 105 de nuestra Ley Hipotecaria ordena que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. La obligación mancomunada con pluralidad de acreedores formalizada en la escritura de 11 de febrero de 1928 se aseguró mediante un derecho real de garantía con la hipoteca constituida a favor de F. y C. sobre una finca sita en esta ciudad.

La hipoteca es, según Planiol¹, una garantía real que sin implicar la desposesión actual del propietario de la cosa hipotecada permite al acreedor embargarla al tiempo del vencimiento para hacerla vender en cualesquiera manos que se encuentre y cobrarse con el precio obtenido con preferencia a los demás acreedores. Wolff la considera como el gravamen de una finca con una cantidad en metálico de carácter accesorio, y Heck², como derecho real que faculta, caso de incumplimiento de una obligación de suma de dinero, a obtener su importe de un bien inmueble.

En su precioso tratadito dedicado al Derecho de Cosas, afirma Hedeman que la hipoteca constituye un caso singular de los derechos reales de garantía, en la que no es la tierra en su ser natural, sino su valor, en cambio, lo decisivo, por lo que puede expresarse con la fórmula de que es la responsabilidad sobre el valor en cambio de una finca de un crédito dinerario.

Si nos representamos la tierra como parte de la superficie del Globo susceptible de aprovechamiento natural por el hombre, podemos también tener en cuenta su valor en dinero y colocar a éste como base para determinados derechos reales. La hipoteca constituye un caso tipo de los denominados derecho de realización del valor, no otorga ninguna participación en lo que podría llamarse substancia de la tierra, sino que utiliza con una determinada finalidad el valor en dinero del terreno.

1. *Tratado de Derecho Civil*, vol. II, pág. 861.

2. *Grundriß des Sachenrecht*, pág. 314.

En suma, la hipoteca va unida a una obligación. El interés del acreedor por la prestación resulta asegurado con la cosa hipotecada y con todos los medios que protegen al acreedor ordinario. El crédito por garantizar es tan esencial en los derechos reales de garantía como lo sea en la fianza. enseña Wolff.

No queremos detenernos aquí en señalar la evolución del paralelismo entre el derecho de crédito y el derecho real de garantía, aunque sí convendrá recordar, al menos, que fué la ciencia del Derecho común la que constituyó la naturaleza accesoria del derecho de hipoteca, paladinamente puesta de relieve por Windscheid al decir que el derecho de garantía presupone una obligación. Dedicado a la seguridad de una obligación, pierde con la extinción del crédito la base para su existencia y se extingue cuando la obligación deja de existir.

Adviértese, por lo tanto, que dado ese marcado paralelismo entre el derecho de obligación y el derecho real, y rigiéndose la extinción de aquél con arreglo a los modos normales de extinguirse las obligaciones, la pérdida de ésta que algunos califican (efecto jurídico primario), pondrá también fin a la vida del derecho real (efecto jurídico secundario). De suerte que un solo acto produce esos dos efectos, la extinción de la relación jurídica obligacional y la pérdida del derecho real de garantía. Es la voluntad de las partes la que conferirá, unas veces, interés primordial a una u otra finalidad, o ambas por igual. El acto de pago modo normal del cumplimiento de las obligaciones puede pretender en ocasiones, como aspiración suprema de los contratantes, liberar la finca de un gravamen real implícito en la hipoteca, como cuando se trata de disponer de la cosa libre de cargas ante una operación de venta favorable o de someterla a gravamen en condiciones más ventajosas. Mas las consecuencias de la dependencia o accesoriadad no son tan absolutas que eliminen aquellos supuestos en que, extinguida o en suspenso la relación jurídica obligacional, el derecho real de garantía continúe subsistente, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de prescripción o concurso.

El moderno Derecho alemán no admite esa extinción de la hipoteca por la extinción del crédito, como sucedía en el Derecho anterior. Debido a influencias de la legislación prusiana se han reducido considerablemente, merced a la deuda inmobiliaria, los casos de extinción de la hipoteca. No obstante, el Derecho en vigor sanciona como casos de extinción los de satisfacción del acreedor sobre la finca o sobre los objetos a los que se extiende la hipoteca, y la adjudicación de la finca al mejor postor en la subasta judicial, que no sólo libera de las hipotecas que se han de satisfacer con el producto obtenido, sino que extingue las que quedan en descubierto.

En el Derecho español no se admite esta conversión de la hipoteca en deuda inmobiliaria del propietario; pero se reconocen como causas de extinción de la hipoteca, entre otras, el haber sido satisfecho el acreedor en ejecución forzosa y la adjudicación de la finca al mejor postor en la subasta o al mismo ejecutante. Tal es, precisamente, el supuesto de hecho de la sentencia del Alto Tribunal que se comenta, si bien ofrezca la particularidad de que la adjudicación de la finca al cesionario de la partici-

pación hipotecaria dejó subsistente la otra participación de la misma hipoteca. Es decir, que la adjudicación se hizo, en parte, contra lo dispuesto en la regla décimoséptima del art. 131 de la Ley Hipotecaria, que señala las normas del procedimiento judicial sumario, y conforme a la cual: verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto, aprobándolos en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen y ordenando la *cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor*, y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla.

En sus conocidos comentarios sobre legislación hipotecaria (vol. IV, página 125, 2.^a edición), escribe Morell y Terry, al analizar el artículo 131 de la Ley, que toda subasta se anuncia con dos condiciones esenciales: "1.^a, que los licitadores o el acreedor adjudicatario aceptan como bastante la titulación consistente en la certificación del Registro, y 2.^a, que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor han de continuar subsistentes, entendiéndose que el rematante o el adjudicatario los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate".

Las palabras *anteriores*, según un conocido comentarista, refiérense a cargas y *preferentes* a gravámenes. Si bien parece más correcto estimar que anteriores se refiere tanto a cargas como a gravámenes, y lo mismo ocurre con las preferentes. Quiere la Ley que se respete todo derecho preferente al del actor, ya sea por su naturaleza, ya por su fecha, ya por la fecha de la inscripción, ya por convenio de los interesados.

Roca Sastre, en sus justamente reputadas *Instituciones de Derecho Hipotecario* (vol. III, pág. 471), distingue, al estudiar los efectos del procedimiento, dos grupos entre los acreedores: los derechos, cargas o gravámenes anteriores o preferentes a la hipoteca, que determina la ejecución, y los posteriores. Para los primeros, la ejecución hipotecaria es *res inter alios acta*. Permanecen completamente extraños a su substanciación y consumación; sus titulares ni siquiera son notificados de la existencia del procedimiento, pues la Ley entiende que con la subsistencia quedan incólumes.

Respecto de los principios de la ejecución forzosa cabe adoptar el sistema de la liquidación o el de la subsistencia. Nuestro Derecho, antes de la reforma hipotecaria de 1909 y conforme al artículo 1516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, seguía el primero, según el cual hipotecas o gravámenes anteriores o preferentes como los posteriores quedaban extinguidos, y a su extinción se dedicaba el precio del remate³.

Con el sistema del mantenimiento de las cargas subsisten las anteriores y preferentes y se subroga en ellas al adjudicatario. Es el régimen adoptado por el artículo 131 de nuestra Ley Hipotecaria; también la adjudicación judicial lo sanciona para toda enajenación judicial de las fincas hipotecadas. Mas si se justifica en cuanto evita los acreedores preferentes

3. Véase ampliamente sobre la ejecución procesal en la Ley Hipotecaria los estudios de GUASP (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941) y de BLÁZQUEZ.

la extinción de su derecho, que quedaría, en otro caso, a merced de la actuación de cualquier otro acreedor hipotecario posterior, y no obliga tampoco al rematante a satisfacer, con el consiguiente desembolso, todas las cargas, su realización ofrece ciertas dificultades, como es la que se ha puesto de relieve en el caso decidido por el Tribunal Supremo.

Omitida la notificación de los acreedores anteriores o preferentes, éstos ignoran la tramitación de un procedimiento que innegablemente les afecta y quedan en un verdadero desamparo cuando tienen rango simultáneo, pues no se les considera anteriores y tampoco pueden ser posteriores. Por otra parte, la apuntada división de las cargas y gravámenes silencia el trato que deba darse a esos acreedores de igual rango, y en este silencio radica el nódulo de las dificultades planteadas en el pleito.

Los hipotecaristas patrios, entre ellos el eximio maestro D. Jerónimo González⁴, Morell⁵ y Roca⁶, han señalado el vacío de nuestra legislación. Nos referimos, escribe Morell, a la hipótesis en que los gravámenes hipotecarios no sean ni preferentes ni anteriores ni posteriores al crédito del actor que debe cancelarse, sino simultáneos o del mismo rango. Acaece así en el caso, que puede ser frecuente, de que el procedimiento ejecutivo se incoe por alguno de los partícipes en un crédito hipotecario, existiendo a la vez otros en el mismo crédito que no ejecutan. Surge la duda de si el derecho de los acreedores que no ejecutan ha de cancelarse o, por el contrario, ha de mantenerse subsistente. En una palabra, si en este caso procede aplicar o no la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión para abordar el delicado problema en la Resolución de 26 de noviembre de 1917, por la que se muestra refractaria a estimar de aplicación la expresada regla a la hipótesis de gravámenes simultáneos, y recuerda que el artículo 127 de la Ley concede, en los casos de división objetiva, al mejor postor opción de adquirir la finca con la carga de la hipoteca o depositar su importe con los intereses correspondientes.

En otra Resolución de 9 de diciembre de 1935 ha tenido ocasión de volver la Dirección General del Ramo sobre la cuestión. Versa esta Resolución sobre el mismo asunto que ahora ha sido decidido por el Tribunal Supremo, y en ella se declara que la norma diferencial entre cargas anteriores y posteriores se quiebra cuando los gravámenes son del mismo rango por haberlos adquirido en una especie de mancomunidad.

Dos principios básicos en nuestro sistema hipotecario resultan admitidos como ejes de cristalización para el razonamiento del fallo dictado por el Supremo: la indivisibilidad del Derecho real de hipoteca y la jerarquía de las mismas.

Por el primero, sancionado por el artículo 1.860 del Código civil, se declara la hipoteca indivisible, aunque la hipoteca se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. En igual sentido se pronuncia el ar-

4. Véase la Memoria de este año. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929.

5. Ob. cit. vol. 3.º pág. 142.

6. Ob. cit. vol. 3.º pág. 473.

título 122 de la Ley Hipotecaria: la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada.

Influídos por este carácter de la hipoteca los Códigos civiles francés e italiano, llegan a reconocer el aforismo de que la hipoteca es *tota in toto et tota in qualibet parte*, en tanto la legislación alemana parte de la divisibilidad de la hipoteca, que se opera fundamentalmente por cesión, por adjudicación judicial o por ministerio de la Ley.

Certeramente consigna la sentencia analizada que por aplicación del principio de indivisibilidad no era lícito al titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria sobre la totalidad de la finca en su provecho exclusivo y obtener la ventaja egoísta para sí a espaldas de su igual en derecho.

Porque de lo contrario de nada serviría con que uno de los acreedores procurase evitar graves quebrantos al deudor y se abstuviese de ejercitar su derecho ante los Tribunales hasta haber agotado todos los procedimientos persuasorios y corteses si la impaciencia, la desconsideración de cualquier otro podía determinar la efectividad del derecho realizando el valor de la finca, es decir, ejercitando el poder más característico que la Ley otorga, incluso en aquellos momentos de crisis económica en los que el precio del inmueble resultase más afectado.

Ahora bien, reconocida como única la hipoteca, parece forzoso estimar la contradicción de que la adjudicación de la finca a virtud del ejercicio de la acción hipotecaria no haya causado la cancelación de la hipoteca primitiva. Los vínculos de la mancomunidad que une a los acreedores impiden dar por lícita, por poco equitativa, la solución mediante la que uno de ellos se proporciona plena satisfacción de su derecho y el otro queda totalmente desamparado.

Si se admite que el ejercicio de la acción hipotecaria debe desenvolverse tanto más correctamente cuanto más se adapte al ideal legislativo, que en la materia representa el principio del mejor aseguramiento y garantía del acreedor sin graves menoscabos del deudor, es decir, que debe buscarse lograr la más plena satisfacción para el derecho del acreedor con los mínimos sacrificios para el deudor, se comprenderá cómo es plausible la orientación justiciera de la solución consignada en el fallo, aunque deban señalarse algunas observaciones a los razonamientos hechos en torno al que denomina principio de jerarquía de las hipotecas. En efecto, el llamado principio de prioridad no ha de negarse que goza de superior trascendencia en los sistemas hipotecarios de transcripción que la tiene en otros de patrón germánico, como, por ejemplo, el Derecho suizo. En el proyecto de Código civil de 1851, el libro *Diario* daba la pauta para determinar el valor de los derechos, especialmente en el procedimiento ejecutivo. El asiento de presentación fija el punto de partida de la publicidad del Registro e inicia el procedimiento hipotecario, dirigido a la práctica de un asiento.

Pero de esta trascendencia que tiene en nuestro sistema hipotecario no puede llegar a atribuírsele virtualidad suficiente para silenciar una situación verdadera de laguna legal que en nuestro Derecho tenían las cargas

simultáneas o de igual rango. No puede negarse la existencia en el Derecho Inmobiliario español de esta clase de hipotecas. Aparte de las originadas por un solo documento o por varios de igual o distinta fecha que las colocan en la misma línea, hay otras nacidas de proindivisiones o comunidades hereditarias y las que surjan por fraccionamiento del capital en distintos plazos, sin prelación específica o por cesiones parciales de igual carácter.

El artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como hemos tratado de demostrar, silencia el trato que deba darse a los hipotecantes del mismo rango. En supuestos de gran analogía, la primitiva Ley Hipotecaria como la vigente (artículos 127, 135, 149 y 155), parecen inclinarse a equiparar las cargas preferentes y las iguales. Recuérdese que el derogado artículo 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento civil obligaba al prorrateo del valor líquido de la venta entre todos los títulos de igual derecho, cuando en virtud de alguno solamente se hubiera despachado la ejecución.

Mas la advertida laguna de nuestro Derecho, en la actualidad resulta colmada por el vigente Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, publicado en el *B. O. del Estado* de los días 16, 17 y 18 de abril siguiente, que en el artículo 227 dispone: "*Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.*"

El culto Registrador Sr. La Rica, en su trabajo sobre la *Nueva reglamentación hipotecaria*, se refiere al problema, "lleno de dificultades", de las hipotecas simultáneas, que se ofrece en toda su crudeza cuando, como acontecía en el caso de autos, el precio del remate o adjudicación de la finca no fué suficiente para cubrir todos los gravámenes de igual rango. Ciertamente, la solución arbitrada por el Reglamento Hipotecario consiente la fácil objeción de que hace de mejor condición a aquel acreedor que no ejecuta. Más para cuando los derechos iguales no se ejecutan al mismo tiempo se ha logrado con ello una norma clara que permitirá a los Tribunales en lo sucesivo saber a qué atenerse e impedirá soluciones trazadas sobre un *blanco* de la Ley, y que rozan en algún sentido la economía procesal al decretar la nulidad de un juicio ya consumado.

Sebastián MORO LEDESMA
*Letrado de la Dirección General de
Registros y del Notariado, Abogado
del Ilustre Colegio de Madrid*

3. Incapacitación del imbecil

(SENTENCIA 5 MARZO 1947)

ANTECEDENTES.—Con motivo de un pleito seguido por doña María P. P. para que se declarara nula determinada escritura en la que había intervenido en unión de sus hermanas doña Josefa y doña Francisca, de un lado, y su madre doña Teresa P., de otro, y cuando aquél se encontraba en tramitación se inició por doña María expediente en el Juzgado de A. para que se declarase la incapacitación para administrar sus bienes de sus hermanas doña Josefa y doña Francisca.