

# LA NOVEDOSA REGULACIÓN DE LA HIPOTECA RECARGABLE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

**JOSÉ ANTONIO HERRERA SÁNCHEZ**  
*Diplomado en Estudios Avanzados.*  
*Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña María Teresa BOTE GARCÍA, doña Soraya CALLEJO CARRIÓN, don Gonzalo DOMÍNGUEZ RUIZ, don Carlos ROGEL VIDE y don Alberto TAPIA HERMIDA.

## **Extracto:**

LA «hipoteca recargable» fue una de las novedades de la reforma del mercado hipotecario emprendida por el Ministerio de Economía. Se diseñó en un entorno de tipos de interés creciente, con la finalidad de facilitar a las economías domésticas el acceso al crédito, ofreciendo a los propietarios la posibilidad de volver a endeudarse por el importe de la hipoteca ya amortizado, y financiar de ese modo a un menor coste compras de otros bienes y servicios.

La denominada «hipoteca recargable» ha sido introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y permite ampliar el capital de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras, sin que ello suponga la pérdida o alteración del rango de la hipoteca, y sin consentimiento de los titulares de derechos inscritos con posterioridad (salvo incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo del préstamo por ese incremento).

Esa ampliación del capital del préstamo manteniendo el rango de la hipoteca, choca con la interpretación tradicional de los principios de accesoriedad y determinación: una hipoteca garantiza una única obligación (art. 104 Ley Hipotecaria). Ahora, una hipoteca puede garantizar una nueva obligación, conservando su rango y sin consentimiento de los titulares registrales posteriores.

**Palabras clave:** hipoteca recargable, ampliación, accesoriedad, determinación, rango.

# Sumario

- I. Preliminar.
- II. Antecedentes y derecho comparado.
  1. La «hypothèque rechargeable» del derecho francés.
  2. La hipoteca de propietario del derecho alemán.
- III. Las ampliaciones del capital de préstamos hipotecarios antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007.
  1. Naturaleza jurídica de la ampliación.
  2. Formalidades y cuestiones prácticas sobre la novación modificativa de la ampliación de hipoteca.
  3. Jurisprudencia registral sobre la ampliación del capital de préstamos hipotecarios.
- IV. La «hipoteca recargable» en el derecho positivo español.
  1. El problema de la accesoriedad de la hipoteca.
    - 1.1. Postura de la doctrina científica.
    - 1.2. Posición de la jurisprudencia sobre la accesoriedad.
  2. Finalidad de la hipoteca recargable.
  3. Requisitos de la hipoteca recargable.
    - 3.1. Requisito subjetivo.
    - 3.2. Requisito temporal.
    - 3.3. Requisitos formales.
    - 3.4. Requisitos materiales exigibles a la hipoteca recargable.
  4. Problemática que suscita la hipoteca recargable.
    - 4.1. La concurrencia y prelación de estos créditos recargables.
    - 4.2. La hipoteca recargable en el concurso.
- V. Conclusiones.

## Bibliografía.

## 1. PRELIMINAR

El pasado 8 de diciembre de 2007 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Con esta ley se puso fin a la tramitación iniciada por la Proposición no de Ley para la Reforma del Mercado Hipotecario presentada por el Grupo Socialista en el Congreso (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 15 de febrero de 2005).

Como señala el preámbulo los objetivos de la mencionada ley son, fundamentalmente, eliminar los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo legal de los productos y, por último, la mejora de los instrumentos de financiación.

Por lo que se refiere al primero de los referidos objetivos, con esta reforma del Mercado Hipotecario se pretende la flexibilización del mismo facilitando la utilización de nuevas modalidades de hipoteca. No cabe duda que la aplicación rígida del principio de accesoriedad, unido a la imposibilidad de refinanciación sin pérdida de prioridad, excluían la utilización de figuras demandadas por el mercado. Es, por tanto, una reforma destinada a facilitar la expansión del crédito hipotecario haciendo posible productos financieros inexistentes en el momento de su entrada en vigor o insuficientemente regulados.

Entre esas nuevas modalidades de hipoteca que la nueva normativa regula, se encuentran: la «hipoteca global o flotante», al introducir un nuevo artículo 153 bis a la Ley Hipotecaria y la denominada «hipoteca inversa», regulada en la disposición adicional primera de la ley.

Además de estas dos figuras, la mejora y flexibilización del mercado hipotecario que la reforma introduce, permite a las entidades de crédito ofertar la denominada «hipoteca recargable», figura que no aparece explícitamente citada en la Ley 41/2007, sino que se desprende de su articulado<sup>1</sup>, y que permite al deudor disponer de nuevo del capital ya amortizado, manteniendo el rango y la garantía inicialmente constituida salvo que implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Este trabajo tiene por finalidad realizar un estudio de la llamada «hipoteca recargable», de novedosa regulación en nuestro derecho positivo, que plantea cuestiones de gran interés jurídico, que

<sup>1</sup> En el artículo 13.2 de la Ley 41/2007, que da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

trataré de ir desgranando a lo largo de este trabajo, buena parte de ellas motivadas por la muy parca regulación que el legislador ha hecho de la misma y, que previsiblemente, será objeto de desarrollo legislativo más extenso en el futuro, pero aun así, lo considero un tema de suficiente interés como para profundizar en su estudio.

## II. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

La hipoteca recargable es una figura que ha sido importada por nuestro legislador del derecho francés, y que permite al deudor disponer de nuevo del capital ya amortizado, manteniendo el rango y la garantía inicialmente constituida, siempre que no implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

### 1. La «*hypothèque rechargeable*» del derecho francés.

En efecto, en julio de 2003, el Ministerio de Justicia francés, acogiendo la iniciativa de la «Association Henri Capitant des amis de la cultura juridique française», constituyó una comisión gubernativa para plantear una reforma del derecho de garantías. La Comisión, presidida por el profesor M. GRIMALDI<sup>2</sup>, presentó el 31 de marzo de 2005, después de año y medio de trabajo, el proyecto de reforma. Y fue L'Ordonnance n.º 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (*Journal Officiel* n.º 71 du 24 mars 2006), la que recoge una legislación innovadora en el ámbito de los derechos de garantía, y ha supuesto una importante modificación en la regulación de esta materia en el Code Civil francés y, en particular, en sus artículos 2.422 y 2.423<sup>3</sup> que regulan la denominada «hipoteca recargable»<sup>4</sup> como una variante de la hipoteca convencional.

<sup>2</sup> Université Panthéon-Assas, Paris II, y Presidente del Association Henri Capitant.

<sup>3</sup> Artículo 2.422. L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément.

Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2.423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

La convention de rechargement qu'il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée.

Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2430, à peine d'opposabilité aux tiers.

Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargeable.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.

Artículo 2.423. L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne. L'hypothèque s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires.

Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement.

<sup>4</sup> DAGOT, M., *L'hypothèque rechargeable*, Litec, 2006.

La introducción de la «*hypothèque rechargeable*» está, sin duda, entre las innovaciones más significativas de la reforma GRIMALDI<sup>5</sup>.

El artículo 2.422 del Code Civil francés<sup>6</sup>, define la hipoteca recargable como aquella que «peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif», es decir, en el reformado derecho francés de garantías, es una figura jurídica que puede ser utilizada por el prestatario, en garantía de créditos diferentes al originario, ya sea respecto al mismo acreedor, o respecto a otros acreedores, diferentes al primero. La ventaja desde el punto de vista del hipotecante es evidente, ya que este evita los costes que suponen cancelar la primitiva hipoteca, constituida en garantía del crédito originario, y formalizar una nueva, en garantía de ese mismo u otros acreedores. Por otro lado, el acreedor en este tipo de hipoteca, tiene el beneficio de gozar del rango hipotecario originario, siendo preferente respecto a los acreedores que hubieran inscrito sus derechos de garantía con posterioridad a la constitución de la hipoteca recargable.

Según la redacción del nuevo artículo 2.422 del Code Civil francés, la hipoteca puede ser ulteriormente utilizada en garantía de otros créditos respecto de aquellos indicados en el acto constitutivo, siempre que así se hubiese pactado expresamente. Esta regla enseña que, en el reformado derecho francés, no todas las hipotecas serán recargables, sino solamente las que expresamente lo prevean en el acto constitutivo de la hipoteca, y ese pacto de «recarga» deberá formalizarse notarialmente.

El segundo inciso del citado precepto establece que «Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2.423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé». Este segundo párrafo del artículo 2.422 del Code introduce una doble posibilidad: por un lado, que el acreedor originario haya sido pagado, en cuyo caso es evidente que la hipoteca recargable puede ser utilizada para garantizar un nuevo crédito, esto es, la garantía sobrevive a la extinción por pago del crédito originariamente garantizado. De este modo, la figura objeto de estudio introduce una fractura evidente del principio de accesoriedad entre garantía y crédito garantizado, que tradicionalmente, en ordenamientos jurídicos como el francés, italiano o español había sido mantenido de forma muy rígida.

La segunda alternativa planteada por el nuevo artículo 2.422, párrafo 2, prevé, en cambio, que el crédito originario no haya sido pagado. En este caso, la utilización de la hipoteca recargable crea una situación de competencia entre el acreedor originario y el beneficiario de la «recarga». Tal conflicto de intereses es regulado por los párrafos 4 y 5 del nuevo artículo 2.422 del Code Civil, según los cuales la «recarga» será objeto de inscripción mediante notal al margen de la inscripción de hipoteca en los registros inmobiliarios en la forma prevista en el artículo 2.430 del Code, bajo pena de inoponibilidad frente a terceros, lo que determinará el orden de prelación entre los acreedores inscritos.

<sup>5</sup> GRIMALDI, M., «L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire», en *Recueil Dalloz*, n.º 19, 2006, págs. 1.294 y ss.

<sup>6</sup> Según la redacción dada al mismo por L'Ordonnance n.º 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (*Journal Officiel* n.º 71 du 24 mars 2006).

Otra de las condiciones a las que se refiere la reforma hipotecaria francesa, y que reviste una particular importancia, es la exigencia recogida por el artículo 2.423 del Code, «L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité», esto es, la norma impone un límite, cual es, que la «recarga» no puede superar la cantidad determinada por capital en la escritura de constitución de la hipoteca.

Por último, afirmar que lo dispuesto en el artículo 2.422 del Code es materia de orden público y cualquier cláusula en contrario se tendrá por no escrita.

Dicho cuanto ha quedado expuesto, en este modelo francés es en el que se ha inspirado el legislador español, para introducir en nuestro derecho, a través de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la denominada hipoteca recargable.

## 2. La hipoteca de propietario del derecho alemán.

Es el artículo 1.163 del Código Civil alemán (BGB) el que regula la denominada hipoteca de propietario (Eigentümerhypothek), según la cual, si el crédito en cuya garantía está constituida la hipoteca no llega a nacer, la hipoteca corresponde al propietario, y si se extingue ese crédito, la hipoteca también la adquiere el propietario.

La hipoteca de propietario (§ 1.163 y ss. BGB), según HEDEMANN<sup>7</sup>, se funda:

- a) La hipoteca una vez constituida tiene existencia autónoma, por lo que puede entrar en el patrimonio del dueño de la finca hipotecada, sin que se produzca confusión.
- b) En la existencia de un rango fijo, ya que el reconocimiento de la hipoteca de propietario es lo que cierra el paso al avance de los acreedores poshipotecarios.

La hipoteca de propietario es un claro exponente de hipoteca con desconexión de su crédito, esto es, de un derecho real no accesorio, pues deja depender la vida del crédito asegurado. Junto con la hipoteca de propietario, el derecho alemán también regula, como hipotecas de carácter no accesorio, la deuda inmobiliaria (Grundschuld), que es un gravamen consistente en pagar una suma determinada de dinero a la persona favorecida con él sobre el inmueble; y la deuda de propietario (Eigentümergebundene Grundschuld), que surge cuando se confunde en una persona la hipoteca con la propiedad sin que corresponda el crédito al propietario<sup>8</sup>. Dichos derechos de garantía se configuran sobre la sub-

<sup>7</sup> *Tratado de Derecho Civil*, Vol. II (*Derechos reales*). Traducido por J.L. Díez Pastor y M. González Enríquez, Madrid, 1955, págs. 453 y ss.

<sup>8</sup> *Código Civil alemán*, traducido y comentado por EIRANOVA ENCINAS, E., Madrid, Marcial Pons, 1998:

§ 1.163 (Hipoteca de propietario).

«1. Si el crédito por el que se concede la hipoteca en garantía no llega a nacer, la hipoteca corresponde al propietario. Si el crédito se extingue, el propietario adquiere la hipoteca.

2. Una hipoteca respecto a la cual no está excluida la expedición de una cédula hipotecaria corresponde al propietario hasta la entrega de la cédula al acreedor».

sistencia de la hipoteca sin que exista o haya llegado a existir crédito, existiendo una clara disociación entre la garantía (hipoteca) y crédito garantizado. La deuda de propietario como la hipoteca de propietario, doctrinalmente se califican como derechos reales sobre cosa propia, como una propiedad cuantitativamente limitada y como un valor patrimonial en manos de su titular <sup>9</sup>.

Por lo que a la hipoteca de propietario nos interesa, según CASSO <sup>10</sup>, distingue dos formas: a) La que inicialmente se constituye e inscribe a favor del propietario de la finca hipotecada; y, b) la que inscrita, en un principio a favor de un tercero, al ser pagado este, queda a disposición del propietario de la finca. Según este autor, la primera es una hipoteca autónoma e independiente, en tanto que la segunda, es una hipoteca inicialmente accesoria que, posteriormente, se convierte en independiente.

Pero esta denominada hipoteca de propietario, no es admitida en el derecho español, como botón de muestra sirva la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 1034/2000, de 16 de noviembre (RJ 2000/9915), y la jurisprudencia registral que en la misma se cita, que considera que *este tipo de hipotecas han sido vistas con recelo a causa del riesgo de fraude que entraña la inscripción de una hipoteca cuyo verdadero titular no sea otro que el mismo dueño de la finca* (Resoluciones 5 noviembre 1990 y 17 agosto 1993 [RJ 1993, 7116]). *Una admisión indiscriminada de estas emisiones podría afectar al principio que veda la hipoteca de propietario, que pareció oportuno conservar en nuestro sistema hipotecario en armonía con el apotegma «nemine res sua servit» –la hipoteca constituye un «ius in re aliena»– y el carácter accesorio* (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944; Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 [RJ 1994, 239]), *pues (sin necesidad de entrar aquí en la incidencia de la hipoteca de seguridad en el principio de la especialidad), se entiende que se vulneraría tal prohibición cuando se constituye una hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor* (Resolución DGRN de 22 de marzo de 1988), *o cuando la hipoteca constituida supone una reserva de rango abstracta (prohibida en nuestro Derecho, Resoluciones de la DGRN de 5 de noviembre de 1990 y 17 de agosto de 1993).*

§ 1.177 (Confusión de la hipoteca y de la propiedad).

«1. Si la hipoteca y la propiedad se confunden en una persona, sin que el propietario esté también facultado al crédito, la hipoteca se convierte en una deuda territorial. En lo que se refiere a los intereses, tipo de interés, tiempo de pago, denuncia y lugar de pago, las disposiciones determinadas para el crédito permanecen como vigentes.

2. Si el propietario está también facultado al crédito, sus derechos derivados de la hipoteca se regulan, en tanto que exista la confusión, según las disposiciones aplicables a una deuda territorial del propietario».

§ 1.196 (Deuda territorial en beneficio del propietario).

«1. Una deuda territorial también puede constituirse para el propietario.

2. Para la constitución, la declaración del propietario ante la Oficina del Registro de que la deuda territorial ha de ser inscrita para él en el Registro y la inscripción son necesarios, se aplica la disposición del § 878.

3. Una pretensión de supresión de la deuda territorial, de acuerdo con los 1.179 a) o el 1.179 b) solo existe para las confusiones de la deuda territorial y la propiedad en una persona que tenga lugar después de que la deuda territorial haya pertenecido a una persona distinta del propietario.»

<sup>9</sup> AUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, Munich, 1999, pág. 543; DIÉGUEZ OLIVA, R. «Principios registrales de prioridad y especialidad. La llamada reserva de rango y sus relaciones con la hipoteca de propietario: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pág. 321.

<sup>10</sup> Citado por CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre derecho hipotecario*, Tomo II, 3.ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1.299.

### III. LAS AMPLIACIONES DEL CAPITAL DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 41/2007

Antes de entrar en el análisis de la llamada «hipoteca recargable» regulada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, es conveniente hacer un estudio del panorama legislativo y jurisprudencial, existente en nuestro derecho antes de la entrada en vigor de dicha Ley 41/2007.

A nadie se le escapa que en la actual economía de mercado para la adquisición de un inmueble se precisa una financiación ajena a través de un préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble adquirido.

Pero puede ocurrir, y ello es frecuente en la práctica, encontrarnos con dos situaciones:

Por un lado <sup>11</sup>, que el préstamo y el derecho real de hipoteca que lo garantiza existan desde el proceso constructivo de la vivienda, pues el promotor habrá financiado la promoción del edificio y distribuido el principal del préstamo garantizado con la hipoteca entre las diferentes entidades, nacidos de la división horizontal del edificio, con lo cual a la hora de comprar el adquirente tendrá dos opciones: bien, comprar libre de cargas y solicitar al vendedor-promotor la cancelación de la hipoteca y así gestionar su propio préstamo hipotecario; o bien, subrogarse en el préstamo hipotecario existente, por resultar para el comprador menos onerosos los gastos de subrogación que los de constitución de una nueva hipoteca.

En este último supuesto puede ocurrir que el principal del préstamo al que está afecto la vivienda adquirida y en el que se subroga el comprador, sea insuficiente para sus necesidades adquisitivas.

Por otro, que el propio prestatario haya constituido derecho real de hipoteca sobre el inmueble, y para atender otras necesidades domésticas, necesita ampliar el capital del préstamo.

Estos supuestos de ampliación del capital son los que aquí nos interesan: modificación del capital del préstamo por acuerdo entre acreedor y deudor de ampliar el préstamo preexistente con entrega de nueva cantidad de dinero garantizado con la misma hipoteca.

#### 1. Naturaleza jurídica de la ampliación.

La naturaleza jurídica de esta ampliación de hipoteca es la de una novación de la obligación primitiva nacida del préstamo: la obligación de la devolución de la cantidad prestada. Pero una novación no extintiva de la obligación, sino novación meramente modificativa de la obligación que queda subsistente con todas sus garantías.

<sup>11</sup> Siguiendo el ejemplo descriptivo propuesto por GARCÍA LABAJO, L.E., «La ampliación de préstamos garantizados con hipoteca», *Revista El Notario del siglo XXI* (Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid), Enero-Febrero núm. 17/2008.

Esta novación modificativa por ampliación del préstamo garantizado con el mismo derecho real de hipoteca, es admitida en nuestro derecho, a tenor de los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, es más, siguiendo a CERVERA<sup>12</sup>, ya en Derecho Romano se admitió la posibilidad de mantener subsistentes las hipotecas mediante pacto, si bien, según las modificaciones introducidas, la obligación se modificaba o se extinguía, y producto de esa evolución del pensamiento jurídico, se fue fraguando el concepto de novación modificativa, lo que supone la subsistencia de la obligación con sus accesorios, entre ellos la garantía. Y este mismo criterio lo ha mantenido la mayor parte de nuestra doctrina científica<sup>13</sup>, al considerar que la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación garantizada, hace que ante cualquier modificación de esta última, sin extinguirla, la hipoteca se mantiene subsistente.

Cuestión diferente es determinar qué alteraciones tienen alcance meramente modificativo, y no extintivo, y con qué rango subsiste la hipoteca cuando la primitiva obligación garantizada resulta modificada.

El principio de la autonomía y eficacia de la voluntad, proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil, permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, sin otra limitación que la de no resultar contrarios a la ley, a la moral ni al orden público, por lo que ha de estimarse que gozan de absoluta libertad, excepción hecha de las mencionadas limitaciones, para conseguir el fin particular que se propusieran al contratar.

Nuestro Código Civil que titula «de la novación» la Sección 6.<sup>a</sup>, Título 1.<sup>o</sup> del Libro IV, incluye el artículo 1.203 en el que se dice que «las obligaciones podrán modificarse...» por las causas que indica, y por lo que aquí nos interesa, por «variar su objeto o sus condiciones principales», con lo que se da lugar a la denominada novación modificativa<sup>14</sup>, distinta de la regulada en el artículo 1.204 que produce la extinción de la obligación anterior.

Por tanto, el acuerdo novatorio suscrito por las partes consistente en entregar nueva cantidad de dinero garantizando su devolución con la misma hipoteca, evidencia la intención de los contratantes de mantener el préstamo primitivo ampliado, salvo que en el acuerdo manifestasen dar por extinguida la primitiva obligación, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles (art. 1.204 CC), si esto no ocurre, la novación será modificativa, como así lo tiene ya declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en Resoluciones de 17 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002: «Del contenido del documento calificado resulta claro que lo expresamente querido por las partes, y así lo declaran, es la subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. art. 1.204 CC) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexis-

<sup>12</sup> CERVERA, A., *En torno al futuro de la novación*, en *Estudios jurídicos* en homenaje al Profesor Federico DE CASTRO, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 457 y ss.

<sup>13</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1.<sup>o</sup>, 9.<sup>a</sup> ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 320; CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 16.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1992, pág. 495.

<sup>14</sup> De este modo se ha pronunciado de forma constante y reiterada la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, SSTs de 11 de noviembre de 1983; 3 de octubre de 1985; 28 de mayo de 1991, entre otras muchas.

tente y la que surge de su ampliación que conduciría al mismo resultado pues, excepción hecha del *quantum* no hay variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida».

Cuando hablamos de novación del préstamo hipotecario, la regla general que se desprende del artículo 1.207 del Código Civil es que la novación modificativa no puede hacerse en perjuicio de los terceros inscritos posteriores a la hipoteca. Conforme al artículo 144 de la Ley Hipotecaria, todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, como la novación del contrato primitivo, no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro por medio de una nueva inscripción (art. 240 Reglamento Hipotecario), inscripción que en ningún caso puede tener efectos retroactivos, porque vulneraría el principio de prioridad establecido por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria<sup>15</sup>, y ello sin perjuicio de los negocios sobre el rango hipotecario que los titulares de derechos inscritos puedan llevar a cabo de conformidad con el artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

## 2. Formalidades y cuestiones prácticas sobre la novación modificativa de ampliación de hipoteca.

Veamos a continuación algunas formalidades y cuestiones prácticas<sup>16</sup> en torno a lo que se refiere al otorgamiento de escrituras sobre novación modificativa de ampliación de hipoteca.

- La formalización de la ampliación de hipoteca debe hacerse ante notario que otorgará la correspondiente escritura pública de novación modificativa del préstamo primitivo garantizado con hipoteca. Esa escritura estará otorgada por el mismo acreedor y deudor del préstamo ampliado.

Esa escritura de novación ampliatoria ha de hacer referencia a las condiciones del primitivo préstamo que es objeto de ampliación: la fecha de su formalización en escritura pública, notario autorizante, la constitución de la hipoteca en garantía, la responsabilidad hipotecaria por principal, intereses, demoras y costas; la tasación a efectos de subasta, el tipo de interés y plazo de amortización, comisiones, cantidad pendiente de amortizar e intereses devengados y no satisfechos al momento de verificarse la ampliación novatoria, al efecto de determinar la responsabilidad y cantidad debida por el deudor en el momento de ampliar el préstamo por si fuera necesario ejecutar la hipoteca derivada del préstamo original.

- Fiscalmente, la operación de ampliación del préstamo hipotecario tributa por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por este último concepto, y la base imponible vendrá determinada por la responsabilidad hipotecaria que es objeto de

<sup>15</sup> En este sentido, DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 6.727, de 4 de junio de 2007.

<sup>16</sup> Sobre estas cuestiones, GARCÍA LABAJO, L.E., «La ampliación de préstamos...», ob. cit.

ampliación; esto es, la cantidad en la que se amplía el préstamo más sus intereses, demoras, costas y gastos asegurados, y sin que le sean aplicables los beneficios fiscales derivados de Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios <sup>17</sup>, pues esta ley se refiere únicamente a la mejora del tipo de interés y la posible alteración del plazo de amortización.

- En cuanto a la ejecución de la hipoteca de ampliación, como bien dice GARCÍA LABAJO <sup>18</sup>, resulta conveniente por aplicación del principio de especialidad hipotecario y por el ejercicio del derecho real de realización de valor que la hipoteca comporta, hacer constar en la escritura de novación tres tipos de responsabilidades hipotecarias: a) la responsabilidad hipotecaria del préstamo original; b) la de la ampliación de dicho préstamo; y, c) la responsabilidad hipotecaria total resultante de la ampliación. Y ello especialmente para dar garantía al procedimiento de ejecución hipotecaria, que es el momento verdaderamente trascendental de la ampliación de hipoteca.

Efectivamente, como señala la Resolución de la DGRN de 17 de enero 2002: «Frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones: una preexistente con la preferencia que le dé su fecha, y en cuanto a las cantidades garantizadas y el concepto por el que lo eran; y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada».

Por tanto, siguiendo la doctrina sentada por la antedicha Resolución, en la ampliación de hipoteca habrá que tener en cuenta dos momentos temporales: el anterior al acceso al folio registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan solo le afectará la novación ampliatoria si esta ha accedido al Registro antes que su derecho, asimilando la ampliación de hipoteca a la constitución de una nueva. La ejecución de la carga intermedia determinará la cancelación de la hipoteca de ampliación como hipoteca de rango posterior, pero dejará subsistente la hipoteca inicial por la suma a la que estuviera afecto el préstamo original, como así se desprende del artículo 692.3 en relación con los artículos 670.5 y 674.2, todos ellos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil <sup>19</sup>. Ahora bien, si no existieran cargas intermedias y no hubiere terceros perjudicados, nada obsta para que se pueda ejercitar un único procedimiento de ejecución hipotecaria por razón de ambas inscripciones, pues la hipoteca es única con el mismo rango registral en este caso.

En definitiva, la prioridad registral determinará la ejecución judicial por la cantidad a la que se encuentre afecta en cada fase la hipoteca, por lo que se hace necesario determinar la cantidad a efectos de subasta para cada caso.

<sup>17</sup> No es ocioso recordar, que cualquier referencia que en este apartado se haga a la Ley 2/1994, debe entenderse hecha a su redacción antes de ser modificada por la Ley 41/2007.

<sup>18</sup> GARCÍA LABAJO, L.E., «La ampliación de préstamos...», ob. cit.

<sup>19</sup> El adjudicatario del inmueble habrá de aceptar la subsistencia de las cargas anteriores y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellas, en tanto que con la adjudicación la inscripción que originó la ejecución, así como las anotaciones e inscripciones posteriores a la misma quedarán canceladas, con el mandamiento de cancelación de cargas.

### 3. Jurisprudencia registral sobre ampliación del capital de préstamos hipotecarios.

En el ámbito de la doctrina sentada por la DGRN sobre la cuestión que nos ocupa, podemos distinguir dos grupos de Resoluciones:

- a) Por un lado, la jurisprudencia registral que se opuso a la llamada ampliación de hipoteca, contenida en la Resolución de la DGRN de 26 de mayo de 2001, entendió que: «Cuestión distinta es la posibilidad de utilizar la garantía hipotecaria existente, en la parte que excede del importe actual del crédito en cuya seguridad se constituyó, para garantizar la que se denomina ampliación por novación modificativa del préstamo original resultante de la concesión de un nuevo préstamo. (...) No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resoluciones de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 [RJ 1995, 186], 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9722] y 7 de junio de 1999)».

Asimismo, Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2002: «... aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte aún debida, no puede utilizarse la misma, según señaló la Resolución de 26 de mayo de 2001, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que este se ha reducido». En idéntico sentido, Resoluciones de la DGRN de 9 de marzo y 30 de abril de 2002.

- b) Por otro, aquella jurisprudencia registral que admite la ampliación de una hipoteca, contenida en Resoluciones de la DGRN de 17 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002: «... ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de la garantía (art. 12 Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues este viene determinado por la Ley (art. 24 Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del artículo 6.2 del Código Civil,

del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario».

En idéntico sentido, otras Resoluciones de la DGRN, más cercanas en el tiempo, como las de 10 y 13 de octubre de 2006: «Por lo que a la cuestión de fondo se refiere, se trata de una escritura de ampliación de préstamo y consiguiente modificación de la hipoteca que lo garantiza, en la cual, tras hacer constar las distintas cantidades que por los diferentes conceptos (capital, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas y gastos del procedimiento) pasa a responder la finca por la parte ampliada del préstamo (art. 12 Ley Hipotecaria y Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de enero [RJ 2002, 4588] y 8 de junio de 2002 [RJ 2002, 8989]), se consigna a continuación la responsabilidad hipotecaria total, tras la ampliación efectuada, volviendo a distinguir las cantidades correspondientes a los distintos conceptos, "por el préstamo primitivo" y "por la ampliación efectuada en la presente". El Registrador deniega la inscripción porque "no se determina con precisión las nuevas responsabilidades objeto de la garantía".

El defecto expresado no puede ser mantenido. Ciertamente es que hubiera sido deseable que tras la especificación de la parte de responsabilidad hipotecaria correspondiente al préstamo inicial y a la parte ampliada del mismo, se hubiera consignado la total resultante por la suma de ambas, pero no puede mantenerse que con la fórmula finalmente empleada, no puede entenderse determinadas con precisión las nuevas responsabilidades objeto de la garantía, toda vez que para ello, basta realizar una simple operación matemática sumatoria por parte del funcionario calificador...».

#### IV. LA «HIPOTECA RECARGABLE» EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Es la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007), por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, la que introduce la llamada «hipoteca recargable» en nuestro derecho, si bien es cierto, que no hace una mención expresa y explícita a esa figura, no lo es menos, que se desprende de forma clara de su articulado, en particular, de la nueva redacción que da a los párrafos 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios:

«2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

i) La ampliación o reducción de capital;

(...).

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»

Con esta reforma hipotecaria lo que se pretende es introducir seguridad jurídica y claridad en materia de novaciones de préstamos hipotecarios, incorporando dos nuevos apartados en el artículo 4 de la Ley 2/1994, a la sazón que introduce nuevas posibilidades de novaciones modificativas. Por lo que aquí nos interesa, me centraré, exclusivamente, en el supuesto de ampliación de capital (apdo. 2 del art. 4 de la mencionada ley), que según el apartado 3 de ese mismo precepto en ningún caso supondrá una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Esta norma supone la incorporación a nuestro Derecho de la llamada «hipoteca recargable» del derecho francés, que supone «la posibilidad de recargar o ampliar el capital del préstamo inicial siempre que la suma de la ampliación y el saldo pendiente de amortizar no exceda la cifra de la responsabilidad hipotecaria»<sup>20</sup>.

En principio, resulta plausible que el legislador haya querido, por un lado, ampliar y aclarar los supuestos en que la novación no altera el rango registral de la hipoteca novada; por otro, dar un tratamiento uniforme a la gran cantidad de préstamos hipotecarios gestionados por las entidades financieras. Pero en el específico supuesto de la ampliación de capital, la muy parca regulación que el legislador ha hecho de la misma, ha hecho que surja una importante problemática, lo que supondrá que, pese a las ventajas que puede reportar la hipoteca recargable para las economías domésticas, las Entidades de Crédito retrasen su utilización hasta que, o bien, el legislador realice un desarrollo normativo de esta nueva figura de la «hipoteca recargable», o, cuando menos, nuestros Tribunales se pronuncien sobre cuestiones que la Ley 41/2007 no ha aclarado, y que a continuación iré exponiendo.

## 1. El problema de la accesoriadad de la hipoteca.

El primer problema que la hipoteca recargable plantea al incorporarse a nuestro derecho, es que el sistema hipotecario español está representado por el principio de accesoriadad, según el cual la hipoteca es un derecho accesorio de una obligación principal para cuya seguridad se constituye. El legislador en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, ya señalaba: «La hipoteca, además de ser un derecho real en garantía de una obligación y por tanto, un contrato accesorio y subsidiario de otro principal...». En idéntico sentido se manifiestan los artículos 1.528, 1.857.1.º y 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria.

<sup>20</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 6.727, de 4 de junio de 2007.

### 1.1. Postura de la doctrina científica.

La tesis mayoritaria mantiene que la hipoteca es un elemento accesorio de la obligación garantizada. Por tanto, se parte de la base de distinguir dos derechos: el crédito y el de hipoteca que guardan una relación de dependencia de esta respecto de aquel. Como dice ROCA SASTRE<sup>21</sup>, la hipoteca es en nuestro sistema un derecho accesorio de la obligación asegurada, está subordinada en su existencia, extensión y extinción con el crédito, «por tanto la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte». Esta es la postura que defiende nuestra doctrina científica mayoritaria<sup>22</sup>.

Ahora bien, no ha faltado también un sector autorizado de nuestra doctrina<sup>23</sup>, que ha puesto en tela de juicio el dogma de la accesoriedad, reconociendo esos dos derechos, el de crédito y la hipoteca, postulan la preponderancia de esta última sobre aquel, en el sentido de que, pese a la accesoriedad de aquella, no está sometida a la obligación garantizada, sino que recibe un tratamiento separado o se rige en ciertos supuestos por sus propios principios.

Más recientemente, algún autor<sup>24</sup> entiende que más que poner en tela de juicio o hablar de crisis del dogma de la accesoriedad, considera que se trata de un principio que tiene una gran flexibilidad y está sometido a numerosas excepciones recogidas en la propia normativa, así:

- El principio de la indivisibilidad de la hipoteca es en parte contradictorio con el de la accesoriedad, pues supone que la hipoteca persiste íntegra pese a que el crédito o la deuda se divida entre varias personas (deudores o acreedores) o se pague en parte (arts. 1.860 CC y 122 Ley Hipotecaria). Y si es posible que de forma sobrevenida una sola hipoteca garantice varias obligaciones no hay motivo para impedir que dicha situación pueda admitirse en el momento de la constitución de la hipoteca.
- La hipoteca cambiaria garantiza varias obligaciones, tantas como letras emitidas, y cada una de estas goza de autonomía propia pudiendo ser objeto de ejecución separadamente por su tenedor (RDGRN de 31 de octubre de 1978).
- Cuando una hipoteca garantiza diversas obligaciones no sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, será necesario establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía (RDGRN de 26 de octubre de 1987). Este criterio que admite que una hipoteca garantice

<sup>21</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Vol. 1.º, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, pág. 273.

<sup>22</sup> En idéntico sentido, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988, pág. 327; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 414 y ss.; SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, Vol. 2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona 1991, pág. 313.

<sup>23</sup> Entre otros, LA RICA Y ARENAL R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas*, Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1948, págs 290 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS A., *El derecho real de subhipoteca*, Bosch, Barcelona, 1957.

<sup>24</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.

obligaciones de distinta naturaleza, se puede aplicar a aquellos préstamos, en los que se acuerdan distintos tramos o fracciones con distintas condiciones de plazo de vencimiento o de tipo de interés (arts. 1.255, 1.125 a 1.128 y 1.755 CC).

- Otro ejemplo de excepción a la accesoriedad es el de la admisión de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art. 153 bis Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 41/2007), o de hipotecas sometidas a condición suspensiva (expresamente admitidas por RDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005).
- Otro supuesto en el que se pone de manifiesto la independencia de la garantía respecto del crédito, es en la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 156 Ley Hipotecaria), en la que la obligación personal se adhiere inseparablemente a la responsabilidad real, de manera que quien sufra la responsabilidad real de la finca debe soportar como suplemento la obligación derivada del crédito <sup>25</sup>.
- El caso más notable de desvinculación de la hipoteca y obligación asegurada, es la reversión hipotecaria del párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.
- Otro ejemplo evidente de excepción a la accesoriedad es el que representa la propia Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogaciones y modificación de préstamos hipotecarios en los supuestos de subrogación <sup>26</sup>, que admite que la misma hipoteca garantice una nueva obligación, el préstamo con el cual se paga y extingue el inicialmente concedido por la entidad acreedora, y todo ello conservando su rango inicial. En estos supuestos, además del cambio de acreedor, existe una novación objetiva por cambio de la obligación garantizada. Por lo tanto, en estos casos la hipoteca subsiste a pesar de la extinción de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

## 1.2. Posición de la jurisprudencia sobre la accesoriedad.

Inicialmente, existe una posición restrictiva de la DGRN, respecto a la accesoriedad, así en la Resolución de fecha 23 de diciembre de 1987, que trata con cierta confusión la accesoriedad y especialidad, ya nos dice que, «la escritura, al referirse a la obligación que se garantiza, no cumple las exigencias establecidas para su determinación, ni siquiera aquellas exigencias mínimas que bastan cuando la hipoteca que se constituye sea de las de deuda futura o de las de máximo, a pesar de que la determinación de las obligaciones es una exigencia estructural de la hipoteca. Al tener esta una naturaleza esencialmente accesorio (cfr. arts. 1.857.1.º CC y 104 Ley Hipotecaria) no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca habrá de servir de garantía».

<sup>25</sup> Supuesto citado por HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Ed. Centro de estudios registrales, Madrid, 2001, pág. 125, nota 26.

<sup>26</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.; en idéntico sentido, GÓMEZ GALLIGO, F.J., «Consecuencias registrales de la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», BCNR núm. 310, 1994, pág. 838.

Más tajante, incluso, es la doctrina contenida en la Resolución de la DGRN de 28 de julio de 1998, «la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio de garantía de una concreta obligación (cfr. arts. 1.857.1.<sup>a</sup> CC y 104 Ley Hipotecaria), implica que la garantía de varias obligaciones tan solo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, principio que esta Dirección General ha defendido incluso en el caso de que un mismo acreedor sea titular de todos los créditos que se pretenden garantizar o incluso en el de que se pretenda disfrazarse aquella diversidad a través de una unión artificial y meramente contable (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9722] o 3 de octubre de 1991 [ RJ 1991\7491])». En idéntico sentido, Resoluciones de la DGRN de 3 de octubre de 1991; 17 de enero de 1994; 11 de enero de 1995; 6 de junio de 1998; 7 de junio de 1999; 21 de junio de 2001 y 12 de septiembre de 2003, entre otras.

Este mismo concepto restrictivo de accesoriedad, ha sido acogido por la Sala Primera del Tribunal Supremo al considerar en su Sentencia de 28 de noviembre de 1997, que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, «cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriedad».

Sin embargo, esa postura ha cambiado, puesto que la DGRN, ha admitido la hipoteca única para garantizar varias obligaciones, e incluso de diferente naturaleza jurídica, e incluso antes de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la Dirección General entendió en sus Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8117] que, «la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto. Sobre una interpretación meramente literalista de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, y atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico», considerando que, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquellas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores (o al menos sean estos determinables, como –con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito– se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquella quede debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad.

Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria será necesario, en principio y por exigencias de determinación del derecho real constituido –arts. 9 y 12 Ley Hipotecaria–, establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía (cfr., por todas, las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, 26 [RJ 1984, 5199] y 31 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5202] , 20 de mayo [RJ 1987, 3926] y 23 [RJ 1987, 7660] y 26 de octubre de 1987; así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2219]).

Este criterio que admite la unicidad de la hipoteca aun cuando esta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse *a fortiori* a un supuesto como el presente, en el que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo préstamo, con una única causa, sin que a ello se oponga el hecho de que, con base en el principio de autonomía de la voluntad, se acuerden distintos tramos o fracciones con distintas condiciones de plazo de vencimiento o de tipo de interés (cfr. arts. 1.255, 1.125 a 1.128 y 1.755 CC).

Este nuevo criterio establecido por las Resoluciones de la DGRN de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006, ha sido ratificado y confirmado por una reciente Resolución de la DGRN número 2/2008, de 18 de marzo de 2008.

Dicho cuanto antecede, el principio de accesoriedad no debe ser obstáculo para la viabilidad de la «hipoteca recargable» en nuestro derecho.

## 2. Finalidad de la hipoteca recargable.

La incorporación de la hipoteca recargable a nuestro ordenamiento jurídico se presenta para muchos como un intento de aliviar el endeudamiento de las familias, ya que ofrece la posibilidad de que el titular de la hipoteca tenga financiación para otros fines, disponga de nuevo del dinero que haya amortizado y lo utilice para lo que más le convenga.

Con la hipoteca recargable, se evitarán los gastos de constitución de una nueva hipoteca (comisiones bancarias, costes notariales, registrales, fiscales y de tasación) y el consumidor pagará intereses más bajos que los de los créditos personales.

Esta flexibilización de los compromisos contractuales que aporta la hipoteca recargable, cambiará la concepción del préstamo como un contrato rígido y escasamente adaptable a los cambios de las circunstancias económicas y necesidades funcionales de las familias. Esta rigidez conlleva en muchas ocasiones la imposibilidad de superar situaciones coyunturales adversas para las economías familiares, o incurrir en unos gastos tan inoportunos como excesivos, con el fin de modificar algunas características del contrato de préstamo.

## 3. Requisitos de la hipoteca recargable.

De los requisitos exigibles a la hipoteca recargable, conviene distinguir los siguientes:

### 3.1. Requisito subjetivo.

El primero de los requisitos que exige el artículo 4.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es que las únicas entidades que pueden ofertar a sus clientes la hipoteca recargable son las entidades a las

que se refiere el artículo 1 de esa ley, que a su vez se remite al artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, esto es, los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito; las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito, cualquier otra entidad distinta a las anteriormente mencionadas no puede formalizar esta nueva hipoteca.

### 3.2. *Requisito temporal.*

Como señala la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, párrafo tercero, la ampliación de capital («o recarga»), solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley.

### 3.3. *Requisitos formales.*

- a) El primer requisito formal, es que la novación modificativa del préstamo hipotecario, consistente en la ampliación del capital, se hará en escritura pública otorgada ante notario, y esa escritura debe hacer referencia a las condiciones del primitivo préstamo que es objeto de ampliación, a las que ya nos referimos en el apartado 2 del epígrafe III de este trabajo, que damos aquí por reproducidas para evitar reiteraciones innecesarias.

No obstante lo anterior, es necesario traer a colación una importante cuestión que se suscita en este punto, cual es, si en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, se debe hacer constar el pacto de «recarga». En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa por el siguiente argumento: el legislador español (a diferencia del francés que, como quedó expuesto, exige que en la escritura de constitución conste expresamente si la hipoteca tiene el carácter de recargable), guarda silencio. Sin embargo, sería necesario hacer mención expresa en las hipotecas que se constituyan, si tienen el carácter de «recargables» y así conste en el Registro de la Propiedad. Lo contrario, supondría causar una grave indefensión a posibles acreedores posteriores y un serio menoscabo de sus intereses. Imaginemos, a un acreedor posterior que esté negociando alguna garantía sobre la finca hipotecada <sup>27</sup>, su aceptación dependerá, entre otras circunstancias, de si la primera hipoteca es o no recargable.

- b) En cuanto a los costes arancelarios <sup>28</sup>, las ampliaciones («o recargas») de la hipoteca se verán beneficiadas por la reducción de los costes arancelarios.

Respecto a los honorarios notariales, a las escrituras de novación modificativa de ampliación de capital de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.

<sup>27</sup> Supuesto frecuente en la práctica, sobre todo en los casos de refinanciación o reunificación de deudas.

<sup>28</sup> Regulados por el artículo 8 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, según la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007.

Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de novación modificativa de ampliación de capital de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por 100.

- c) Finalmente, en cuanto a la fiscalidad, llama la atención cómo han desaparecido del texto de la Ley 41/2007, los beneficios fiscales que se recogían en el Anteproyecto, consistentes en la exención en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de las novaciones modificativas, por lo que aquí nos interesa, de ampliaciones de capital de los préstamos hipotecarios. Aunque el Preámbulo de la Ley 41/2007 hace especial hincapié en reducir y fomentar la transparencia de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario, ningún reflejo ha tenido esa reducción, por lo que a impuestos se refiere, en el articulado de la ley, y la razón de ello habrá de buscarse en la oposición de las Comunidades Autónomas, al tener cedidos estos tributos, que verían reducida su recaudación.

En consecuencia, las ampliaciones (o recargas) del capital de los préstamos hipotecarios tributa por Actos Jurídicos Documentados, y la base imponible vendrá determinada por la responsabilidad hipotecaria que es objeto de ampliación; esto es, la cantidad en la que se amplía el préstamo más sus intereses, demoras, costas y gastos asegurados.

### 3.4. Requisitos materiales exigibles a la hipoteca recargable.

#### 3.4.1. El pacto de recarga.

Este requisito que justifica la existencia de la figura, es que las partes contratantes, pacten expresamente en el contrato de préstamo hipotecario la posibilidad de «recarga» de la hipoteca.

En contra de la opinión de GÓMEZ GALLIGO, que considera que existe la posibilidad de recarga de la hipoteca en todos aquellos préstamos hipotecarios en los que no se haya pactado lo contrario, ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL <sup>29</sup>, critica esa postura, ya que ello supondría una reserva de rango sin causa que lo justifique que nos conduciría a la figura prohibida en nuestro ordenamiento de la hipoteca de propietario. Es, por tanto, necesario ese pacto expreso de los contratantes, que es lo que justifica la adecuación de la operación al ordenamiento jurídico. Así, cuando se practique la inscripción del préstamo hipotecario, según el artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007, se deben identificar «las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su obligación», por lo que se deberá dejar constancia del pacto de recarga que contenga el préstamo hipotecario convenido por las partes, con el fin de que los terceros tengan conocimiento de la situación del deudor, «el cual puede tener comprometido su patrimonio a favor de una entidad financiera no por la cantidad debida sino por la total responsabilidad hipotecaria» <sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. en ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL L., «Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario». Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado, 2008, págs. 298 y 299.

<sup>30</sup> ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL L., «Hacia un nuevo derecho hipotecario...», ob. cit., pág. 299.

### 3.4.2. La conservación del rango hipotecario.

La recarga del capital del préstamo garantizado por la hipoteca, siempre que con dicha ampliación no se exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, en ningún caso supondrá la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. El rango es, pues, una atribución legal que se confiere a la cifra de responsabilidad. Por debajo de ella, se conserva el rango aunque el capital del préstamo se amplíe. Por encima de ella, el rango se pierde legalmente.

La razón de ser, que no el fundamento jurídico de la norma, debe encontrarse en la concepción que las Resoluciones de la DGRN de 9 y 17 de enero y 8 de junio de 2002, dieron a la ampliación de hipoteca, que vieron en ella un mero problema de mejor derecho al cobro, que sería distinto según se tratara del préstamo primitivo o de su ampliación<sup>31</sup>. Ello implica que frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada.

Por tanto, al diferenciar entre el importe pendiente del primitivo préstamo y el importe de la ampliación, podría haber acreedores titulares de derechos posteriores al primitivo préstamo pero preferentes a la ampliación.

Con el fin de dar una solución a esta cuestión, se ha aprovechado la reforma hipotecaria llevada a cabo a través de la modificación de la ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, de modo que cuando esa ampliación o recarga del capital del préstamo, no suponga un aumento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, no hay pérdida de rango, o, dicho de otra forma, se conserva el rango de la hipoteca inscrita.

Sin embargo, la preferencia entre créditos es algo que se decide en el momento de la ejecución, y no cabe descartar que «el rango quede así convertido en una mera atribución formal de preferencia procesal»<sup>32</sup>, puesto que el mejor derecho al cobro, se decidirá en el procedimiento judicial donde se ventile la correspondiente demanda de tercería de mejor derecho.

La colisión de hipotecas sobre un mismo bien no supone concurrencia, ni se resuelve por criterio de preferencia, sino de rango hipotecario, el cual, a su vez está determinado por el de prioridad, por lo que rige la máxima *prior tempore potior iure*. El criterio de prioridad, viene referido al momento de constitución de la hipoteca, esto es, de su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que en el derecho de hipoteca la inscripción es constitutiva<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir de la hipoteca en España», *Diario la Ley*, núm. 6691, de 12 de abril de 2007.

<sup>32</sup> CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir...», ob. cit.

<sup>33</sup> BLACO GASCO, F., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 409 y ss.

Sin embargo, el legislador impone que en los casos de «recargas» de capital de un préstamo hipotecario, las escrituras que instrumenten esa novación modificativa mantendrán el mismo rango que la hipoteca inscrita, el rango se concibe así como una atribución legal, quedando desconectado del negocio jurídico para tener carácter formal<sup>34</sup>.

3.4.3. El importe de la ampliación o recarga no debe implicar «un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria».

Se podrá ampliar el capital inicial por una cantidad que sumada al capital pendiente no rebasa la cifra de responsabilidad hipotecaria, y si el préstamo estuviere amortizado la recarga podrá hacerse por todo el importe del préstamo inicial, con el límite ya indicado.

En el ámbito referido a la obligación garantizada, llama la atención ese apartado 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994, su naturaleza se diluye en la ambigüedad de una cifra económica, el importe de la responsabilidad hipotecaria<sup>35</sup>. De este modo, al tercero ya no le afecta la cuantía a que ascienda el crédito del deudor, que puede haber variado, sino la cifra de la responsabilidad.

La responsabilidad hipotecaria no es un concepto jurídico distinto de la obligación garantizada. Es meramente la cuantificación de esta, es la suma de todos los conceptos que son garantizados mediante la hipoteca. Además, en la concepción clásica, la responsabilidad hipotecaria solo opera en el caso de existir terceros; de no existir estos, debía entenderse que la hipoteca cubría todo el montante económico que, en caso de incumplimiento de la obligación se adeudara al acreedor. Por eso, en principio, la fijación de cifras se requiere tan solo para las responsabilidades accesorias como intereses ordinarios, de demora, de costas y gastos, esto es, por conceptos que devengan cantidades indeterminadas.

Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de que la recarga o ampliación de capital suponga un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria? La respuesta nos la da el propio artículo 4.3 de la Ley 2/1994, ofreciendo una doble posibilidad:

- Si los titulares de derechos inscritos con rango posterior aceptan el incremento de responsabilidad hipotecaria a que ha dado lugar la «recarga» del capital del préstamo, la hipoteca inscrita mantiene el mismo rango.
- Si, por el contrario, los titulares de derechos inscritos con rango posterior no aceptan ese incremento de responsabilidad hipotecaria, se produce una pérdida de rango, dando lugar a una nueva inscripción. Ahora bien, en este supuesto surge una cuestión: ¿esa pérdida de rango se refiere a la hipoteca inscrita, en su totalidad, o, únicamente, respecto a la ampliación o recarga del capital?

<sup>34</sup> CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir...», ob. cit.

<sup>35</sup> *Vid.* nota anterior.

Si nos atenemos a la doctrina sentada por la DGRN en Resoluciones de fecha 17 de enero y 8 de junio de 2002, frente a terceros la responsabilidad que garantiza la ampliación tiene eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos, la novación por ampliación del capital del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, y al tercero tan solo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho.

Asimismo, el artículo 115 de la Ley Hipotecaria, atribuye al acreedor el derecho a exigir la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, pero se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Siguiendo este criterio, la pérdida de rango debería circunscribirse a la «recarga» o ampliación de capital formalizada en la correspondiente escritura pública.

Sin embargo, del tenor literal del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, se desprende todo lo contrario<sup>36</sup>, cuando textualmente habla de la «pérdida del rango de la hipoteca inscrita», y cuando la norma habla de la hipoteca inscrita se está refiriendo al primitivo préstamo hipotecario objeto de «recarga» o ampliación. En definitiva, si la «recarga» o ampliación implica un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y los acreedores con rango posterior, no consienten ese incremento, se produce la pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

#### 3.4.4. La limitación de la constancia registral de petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

El último inciso del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, impone un límite:

«En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.»

La redacción de este inciso no es muy afortunada, ya que no queda muy claro si cuando conste registralmente petición de información, lo que no se puede hacer es la recarga del capital o la no pérdida de rango. En este sentido, la doctrina<sup>37</sup> se inclina en que lo que impide es que se realice la recarga. Se refiere este supuesto a la información de cargas extinguidas o minoradas regulado por el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sean preferentes al crédito por el que se despachó la ejecución. Esta limitación que impone la ley es completamente lógica y razonable ya que la utilidad de esta información, que sirve para que los licitadores que participen en la subasta del bien hipotecado ajusten sus pujas al valor real de las cargas anteriores a la que se ejecuta, en que se han de subro-

<sup>36</sup> A esta paradójica situación, se refiere DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.

<sup>37</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.

gar (art. 670.5 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), quedaría seriamente menoscabada si una vez expedida esta información, la hipoteca preferente fuese recargada <sup>38</sup>.

No obstante, se ha de decir que no está prevista la constancia registral de petición de información, sino, en todo caso, el mandamiento judicial en que se exprese el importe actual de la deuda, según información facilitada por el acreedor, de conformidad con el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil <sup>39</sup>.

Es doctrina reiterada por la DGRN que si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 17.2 LOPJ), no lo es menos que el principio de la proscripción de la indefensión declarado en el artículo 24 de la Constitución Española, abarca la observancia de aquellos trámites establecidos para garantizar que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista en las normas para evitar su indefensión. Igualmente, en aplicación de los artículos 18 y 99 de la Ley Hipotecaria y 100 de su reglamento, la calificación de los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial también alcanza los obstáculos que surjan del Registro.

Por otro lado, la resolución judicial ha de ser lo suficientemente determinada para que el Registrador pueda practicar el asiento que se le ordena, y la finca o derecho respecto del que ha de practicarse el asiento, han de estar identificados, en aplicación de los principios de rogación (arts. 6, 79, 80 y 81 Ley Hipotecaria) y especialidad (art. 21 Ley Hipotecaria).

De modo que, cuando el mandamiento judicial ordena que «se proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; este artículo, que fue una novedad en la regulación de los procesos de ejecución, establece la posibilidad, a instancia de parte, de que el Tribunal se dirija a los acreedores que sean preferentes para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. A la vista de lo que los acreedores declaren, el Tribunal, a instancias del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos del artículo 144 de la Ley Hipotecaria.

<sup>38</sup> En este sentido, DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.

<sup>39</sup> Artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«1. A petición del ejecutante, el tribunal se dirigirá a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Los acreedores a quienes se reclame esta información deberán indicar con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, se expresarán la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión para costas.

Los oficios que se expidan en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior se entregarán al procurador del ejecutante para que se encargue de su cumplimiento.

2. A la vista de lo que los acreedores a que se refiere el apartado anterior declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de sus créditos, el tribunal, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria.»

El artículo 144 de la Ley Hipotecaria, viene a establecer que «todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago (entre otros), no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro por medio de una cancelación total o parcial, o de una nota marginal, según los casos».

Del artículo precedente resulta que la constancia en el Registro de la modificación o destrucción de una obligación hipotecaria puede verificarse, según los casos, mediante la práctica de asientos diversos: cancelación total o parcial o nota marginal.

De otro lado, la finalidad del artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está en relación con el artículo 666 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que, como novedad de la ley, antes de sacar a subasta los inmuebles en el procedimiento de apremio, estos han de valorarse, y de dicho valor, ha de descontarse el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiere despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas, o, en su caso, se descuenta el valor que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Tribunal, según dicho precepto, alzará el embargo.

#### **4. Problemática que suscita la hipoteca recargable.**

Dos son los principales problemas o inconvenientes que plantea la «hipoteca recargable» en nuestro ordenamiento jurídico, sobre los que la norma guarda silencio: por un lado, la concurrencia y prelación; por otro, la falta de regulación de los privilegios de la hipoteca recargable en el concurso.

##### *4.1. La concurrencia y prelación de estos créditos recargables.*

El problema de la prelación de la hipoteca recargable<sup>40</sup>, tiene su origen en haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, procedente del derecho francés, esta novedosa modalidad de hipoteca, sin tener en cuenta que el sistema de preferencias francés es diferente al nuestro.

Según el artículo 1.927.2.<sup>a</sup> del Código Civil los créditos hipotecarios, concurriendo dos o más respecto de la misma finca, «gozarán de preferencia entre sí por el orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad».

Como tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia número 962/1995, de 14 de noviembre, cuando la prioridad o preferencia crediticia invocada lo es con relación únicamente a determinados bienes, en este caso concreto muebles, por razón de la prenda constituida sobre ellos (núm. 2.º del art. 1.922 CC), lo verdaderamente determinante de dicha prioridad no es la fecha de nacimiento o de vencimiento del crédito, sino la de constitución de la prenda en garantía del mismo,

<sup>40</sup> Como así se expuso en las conclusiones del III Congreso de Registradores de España.

al igual que cuando de inmuebles se trate (núm. 3.º del art. 1.923 del mismo Cuerpo Legal), la referida prioridad o preferencia la determinará la fecha de constitución de la hipoteca sobre el inmueble respectivo y no la de nacimiento o extinción del crédito garantizado con ella.

En nada aclara el problema, el hecho que la «recarga» o ampliación del capital se haga constar en el Registro mediante nota marginal.

Como señala DÍAZ FRAILE <sup>41</sup>, la consecuencia de ello será el ejercicio de tercerías de mejor derecho por terceros acreedores inscritos antes de que la ampliación del capital conste en el Registro, en las que podrán reclamar el derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al acreedor hipotecario ejecutante respecto del tramo de la ampliación del capital inicial, conforme al artículo 614.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando la retención del precio del remate, hasta que recaiga sentencia en el procedimiento de tercería (art. 698.2 LEC).

#### 4.2. La hipoteca recargable en el concurso.

Nada dice la Ley 2/1994 sobre qué privilegio tiene la «recarga» o ampliación, en caso de concurso, ni si la «recarga» puede ser objeto de acción rescisoria, por lo que sería deseable una regulación de estas cuestiones a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, considera que una vez declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta o *consilium fraudis*.

Ese perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3.2.º LC).

Dicho cuanto antecede, y pese a los escasos pronunciamientos doctrinales sobre la cuestión, existen posturas discrepantes, pues mientras que para algunos <sup>42</sup>, no se verían afectadas por las acciones de reintegración de la masa; para otros <sup>43</sup>, existe el riesgo de que la hipoteca recargada sea objeto de una acción rescisoria en caso de concurso de acreedores del deudor por el tramo de la ampliación o «recarga», si esta ha tenido lugar en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, siendo fácil de imaginar que la Administración concursal fundase el ejercicio de estas acciones rescisorias en la asimilación del importe de la «recarga» de la hipoteca con las obligaciones nuevas contraídas en sustitución de otras preexistentes, a que se refiere la Ley Concursal.

<sup>41</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones...», ob. cit.

<sup>42</sup> GÓMEZ GALLIGO, F.J., «Las nuevas modalidades de hipoteca», en Jornada sobre la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, organizado por CECA, Madrid, 21 de diciembre de 2007.

<sup>43</sup> Véase nota 41.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta, que en el caso de hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario solo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal, por la administración concursal, que deberá demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen (cfr. art. 10 Ley 2/1981), a lo que ha de añadirse, que los préstamos a los que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario, su finalidad será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta ley, sea cual sea su finalidad.

## V. CONCLUSIONES

1. Esta figura de la hipoteca recargable responde a un claro objetivo de flexibilizar el mercado hipotecario español, destinada, fundamentalmente, a aliviar el endeudamiento de las economías familiares.
2. La ley hace una regulación excesivamente breve y parca de esta modalidad de hipoteca, por lo que sería deseable su desarrollo.
3. En tanto no se produzca ese desarrollo normativo y/o jurisprudencial, que clarifique las incertidumbres jurídicas que ha creado la redacción de la norma, y que han sido expuestas en este trabajo, no se podrán valorar su aplicación en la práctica para poder verificar si se ha conseguido el objetivo pretendido.

---

# Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo II, vol. 1.º, 9.ª ed. Bosch, Barcelona, 1994.

BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, Munich, 1999.

BLACO GASCO, F., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 409 y ss.

CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir de la hipoteca en España», *Diario La Ley*, núm. 6691, de 12 de abril de 2007.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español*, común y foral, tomo III, 16.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1992.
- CERVERA A., *En torno al futuro de la novación*, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, vol. I, Tecnos, Madrid, 1976.
- CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre derecho hipotecario*, Tomo II, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, traducido y comentado por EIRANOVA ENCINAS E., Madrid, Marcial Pons, 1998.
- CONCLUSIONES III Congreso de Registradores de España.
- DAGOT, M., *L'hypothèque rechargeable*, Litec, 2006.
- DÍAZ FRAILE, J.M., «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 6727, de 4 de junio de 2007.
- DIÉGUEZ OLIVA R. «Principios registrales de prioridad y especialidad. La llamada reserva de rango y sus relaciones con la hipoteca de propietario: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006.
- GARCÍA LABAJO, L.E., «La ampliación de préstamos garantizados con hipoteca», *Revista El Notario del siglo XXI* (Revista *on line* del Colegio Notarial de Madrid), Enero-Febrero núm. 17/2008.
- GÓMEZ GALLIGO F.J., «Consecuencias registrales de la Ley 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *BCNR* núm. 310, 1994.
- Las nuevas modalidades de hipoteca, en Jornada sobre la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, organizado por CECA, Madrid, 21 de diciembre de 2007.
- GRIMALDI M., «L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire», en *Recueil Dalloz*, núm. 19, 2006.
- GULLÓN BALLESTEROS A., *El derecho real de subhipoteca*, Bosch, Barcelona, 1957.
- HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, Vol. II (Derechos reales) traducido por J.L. Díez PASTOR y M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Madrid, 1955.
- HERBOSA MARTÍNEZ I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Ed. Centro de estudios registrales, Madrid, 2001.
- LA RICA Y ARENAL R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipotecas*, Academia Matritense del Notariado, tomo IV, Madrid, 1948.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, 2.<sup>a</sup> ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, vol. 1.º, 7.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona.
- SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 2.º, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona 1991.