LUNES
CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XXI - Núm. 451 - septiembre, 2008

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Nº 451 Septiembre de 2008

ADEIT JORNADAS

MODIFICACIÓN DE LA HIPOTECA Y DEL MERCADO HIPOTECARIO SEGÚN LA LEY 41/2007 DE 7 DE DICIEMBRE

-LA MODIFICACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y LA LLAMADA HIPOTECA RECARGABLE por Angel Valero 3

-PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY 41/2007 DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO por Javier Gómez Gálligo 27

-LAS MODIFICACIONES DEL CRÉDITO HIPOTECARIO: LAS INNOVACIONES DE LA LEY 41/2007 RESPECTO DE LA SUBROGACIÓN por Juan Manuel LLopis Giner 52

-CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY por Eugenio Mata Rabasa 69

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORAS GENERALES
Carmen Gómez Durá
Alicia Mª de la Rúa Navarro

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN
Maria-Emilia Adán García
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Marta Gozálbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.353.27.65
FAX: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

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

ADEIT

JORNADAS:

MODIFICACIÓN DE LA HIPOTECA Y DEL MERCADO HIPOTECARIO SEGÚN LA LEY 41/2007 DE 7 DE DICIEMBRE.

Valencia, 2, 4 y 5 de junio de 2008

Por su gran interés se reproducen a continuación la mayoría de las conferencias que se dieron en las Jornadas sobre Modificación de la Hipoteca.

ADEIT

LA MODIFICACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y LA LLAMADA HIPOTECA RECARGABLE

ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

I.-Introducción
II.-La novación de las obligaciones en el Código Civil.
III.-Repercusión de la novación del préstamo hipotecario en la hipoteca:
A.-Posiciones doctrinales.
B.-La postura de la DGRN.
IV.-La *"HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE"* del derecho francés.
V.-Análisis crítico de las normas de la Ley 41/2007.
VI.-Soluciones prácticas y otras cuestiones relativas a la ampliación de capital en los préstamos hipotecarios:
A.-En la tesis de no adminisión de la recarga.
B.-En la tesis de admisión de la recarga.
C.-Otras cuestiones.
VII.-Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN.

Conceptualmente puede definirse la llamada hipoteca recargable como aquella que permite compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de éstos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios; y que va dirigida, fundamentalmente, a refinanciar préstamos destinados al consumo familiar.

Ahora bien, lo primero que debe decirse respecto de la hipoteca recargable, es que, de admitirse la posibilidad de recarga de las hipotecas, posibilidad puesta en tela de juicio por no pocos hipotecaristas a la luz de los términos estrictos de las nuevas normas como analizaremos posteriormen-

te, por la Ley 41/2007 no se habría creado realmente una figura especial de hipoteca como se ha llevado a cabo con las denominadas hipotecas flotantes o inversas, sino que esta ley habría aprovechado la modificación de la regulación de la novación de los "préstamos hipotecarios", para alterar radicalmente la naturaleza de la "hipoteca" en el derecho español, transformándola de una hipoteca accesoria en casi una hipoteca de propietario.

Este carácter absoluto de la reforma, que implica la desaparición de la hipoteca ordinaria y la transformación de la naturaleza de la hipoteca que a partir de ahora sería siempre hipoteca de máximo, junto a la técnica legislativa empleada para llevarla a cabo, es lo que ha motivado las principales reticencias a la admisión de la recarga hipotecaria. Respecto a lo primero, se considera que ese cambio hubiere exigido una declaración expresa, concluyente e incuestionable, que no se lleva a cabo en la Ley 41/2007 y, en cuanto a la técnica legislativa, se estima que esa modificación debería haberse efectuado en la Ley Hipotecaria o en el Código Civil.

Frente al criterio de algún autor de que la reforma de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios es la Ley más idónea para reformar la naturaleza de la hipoteca y que ya demostró su eficacia porque creó la figura de la subrogación en los préstamos hipotecarios, es necesario hacer dos precisiones. La primera, que la Ley 2/1994 sólo regula ciertos aspectos de la obligación –préstamo-, pero no el derecho real de hipoteca, cuya regulación corresponde, como ya se ha dicho, al Código Civil y a la Ley Hipotecaria.

La segunda, que la citada Ley no ha creado la figura de la subrogación de los préstamos hipotecarios, sino que, al contrario, se ha limitado a desarrollar el procedimiento de la misma cuando intervengan entidades financieras, y ello porque existe la base sustantiva del artículo 1211 del Código Civil que es el que verdaderamente ha creado dicha figura, y, respecto a la hipoteca recargable, no existe similar artículo sustantivo a desarrollar.

De la falta de claridad de la reforma en cuanto a esta materia y del análisis de las posibles interpretaciones del artículo 4 de la Ley 2/1994, tal como ha quedado tras la redacción llevada a cabo por la citada Ley 41/2007, nos ocuparemos en apartados posteriores, abordando ahora las razones de la reforma, en la medida que de ellas pueda inferirse la intención de una reforma tan profunda del sistema hipotecario.

Pues bien, con la denominada "recarga" de la hipoteca se pretende, según sus inspiradores, solucionar los problemas de refinanciación con que se enfrentan los ciudadanos y las entidades financieras, facilitando la reestructuración de las deudas, ajustándolas a las necesidades de las familias, sin necesidad de cancelar la hipoteca y de constituir otra nueva, es decir, con conservación del rango de la hipoteca inscrita.

La Ley trata de salir al paso de este problema, estableciendo, como veremos posteriormente en extenso, que la ampliación o reducción de capital tenga el mismo tratamiento que la ampliación del plazo o de las condiciones de tipo de interés, de manera que sean interpretadas como una novación modificativa del préstamo hipotecario y no supongan en ningún caso una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita excepto cuando existan titulares registrales posteriores e impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo, dicción que a mi entender permite, al menos, dos interpretaciones.

Otra cuestión íntimamente ligada con la anterior es la relativa, en caso de ampliación del capital o constitución de una segunda hipoteca, a la posibilidad o no de aplicación de la Ley 2/1994 con relación al primero de los préstamos hipotecarios sin necesidad de subrogarse en el crédito ampliado. La importancia de la cuestión ante la falta de regulación legal, se ha manifestado en los esfuerzos realizados por la práctica bancaria para blindarse frente a tal situación (pactos de igualad de rango, vencimiento del crédito en caso de subrogación, etc), pues evidentemente la entidad financiera sale perjudicada si existe la posibilidad de que una nueva entidad se subrogue en el primer crédito (de mejor rango registral) sin necesidad de asumir el segundo (de segundo o ulterior rango).

La Ley soluciona este segundo problema, aparte de la reducción de supuestos afectados por los efectos de la pretendida "recarga", estableciendo que en caso de subrogación por una entidad financiera en un préstamo hipotecario de otra, si ésta tuviere varios garantizados con la misma finca, la primera deberá subrogarse en todos ellos, con lo que se soluciona el problema de competencia desleal que se estaba produciendo en la práctica.

Por último, se manifiesta que el causante de todos los inconvenientes de la hipoteca, para su adaptación a las necesidades del tráfico jurídico y financiero, entre ellos a la recarga, es el principio de accesoriedad de la misma respecto de la obligación garantizada. Así, por sus detractores, se reconoce la vigencia del principio de accesoriedad hipotecaria en nuestro Derecho, pero, del mismo, se dice que,[1] "*debe entenderse en sus justos términos, de manera que no impida el desenvolvimiento de figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria*"

La accesoriedad hoy en día, sigue diciendo el citado autor, "*impide que se garanticen diversas obligaciones causales y mezclar obligaciones presentes y futuras u obligaciones no perfectamente determinadas; no admite la hipoteca de propietario; rechaza la hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras; excluye las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta sin pacto novatorio expreso de las obligaciones que se cargan en ella; impide la refinanciación en caso de amortización de la cantidad garantizada, etc*", y por ello, el principal objetivo de la Ley 41/2007 es el de "*conseguir un sistema hipotecario más flexible que permita superar la aplicación rígida y excesiva del principio de accesoriedad, y la actual imposibilidad de refinanciación sin pérdida de prioridad*".

Pero ninguna de estas razones –flexibilizar no es alterar- justifica el citado cambio radical en la naturaleza de la hipoteca, pues para ello hubiera sido suficiente la introducción de la figura independiente de la hipoteca recargable, igual que se han creado las figuras de la hipoteca flotante e inversa.

Se hace necesario, por tanto, antes de estudiar el alcance de la reforma y sus posibles interpretaciones, analizar brevemente la naturaleza de la novación del préstamo garantizado, sus efectos en la hipoteca que lo garantiza como consecuencia de dicha accesoriedad, así como la regulación de la hipoteca recargable en el Derecho francés, que se dice ha sido el modelo que ha inspirado esta Ley.

II.- LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL.

Es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), pero la cuestión consiste en precisar si esa novación constituye una extinción de la relación jurídica preexistente y la constitución de una nueva o una mera modificación de la misma.

El Código Civil en su artículo 1156 considera la novación como causa de extinción de la relación obligatoria y, además, la regula dentro del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones, lo que parecería indicar que recoge la definición clásica de la novación como la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva destinada a reemplazarla.

Sin embargo, el artículo 1203 señala que la obligación puede modificarse, además de por la sustitución de la persona del deudor o del acreedor, por "*la variación de su objeto o condiciones principales*", lo que implicaría una mera modificación; posibilidad que ratifica el artículo 1207 del que se deduce por la utilización de la expresión "cuando", que la novación puede producir o no la extinción de la obligación principal.

Para saber cuando existe una novación extintiva hay que acudir al artículo 1204 1ue dice "*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declara expresamente , o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*", en otras palabras, es la autonomía de la voluntad la que, como regla general, determina cuando la novación es extintiva o meramente modificativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa y que "la alteración del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago", no entrañan más que modificaciones de la obligación no novación extintiva (STS 29 de abril de 1947, 26 de enero de 1961, 5 de marzo de 1978, 29 de enero de 1982, 23 de julio de 1991 y 10 de junio de 2003, entre otras).

Respecto de la alteración del plazo, existen, sin embargo, algunos autores que ponen en duda que tenga lugar una mera modificación, apoyándose en el artículo 1851 CC según el cual "*la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador* – o del hipotecante no deudor- *extingue la fianza* –o la hipoteca- "

En cuanto al aumento o reducción del capital, es también postura general de los civilistas que, las meras alteraciones en el *quantum*, no suponen una extinción sino una mera modificación de la obligación preexistente.

Sólo el cambio del objeto –finca- en el ámbito de los derechos reales (resolución DGRN de 20 de octubre de 1983) o la sustitución de una obligación por otra de distinta naturaleza (STS de 11 de abril de 1961), constituyen *per se* novación extintiva.

Pues bien, en la novación modificativa, como se infiere a *sensu contrario* del artículo 1207, subsistirán las obligaciones accesorias, entre ellas la hipoteca, fianza, etc; ahora bien, cuando la modificación amplia el contenido de la obligación, haciéndola más gravosa, tal modificación, según la doctrina mayoritaria, no afectará al tercero fiador o hipotecante de deuda ajena, mas que cuando preste su consentimiento, porque en virtud de un pacto en que no participó, no se pueden crear a su cargo obligaciones, ampliando el contenido de las que recaían sobre él.

Llegados a este punto, la cuestión que nos interesa es saber qué efectos tendrá la novación meramente modificativa del préstamo garantizado con hipoteca sobre los terceros que hayan inscritos sus derechos antes de la modificación del mismo, y la repercusión que tengan esos efectos en el derecho real de hipoteca.

III.- REPERCUSIÓN DE LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA HIPOTECA. LA POSTURA DE LA DGRN.

A. POSICIONES DOCTRINALES. Para comprender cuales pueden ser las repercusiones de la novación, ya sea extintiva o modificativa, del préstamo hipotecario sobre el derecho real de hipoteca, debe partirse de que la configuración del sistema español de derechos reales se asienta sobre los principios de causalidad y accesoriedad o relación de dependencia entre la hipoteca y la obligación garantizada.

La accesoriedad y causalidad de la hipoteca significa que la misma debe constituirse en garantía de una obligación –hoy incluso varias según el artículo 153 bis LH- determinada más o menos precisamente, presente o futura, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículo 1857-1 del Código Civil), y que no puede, en consecuencia, configurarse como la afección de todo o parte del valor de cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podría aplicar a cualesquiera créditos que ostente ó pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida (reserva de rango o hipoteca de propietario).

Este carácter accesorio de la hipoteca respecto del préstamo que garantiza, tiene como efectos que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (artículo 104 de la Ley Hipotecaria), que en caso de impago del crédito la acción del acreedor se puede dirigir contra el bien hipotecado cualquiera que fuese su titular (artículo 1858 del Código Civil), que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil), o que el crédito hipotecario goza de un especial privilegio para el cobro derivado precisamente de su cobertura hipotecaria (artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal).

Es verdad, que no debe hacerse una aplicación rígida del principio de accesoriedad, que en el derecho español existen variadas excepciones al mismo como son la admisión de hipotecas unilaterales, futuras, en reconocimiento de deuda o en garantía de letras de cambio (artículos 141, 142 y 154 LH), la necesidad de consentimiento cancelatorio formal para cancelar la hipoteca (artículos 82, 123 y 179 LH) o la posibilidad de sustituir, al menos aparentemente, un crédito garantizado por otro (artículos 1211 CC, 118 LH y 230 y 231 RH, y Ley 2/1994), y que, por tanto, no debe existir confusión entre la hipoteca y el crédito garantizado, pero también que el mismo debe ser el punto de partida del análisis de las consecuencias jurídicas que la modificación de la obligación garantizada tenga sobre la hipoteca.

Pues bien, como consecuencia de esta accesoriedad, en principio, la hipoteca debe seguir el mismo régimen que el préstamo garantizado y, por tanto, si éste experimenta una novación modificativa por ampliación del capital, alteración del plazo, tipo de interés, etc; también debería la hipoteca experimentar una novación meramente modificativa.

Y ello, de hecho, es así en el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la escritura de la ampliación, en cuyo caso, es perfectamente admisible que las partes modifiquen un crédito mediante la ampliación de su importe, siendo el resultado de la operación el mismo y único crédito, siempre que su voluntad sea manifiesta en el sentido de no pretender el nacimiento de un crédito nuevo, y también que el derecho real de hipoteca se conserve sin alteración

del rango, modificando su contenido al pasar a garantizar el importe ampliado del préstamo. El principio de accesoriedad, como bien se ve, no es para ello un obstáculo sino, al contrario, su fuente generatriz.

Pero dada la eficacia *erga omnes* de los asientos registrales, en caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva, no es posible la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca porque la ampliación de la hipoteca, como todos los derechos reales no inscritos en general, no perjudican, en ningún caso, los derechos inscritos con anterioridad por terceros (artículos 32, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria).

Significará esto que la hipoteca inscrita primitiva sufre una novación extintiva por efecto de esa protección de los terceros, extinguiéndose la misma y constituyéndose una nueva por la acumulación del antiguo préstamo y del nuevo, con perdida del rango por el total, ganándolo la inscripción del tercero que se antepone; o cabe otra solución jurídica.

Algunos autores[2], consideran que la novación de la hipoteca será también meramente modificativa, siempre que el importe del nuevo préstamo no exceda de la cantidad amortizada porque entienden que la hipoteca supone, frente a terceros, la reserva de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, que seguirá garantizando, hasta la misma suma que lo hacía, la relación de préstamo después de su ampliación modificativa.

Para otros autores, lo que existe es una novación extintiva de la hipoteca, para unos[3], por entender que el contrato llamado de ampliación no estructura las obligaciones existentes –antigua y nueva- como dos obligaciones distintas que puedan y deban ser objeto de dos hipotecas independientes, sino que pretende subsumir la nueva entrega de capital dentro de la primera relación obligatoria que estaba perfectamente constituida, lo que implicaría, según los mismos, una novación extintiva porque, primero, dicho nuevo crédito único y uniforme no se puede imponer a terceros y, segundo, en el sistema registral español ni puede tolerarse una hipoteca con dos rangos, ni puede tolerase que un mismo crédito quede garantizado con dos hipotecas.

Para otros[4], porque consideran que la independencia del primitivo y del nuevo préstamo se mantiene y no puede ser desconocida (prescripción, causas de nulidad, etc) mientras no haya una novación extintiva del primero y su sustitución por uno nuevo cuyo importe sea igual a la suma de aquéllos, lo que debe ser pactado expresamente por las partes. La conclusión es que, una vez pactada la novación extintiva, debe cancelarse la hipoteca primitiva y constituirse una nueva hipoteca por el importe total del nuevo crédito resultante de la acumulación del nuevo al preexistente que tendría peor rango que la del tercero intermedio, o, alternativamente la constitución de una hipoteca independiente en garantía de la nueva obligación si esa fuera la rectificación efectuada por las partes.

Ambos grupos de autores afirman, asimismo, que en los supuestos de ampliación de hipoteca previstos en los artículos 115 (intereses) y 165 (hipoteca legal) de la Ley Hipotecaria, que no producen la cancelación de la hipoteca precedente, se contemplan ampliaciones de la garantía de un crédito ya constituido que aquella no alcanza a cubrir en su integridad; la afección hipotecaria preexistente se extiende en beneficio de una obligación accesoria de la originariamente garantizada (la de abono de interés), y cuyo nacimiento se estipuló al mismo tiempo que ésta o es impuesto por Ley.

Del mismo modo entienden que sería ampliación de hipoteca la convenida para un crédito que estuviera tan sólo en parte garantizado y se pretendiese hacerlo por entero, porque, en realidad, lo

garantizado en las mismas es todo el crédito sin distinción de partes, con independencia de que se limite la responsabilidad hipotecaria a una cifra máxima de aquel (resoluciones DGRN de 2 y 3 de enero de 1996).

Pero en el caso que tratamos, afirman, que la pretendida ampliación es para garantizar un nuevo crédito fruto de la entrega de un capital en virtud de un nuevo acuerdo entre las partes, por lo que o existe una sustitución del objeto de la obligación mediante la acumulación a una obligación existente de otra nueva o dos obligaciones independientes, y ello, existiendo terceros, debe determinarse por las partes.

B. LA POSTURA DE LA DGRN. Por su parte, la DGRN fiel al principio de accesoriedad según sus críticos, o a los efectos *erga omnes* del sistema registral según mi criterio, aún admitiendo la posibilidad de concesión de nuevo capital que se garantice con la misma hipoteca, ha venido negando que esta situación pueda perjudicar a terceros.

Son ejemplo de este posicionamiento, entre otras, las resoluciones de 26 de mayo de 2001, 17 de enero de 2002, 30 de abril de 2002 y 8 de junio de 2002 que rechazan la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca y, al menos en cuanto al rango registral, realizan una equiparación de la ampliación de capital a la constitución de una nueva hipoteca. Es decir, adopta una solución intermedia entre la mera novación modificativa de la hipoteca y la radical novación extintiva de la misma.

Concretamente, la primera y la tercera de las citadas resoluciones señalan que no cabe extender una hipoteca a posibles ampliaciones del capital originario, ni aunque por haberse reducido el importe de aquél quepa la ampliación dentro del límite de su responsabilidad, mediante una compensación de créditos.

Las dos restantes, no admiten la figura de la ampliación de hipoteca con adopción del mismo rango de la hipoteca inscrita, cualquiera que sea la cifra del capital ampliado, aunque señalan que se puede inscribir la ampliación siempre que se determine con precisión cuáles son las nuevas responsabilidades objeto de la garantía, siendo los efectos de tal inscripción los que se deriven legalmente de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y no por la voluntad de las partes.

Analicemos los argumentos de la DGRN, pues los mismos nos pueden servir para entender debidamente el alcance de la reforma, dado que marcan la interpretación de las normas civiles e hipotecarias en lo que no hayan sido expresamente modificadas:

a) En el Derecho español no está permitida la hipoteca de propietario ni la reserva de rango ni la compensación de créditos: *"La hipoteca ordinaria o de tráfico, frente a la llamada de seguridad, es la que garantiza una obligación ya existente y de cuantía determinada, al margen de cuál sea el sistema previsto para su pago o devolución. sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro como una reserva de rango disponible"*.

Esta aseveración implica que para que se admita en el Derecho español la configuración abstracta de la hipoteca como desvinculada de la obligación garantizada y el rango registral como valor autónomo de la hipoteca negociable, y más aún, para alterar la naturaleza de la hipoteca de tráfico convirtiéndola en recargable, es necesario una reforma expresa y concluyente.

En contra de esta afirmación de la DGRN se ha manifestado Blanquer Uberos, para quien ya antes de la reforma "*la garantía registral a través de la hipoteca, supone frente a terceros la reserva de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, garantía que puede perfectamente sobrevivir para seguir garantizando hasta la suma que lo hacía, aunque no más, la misma relación de préstamo después de su ampliación novatoria*", es decir, que no existe modificación de la hipoteca porque no existe alteración en la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Pero esta tesis, que parece que es la seguida en la reforma, olvida, como ha puesto de manifiesto Canal Brage[5], que "*la responsabilidad hipotecaria no es un concepto jurídico distinto de la obligación garantizada, sino meramente la cuantificación de ésta ..... El crédito se cuantifica por sí mismo y, en consecuencia, en un sistema de accesoriedad,* -respecto de las hipotecas de tráfico añado yo- *la responsabilidad hipotecaria se reduce por sí sola si se reduce el capital del préstamo*", que "*el principio de integridad del artículo 122 LH que la hipoteca subsistirá integra mientras no se cancele aunque se reduzca la obligación garantizada ..... va claramente referido a la finca y no al crédito*" y que "*el rango de la hipoteca pertenece a la naturaleza del derecho real: su capacidad de purga de cargas posteriores ..... Nada tiene que ver con la preferencia del crédito*".

b) La ampliación del capital del préstamo no supone una extinción novatoria del mismo: "*Resulta claro* –en los supuestos analizados- *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 del Código Civil) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente 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. Ciertamente, puede plantearse si frente a terceros –piénsese en una situación concursal (cfr. art. 881 del Código de Comercio), la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia [(cfr. arts. 1.924.3.ª) en relación con el 1.929 del Código Civil)], etc.– no habrá de entenderse que existen dos obligaciones, pero entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad, que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el artículo 1.169 del Código Civil*".

Ya he expuesto anteriormente mi opinión de que no existe ningún precepto en el Código Civil ni en la Ley Hipotecaria que imponga la extinción de la garantía en caso de modificación de la obligación garantizada y, por tanto, si la voluntad de las partes es la de modificar la obligación y la de garantizar el capital ampliado con la misma hipoteca, no debe existir para ello inconveniente alguno *inter partes*.

Y efectivamente, esa consideración de la operación realizada como una mera modificación de la obligación garantizada es reiteradamente manifestada por las partes en todas las escrituras de ampliación de préstamo hipotecario, ante la necesidad que tienen las entidades financieras de la conservación de la hipoteca primitiva.

c) Los terceros registrales posteriores a la hipoteca inscrita no pueden verse afectados por la ampliación del capital: "*Cuestión distinta es que no se pueda por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. 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 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, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho".

Y "*A la ampliación de hipoteca hacen referencia los artículos 115 y 163 de la misma Ley, así como el 219.2.º de su Reglamento. Cuando el primero 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, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad 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. A la misma conclusión ha de llegar en el caso de la ampliación de hipoteca legal exigida al amparo del artículo 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario, máxime en este caso si la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre otros bienes distintos de los hasta entonces hipotecados*".

No podemos sino estar de acuerdo con la conclusión sentada por la DGRN, aunque de algunas expresiones contenidas en el texto parece inferirse una cierta pérdida del significado del derecho real de hipoteca y su conversión en una especie de mera preferencia crediticia, lo que late también en la reforma de 2007, y detrás de lo cual puede estar la interpretación de que la misma comprende la recarga de la hipoteca.

d) No es posible la existencia de una hipoteca con dos rangos: "*La accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.528 y 1.857 del Código Civil y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria), su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas*".

Aquí cabe reiterar lo expuesto respecto de la conclusión a), de que su modificación exige una reforma legal expresa y concluyente.

e) Existiendo terceros, se puede constituir una nueva hipoteca por el nuevo capital entregado, sin extinción ni perdida de rango de la hipoteca primitiva: "*Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas. Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial*".

Y ”*Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente. Los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la 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.º del Código Civil, del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario*”.

Como se ve, la solución de la DGRN no es la de la “existencia de una extinción de la relación jurídica previa y la constitución de una nueva” ni de “la alteración o perdida de rango de la hipoteca inscrita” –novación extintiva-, sino el mantenimiento del rango de dicha hipoteca inscrita por la cifra de responsabilidad hipotecaria que conserva, y la constitución de una nueva por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria experimentado. Conclusión ésta que es fundamental para entender el alcance de la reforma.

Sin embargo, a esta conclusión se le critica por algún sector doctrinal, aparte de cuestiones procesales que no son objeto de este trabajo, que, si lo que las partes pretenden es establecer la existencia de un solo crédito con un único y uniforme régimen jurídico, sólo con el consentimiento expreso de los interesados sería posible la inscripción de la ampliación de otra manera a la querida por ellos, porque, en caso contrario, el asiento registral discreparía del contenido de la escritura pública y, en consecuencia de su voluntad, lo que en principio no debe admitirse. Estos autores rechazan la inscripción de la ampliación de hipoteca y exigen o la constitución de una nueva hipoteca independiente por el nuevo capital o la extinción de la anterior hipoteca y la constitución de una nueva por el total.

Del mismo modo, las entidades financieras tampoco debían tener clara esta solución de la DGRN por lo que, dadas las enormes dudas jurídicas que flotarían sobre la operación resultante, incluida la propia conservación de la preferencia crediticia respecto del acreedor intermedio, que podría desde luego alegar la extinción de todo el préstamo –inicial y ampliación- y no la mera modificación del crédito anterior; suelen condicionar suspensivamente la concesión de la ampliación del préstamo garantizado con hipoteca a la circunstancia de que en el Registro de la Propiedad no consten cargas inscritas con posterioridad a su primera hipoteca, solicitando expresamente, de concurrir dicho supuesto, la no inscripción de la ampliación, ante el riesgo de que la misma pueda implicar la extinción de la hipoteca primitiva.

Precisamente en el hecho de garantizar la legalidad sin mácula de la solución de la DGRN, puede estar uno de los motivos de la reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994.

IV.- LA “*HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE*” DEL DERECHO FRANCÉS.

Se ha dicho repetidamente que la reforma de la Ley 41/2007, en lo que a la hipoteca recargable se refiere, tiene como modelo la figura recogida en el derecho francés e introducida por la Ordenanza de

11 de marzo de 2006 denominada *hypothèque rechargeable* y que supone la derogación en algún aspecto de la regla de la accesoriedad.

Veamos cuales son las características[6] de esta figura y la técnica utilizada en su implantación.

a) La figura se introduce mediante una reforma detallada del Código Civil francés, concretamente en sus artículos 2422 y siguientes, que es completada con diversas disposiciones en el Código de Consumo, que contiene también una regulación minuciosa en especial en lo relativo a la información al consumidor.

b) Convive con las categorías de la "hipoteca convencional" y del "privilegio del prestamista", exigiéndose pacto expreso para su constitución, y debiendo regirse imperativamente por las normas del Código Civil.

c) Las hipotecas ya existentes pueden transformarse en hipotecas reutilizables o recargables.

d) Se define expresamente como aquella hipoteca que puede ser reutilizada para la garantía de nuevos créditos futuros e indeterminados en el momento de su constitución hasta el límite del importe máximo garantizado.

e) De la recarga puede beneficiarse tanto el mismo acreedor inicial o como otros acreedores diferentes. El acreedor beneficiario de la reutilización, por tanto, se va a beneficiar del rango de la hipoteca inicial respecto de terceros. La cesión de la recarga la puede hacer tanto el deudor como el primer acreedor.

f) Si existen varios acreedores de la hipoteca, su rango se determina por la publicación de las recargas sucesivas. Cualquier pacto contrario a la admisión de otros acreedores distintos del inicial se reputará no escrito.

g) Su utilización, por la misma o distinta entidad, es posible, haya sido pagado íntegramente o no el acreedor primitivo, y el único límite del capital será el valor del inmueble. No queda, por tanto, afectada la libre concurrencia entre entidades de crédito.

h) La reutilización de la hipoteca se hará por acta notarial con honorarios reducidos, cuya publicación del acuerdo de reutilización tendrá lugar simplemente por vía de mención al margen de la inscripción inicial, sino no será oponible a terceros.

i) La inscripción de la hipoteca reutilizable podrá tener una duración máxima de 50 años, y no se extingue más que a la expiración de la fecha prevista inicialmente, independientemente, por tanto, de la suerte del crédito inicial.

j) Se admite la renuncia a la recarga por el deudor, que se hará constar también por vía de mención al margen de la hipoteca.

Como vemos una regulación muy minuciosa y que, como examinaremos, difiere casi absolutamente de la recogida en la reforma de 2007, salvo para sus defensores en el concepto mismo, coincidencia de figura que, como ya hemos expuesto, no está tan clara.

V.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS NORMAS DE LA LEY 41/2007.

Lo primero que debe ponerse de manifiesto es que, frente a una interpretación inicial, al parecer inspirada por los propios miembros de la Comisión redactora del borrador del anteproyecto, referida a la inclusión en la Ley de la figura de la hipoteca recargable; se abre cada vez más paso la idea de que lo que ha llevado a cabo la Ley 41/2007 según los términos del Preámbulo y de su escaso articulado, a este respecto, es la mera elevación a la categoría de Ley de la comentada doctrina de la DGRN sobre las ampliaciones de préstamos hipotecarios.

En concreto las normas aplicables, las cuales centran su escasa regulación a la inscripción de la modificación del préstamo hipotecario cuando existan terceros, son las siguientes :

El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que en la parte que nos interesa dice: "*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;

ii) la alteración del plazo:

iii)las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;

iv)el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;

v) la prestación o modificación de las garantías personales.

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 hará 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 ".

La disposición transitoria única-3 establece: "*La ampliación de capital, sin alteración o perdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley*".

El Preámbulo de la Ley, en lo nos interesa dice: "*Por otra parte, la novación del préstamo hipotecario en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2 /1994 de 30 de marzo de subrogación y novación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuando existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo*".

Analicemos esta regulación punto por punto:

1.- Comenzando por el propio Preámbulo, parte, a mi juicio, de un doble error: El primero es el considerar que la Ley 2/1994 tenía "*una interpretación restrictiva del concepto de novación modificativa*", pues dicha Ley ni tenía ni dejaba de tener criterio alguno al respecto, el cual era regulado por el Código Civil y por la Ley Hipotecaria, sino que como ha repetido hasta la saciedad la propia DGRN, se limitaba a establecer aquellos supuestos en la novación modificativa gozaba de beneficios fiscales y arancelarios.

El segundo consiste en partir de la creencia de que en la situación anterior a su entrada en vigor los referidos supuestos implicaban "*la extinción de la relación jurídica y la constitución de una nueva*", pues, como ya se ha expuesto, la DGRN venía considerando a todos esos supuestos como productores de novación meramente modificativa y únicamente en el supuesto de ampliación del capital establecía la solución intermedia apuntada de mantenimiento de la hipoteca primitiva y la constitución de una segunda por el importe ampliado.

Es verdad, que esta solución planteaba dudas jurídicas, y es posible, como se ha dicho más arriba, que en la necesidad de garantizar la legalidad de dicha solución de la DGRN, puede estar uno de los motivos de esta reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994.

Se puede alegar, que en realidad esa solución se estimaba insuficiente, porque no suponía la aplicación plena de la concepción como novación meramente modificativa de la concesión de capital, ya que entiende que esa modificación no produce efecto en perjuicio de terceros y que la solución de la DGRN se asemeja más bien a las novaciones extintivas. Pero, entonces el Preámbulo debió indicarlo así expresamente, pues no debe olvidarse que el criterio de la DGRN responde a la aplicación de unos artículos que no se han visto alterados y de los principios generales del sistema registral, por lo que su reforma implica la utilización de una técnica legislativa distinta.

2.- Respecto a la disposición transitoria, considero que es susceptible de una doble interpretación: Bien que se reconoce expresamente que la ampliación de capital antes de la reforma producía una novación extintiva que ahora pasa a ser modificativa, en congruencia con el Preámbulo, y cayendo en el mismo error. Bien, en caso de defenderse la recarga – compensación de las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos- que la misma, sólo es posible respecto de las hipotecas que se constituyan a partir de su entrada en vigor, sin que sea posible transformar en recargables las ya existentes.

La primera, es cierto, que puede tener peligrosas consecuencias respecto de las ampliaciones ya inscritas pero, como hemos expuesto, tiene su congruencia en relación con el Preámbulo. La segunda implica una integración de conceptos no expresados en toda la Ley, incompatible con el profundo calado de la reforma si siguiera esa interpretación.

3.- En cuanto al párrafo 2º del artículo 4, la enumeración que recoge, a mi parecer, carece de trascendencia alguna, pues los supuestos recogidos en el mismo, incluida la ampliación del capital, se refieren simplemente a la modificación del préstamo hipotecario y ya eran admitidas sin problemas con anterioridad como novación modificativa. En modo alguno, por tanto, puede fundarse la recarga en la referencia a la ampliación del capital en este párrafo.

Todo lo relativo a la hipoteca y a la modificación de las cláusulas de trascendencia real, como por ejemplo la responsabilidad hipotecaria, quedan en principio no sujetas a las normas de esta Ley, y se regulan por la Ley Hipotecaria y el Código Civil como no puede ser de otra forma.

4.- La expresión de que la ampliación del capital no supondrá "*en ningún caso una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria ..... por este incremento*", entiendo, que literalmente lo que hace es confirmar el criterio anterior de la DGRN, es decir, que la ampliación del capital supone una modificación de la hipoteca inscrita en cuanto a las condiciones financieras con mantenimiento del rango en cuanto al capital preexistente y, existiendo terceros, la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango por la cifra total de ampliación del capital, que sería el incremento.

Lo que no puede deducirse de dicho párrafo es el establecimiento de la denominada "hipoteca recargable", ni mucho menos el cambio de la naturaleza de la hipoteca de tráfico en ese sentido, porque ni en el Preámbulo ni en el articulado se alude a ella ni a la recarga, ni se modifica el concepto de hipoteca del Código Civil, ni se alude siquiera a la posibilidad de compensar los créditos.

Se afirma, sin embargo, por lo defensores de la recarga que si entendemos que la hipoteca supone frente a terceros la reserva de un derecho de realización de valor por un importe determinado, el párrafo debe ser entendido en el sentido de que la ampliación de capital queda garantizada hasta la suma de dicho importe –cifra de la responsabilidad hipotecaria primitiva- sin perdida de rango de la hipoteca, y en cuanto la ampliación exceda de la citada cifra de responsabilidad –incremento-, deberá constituirse nueva hipoteca si existen terceros.

Pero la admisión de esta interpretación tropieza con dos obstáculos, la primera que las denominadas "reservas de rango" no están admitidas por el derecho registral español según ha proclamado la DGRN, por lo que su admisión exigiría, como ya se ha puesto de manifiesto, una declaración expresa con la consiguiente reforma del Código Civil o de la Ley Hipotecaria, lo cual no ha tenido lugar.

La segunda, que es una consecuencia de la anterior, consiste en la determinación de cuando la ampliación de capital "*implica un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria*", pues la misma a falta de su señalamiento en la reforma legal, ha resolverse por las normas generales del Código Civil y la Ley Hipotecaria, las cuales, según ya tiene declarado la DGRN, conducen a la otra interpretación expuesta.

Además, como señala Canals Brage[7], en un sistema de accesoriedad, respecto de las hipotecas de tráfico, *la cifra de responsabilidad hipotecaria* se reduce por sí sola si se reduce el capital del préstamo –la responsabilidad hipotecaria *ex* artículo 179 RH no se cancela, se cancela la hipoteca-, por lo que reflejándose en la escritura el capital amortizado, no puede volver a usarse su cifra de responsabilidad para garantizar el nuevo capital prestado al modo de una recarga, pues dicha cifra ha dejado de existir en la misma cuantía. En otras palabras, toda reducción del crédito supone siempre una alteración del *quantum* de la responsabilidad por la que está afecta la finca en base al derecho real de hipoteca, aunque ello no provoque automáticamente la cancelación parcial de la hipoteca a no mediar consentimiento expreso.

Tampoco puede fundarse en el principio de integridad del artículo 122 de la Ley Hipotecaria –*la hipoteca subsistirá integra, mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados,*

aunque se reduzca la obligación garantizada-, la base legal de la recarga, pues dicha integridad, como se infiere claramente del artículo citado, se refiere a la finca y no al crédito.

Por último, no debe olvidarse que en las hipotecas de tráfico, como reitera el artículo 12 reformado de la Ley Hipotecaria reformado, lo que consta en la inscripción es "*el importe del principal de la deuda*" y no "*el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*", el cual sólo es predicable respecto de las hipotecas de seguridad, a las que debería haber limitado expresamente la posibilidad de la recarga.

Llegados a este punto es necesario plantearse la cuestión de si puede existir un conflicto de leyes, dado que la recarga, tal como reconocen sus propios defensores que se ha formulado, supone un cambio radical de la naturaleza de la "hipoteca de tráfico" en el derecho español, transformándola de una hipoteca accesoria en una reserva de rango o en una hipoteca de propietario, sin que se haya modificado los artículos del Código civil y de la Ley Hipotecaria que resultan contrarios a dicha interpretación.

Pues bien, no puede alegarse el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, pues admitiendo la reforma dos posibles interpretaciones, prima el principio de "conservación de las normas", según la cual no puede entenderse derogada la norma anterior salvo que exista una derogación expresa o una colisión absoluta con la nueva.

Pero, siendo posible otra interpretación, como creo he demostrado, debe prevalecer la lógica insita dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por tanto, manteniéndose la naturaleza de la hipoteca de tráfico y el resto de las normas civiles e hipotecarias, debe prevalecer la interpretación coincidente con la doctrina de la DGRN, que es la única compatible con ella.

5.- En cuanto al efecto de perdida del rango de la hipoteca por la ampliación del plazo del préstamo, se ha dicho que tiene su fundamento en el artículo 1851 del Código Civil según el cual *la prórroga del plazo concedida por el acreedor sin consentimiento del fiador, extingue la fianza"*, del que se extraería la conclusión de que la ampliación del plazo perjudica a los garantes y, por consiguiente, también a los terceros, lo que implicaría la perdida del rango de la hipoteca en todo supuesto de ampliación del plazo.

Pero, en realidad creo que dicho fundamento se encuentra en la concepción de la hipoteca como "la reserva a favor del acreedor de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, frente a los terceros", concepción en la que se apoya la posibilidad de la recarga y que implicaría que la misma sólo es posible si no su supera el plazo de la reserva de rango.

Respecto del significado concreto de la redacción de la norma: *"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"*, considero que debe ser interpretada en el sentido de que únicamente la ampliación del plazo producirá la alteración del rango de la hipoteca cuando vaya asociada a una ampliación simultánea del capital, pues en cualquier otro caso, no sólo supondría un retroceso respecto de la regulación anterior, sino que produciría unos efectos respecto de la responsabilidad hipotecaria incompatibles con el sistema registral.

Ello es así, porque es insostenible que una misma hipoteca pueda tener un rango hasta una fecha y otro a partir de la misma, ni se entiende qué parte de la responsabilidad garantizaría la hipoteca en cada plazo. Tampoco se puede interpretar que la misma hipoteca garantizará toda la cifra de la responsabilidad hipotecaria si el incumplimiento y ejecución se producen durante la vigencia del antiguo plazo, y otra si dichos hechos acaecen durante el período de la ampliación del plazo.

Este criterio, por lo demás, viene avalado por el texto del último borrador de Anteproyecto que decía: *"y cuando, aun sin haber excedido el importe inicial, se amplíe o se haya ampliado también el vencimiento de la deuda"*.

Por tanto, esta ampliación del plazo no tendrá efecto especial alguno si se sigue la postura de la ratificación de la doctrina de la DGRN, al suponer ésta la constitución siempre de una nueva hipoteca por el importe total de la ampliación del capital. La hipoteca inscrita preexistente mantendrá su rango, no obstante la ampliación del plazo, al cual respecto de ella constituirá únicamente una novación modificativa.

No obstante, sí tendría sentido el párrafo analizado, si se siguiera el criterio, que hemos rechazado, de que la simple ampliación del plazo implica en todo caso la extinción de la hipoteca inscrita y la constitución de una nueva en cuanto a la ampliación del plazo.

Por el contrario, si se admite la posibilidad de la recarga, será necesario la constitución de una nueva hipoteca, cuando exista una ampliación del capital y simultáneamente una ampliación del plazo, por el total del importe de la ampliación del capital aunque existiera cifra de responsabilidad para la recarga en todo o parte del mismo.

La referencia a la perdida del rango en caso de ampliación del plazo *"por esa ampliación del plazo"* debe tenerse por no puesta, pues nos llevaría al absurdo, antes expuesto, de una hipoteca con dos rangos según el plazo.

Por tanto, si se sigue este criterio, el citado párrafo debe ser leído del siguiente modo: *"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 por este incremento o cuando impliquen la ampliación del plazo del préstamo por todo el capital ampliado"*.

En la práctica, sin embargo, como lo habitual es que la ampliación del capital lleve consigo la simultánea ampliación del plazo, esta limitación del mismo, es probable, que haga que la recarga de las hipotecas, aunque se admita, entendida como conservación del rango para nuevos importes de capital, quede en papel mojado.

6.- El párrafo 2º del número 3 del artículo 4 que establece que *"En estos casos* –cuando se produce perdida del rango- *necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango"*, no merece mayor comentario pues supone la aplicación de los principios generales el sistema registral sobre negociación del rango hipotecario, salvo quizás apuntar si será necesario un consentimiento expreso si el titular registral de la carga posterior es la misma entidad que efectúa la ampliación. En cuanto a este interrogante, entiendo que no es necesario, pues al establecerse por la reforma la obligación de subrogación en todos los préstamo y créditos de la antigua entidad acreedora, nunca se dará el supuesto

(salvo cesión expresa en que se pondrían de acuerdo) que pueda otra entidad ocupar por subrogación el lugar de otra entidad en la carga intermedia.

Este párrafo es aplicable a ambas interpretaciones, es decir, bien para mantener el rango de la hipoteca inscrita respecto del total capital de la ampliación, o bien para mantenerlo respecto de lo que exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria reutilizable. En todo caso, este consentimiento de los titulares de derechos inscritos de rango posterior, es bastante improbable que se otorgue.

7.- La constancia registral de la modificación viene recogida en el párrafo 3º del número 3 del artículo 4 que señala que *"En ambos supuestos se hará constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa"*.

En cuanto a cuales son esos "ambos supuestos", independientemente de la incorrección gramatical de la expresión respecto de la interpretación lógica de la misma, entiendo que se referirá a todos aquellos supuestos en que se produce un mantenimiento del rango, ya tenga lugar éste por la propia naturaleza de la modificación o por consentimiento de los titulares registrales posteriores.

En los demás supuestos, constitución de nueva hipoteca por la causa que fuere, será aplicable la regla general de constancia mediante asiento de inscripción recogida en los artículos 81 y 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento.

Respecto de esa nota marginal, no se entiende su imposición pues, en primer lugar va contra la normativa general antes indicada y, en segundo, es físicamente imposible, como ya se ha demostrado en la práctica diaria, cuanto más hoy, en que la nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria amplia en contenido de los asientos de modificación y ampliación de los préstamos hipotecarios al tener que hacer constar en los mismos también las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado. Por tanto, la modificación se hará constar por asiento de inscripción y al margen de la inscripción de hipoteca, se extenderá una nota de referencia.

Se alega que una de las razones de la remisión a una nota marginal es la arancelaria, pero la misma es insostenible, desde el momento que el artículo 8 reformado de la Ley 41/2007, señala expresamente respecto de todos los supuestos incluidos en su ámbito que "*se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2 –inscripciones-*".

También se ha argumentado que la razón es la de intentar que los actos no estuvieran sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en su Concepto de "Actos Jurídicos Documentados", pues éste tiene como uno de los requisitos para la sujeción al mismo de las primeras copias de escrituras notariales "que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad", lo cual supone desconocer la verdadera naturaleza de "las notas marginales sucedáneas", en cuya categoría cabe encuadrar éstas, que es la misma que tendría la inscripción a la que sustituyen al implicar la adquisición, modificación o extinción de derechos inscritos, y que, por tanto, producirán la sujeción al impuesto de AJD..

O que era un intento de salvar lo inconvenientes del artículo 1927-2 del Código Civil que establece la preferencia de los créditos hipotecarios por el orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones, a lo que debe argumentarse igual que en el anterior párrafo, es decir, que la fecha a estos efectos sería la de la nota y no la de la inscripción primitiva, dado el carácter sustantivo de la misma.

Por último, indicar que de la redacción del párrafo y del artículo en general, parece inferirse que la constancia registral de toda novación modificativa es imperativa.

8.- Por último, la expresión de que *"En ningún caso será posible hacerlo*(¿?) *cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores"*, entiendo que debe ir referida no a toda modificación de los préstamos hipotecarios, sino solamente a los incrementos de capital que son a las que se atribuye virtualidad para perjudicar a terceros y se ven afectados por dicha nota.

Esta limitación es completamente lógica, pues de lo contrario se frustraría la finalidad perseguida por el artículo 657 de la LEC de que los licitadores de la subasta ajusten sus pujas al valor real de las cargas preferentes en que se han de subrogar.

Por lo demás, su redacción vuelve a ser errónea, pues al Registro de la Propiedad no accede ninguna "petición de información sobre cantidad pendientes", sino que lo que consta es la nota marginal del mandamiento judicial de indicación de dichas cantidades a que se refiere el artículo 657 de la LEC, al cual debemos entender referido el artículo.

Este párrafo no tiene mucho sentido si se sigue la interpretación de la confirmación de la doctrina de la DGRN, en la que todo caso de ampliación de capital, supone la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango; salvo quizás el de impedir que existiendo un procedimiento de ejecución, puedan surgir nuevos problemas de preferencia de cobro, o el de confirmar el criterio de que la cifra de responsabilidad hipotecaria se reduce por sí sola, si se hace constar en el Registro el capital pendiente de pago del préstamo.

Supuesto semejante es aquél en que consta registralmente la nota de expedición de la certificación de cargas a los efectos de la ejecución de la propia hipoteca modificada, el cual, no obstante haberse excluido en la tramitación del proyecto, consideró que también excluye la posibilidad de la ampliación de hipoteca o plazo, porque las partes han perdido la libre disponibilidad de la hipoteca.

Por aplicación analógica de los artículos 688- 3 y 640-3 de la LEC para poder efectuar dichos actos, piénsese en que se pretenden una refinanciación para evitar la subasta o ejercitar el derecho del artículo 693-3 LEC, será necesario autorización judicial y, en su caso, el consentimiento de los titulares de cargas posteriores.

9.- De lo expuesto se infiere que si lo comparamos con su modelo francés encontramos las siguientes diferencias: la reforma española se hace por una ley especial menor no en el Código Civil o Ley Hipotecaria, no se crea una figura especial sino que se modifica la naturaleza de la hipoteca de tráfico, no se señala una definición de lo que será esa nueva hipoteca ordinaria, al parecer no necesita pacto expreso, no permite transformar las anteriores hipotecas, no permite la entrada de nuevos acreedores, no señala un plazo máximo y no regula la posibilidad de renuncia del deudor.

Poco parece ser, por tanto, lo que se ha copiado del modelo francés, salvo el nombre doctrinal, que por otra parte tampoco aparece en el texto. Ello unido a las ambigüedades del artículo, refuerza las dudas acerca de la real intención del legislador. Yo personalmente me quedo con el modelo.

VI.- SOLUCIONES PRÁCTICAS Y OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

A continuación exponemos la distinta aplicación práctica de las normas comentadas según cuál sea la interpretación que se adopte, así como una serie de cuestiones jurídicas conexas, algunas comunes a ambos supuestos.

A.-EN LA TESIS DE NO ADMISIÓN DE LA RECARGA.

Si se sigue la interpretación de la ratificación de la doctrina de la DGRN, que en mi opinión es la única que tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico, la actuación registral deberá ser la misma que hasta ahora, es decir, de existir terceros y siempre que los términos de la escritura no impidan la inscripción por falta de consentimiento de las partes –condición suspensiva caso de existir cargas intermedias, etc-, se practicará una inscripción de modificación de la hipoteca inscrita respecto de las cláusulas financieras, y, en el mismo asiento, la inscripción de la ampliación del capital como si fuera una segunda hipoteca.

Se considera también aconsejable, hacer constar en la misma inscripción, la sujeción de la agrupación de las dos hipotecas para constituir una única a la condición suspensiva de la cancelación de las cargas intermedias, para lo que entiendo que no es necesario el consentimiento de las partes, pues la existencia de una única hipoteca es su voluntad en estos supuestos.

Está solución es la impuesta expresamente por la nueva Ley: “mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita” con modificación de las cláusulas del préstamo hipotecario, y constitución de una nueva hipoteca “por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria”, que será por aplicación de las reglas generales del sistema hipotecario el importe de la ampliación del capital.

Entiendo que las reticencias de algunos registradores a esta solución práctica, por no ajustarse a la voluntad real de las partes, deben desaparecer desde el momento que existe un artículo que expresamente determina cual ha de ser la actitud del registrador en estos supuestos. El problema de a qué préstamo deben aplicarse los distintos pagos, es, en realidad, una cuestión judicial que no debe influir en la inscripción de la escritura, aparte de que se solucionaría con una estipulación de imputación de pagos.

Por último, quizás fuera conveniente aclarar si, como pienso, en las hipotecas ordinarias o de tráfico, el reconocimiento de la amortización parcial del crédito garantizado implica *per se* la reducción parcial del importe del principal de la deuda y, por tanto de la cifra de responsabilidad hipotecaria, de modo que en el caso de simultánea ampliación del crédito debe partirse de la cifra del capital pendiente y no de la cifra del importe del principal de la deuda inicial sin modificación alguna, que es ahora lo habitual.

B.- EN LA TESIS DE ADMISIÓN DE LA RECARGA.

De seguirse esta interpretación la actuación del registrador debe ajustarse a los siguientes criterios:

1.- Se practicará una inscripción y una nota marginal para el importe de ampliación de capital que sea susceptible de recarga y las demás cláusulas financieras. En esta inscripción, no podrá ampliarse el capital por encima de la cantidad previamente amortizada, la cual habría de indicarse

expresamente en la escritura. La escritura, aparte de las estipulaciones financieras o no que quieran establecer las partes, sólo deberá contener el capital amortizado y el nuevo prestado, sin alteración en cuanto al principal de la responsabilidad hipotecaria.

En lo que exceda el importe de la ampliación de esa cifra que llamaremos de cobertura o reserva, el importe del exceso deberá ser objeto de una nueva hipoteca, siempre que existan terceros y en la misma forma que se realiza en la actualidad, pues no otro debe ser la interpretación de la expresión "*alteración o perdida del rango ..... por este incremento*". Como es lógico la hipoteca deberá contener todas las estipulaciones, incluida la responsabilidad hipotecaria necesarias para la inscripción de esta nueva hipoteca.

2.- Sólo si se aumentan simultáneamente el plazo y el importe del capital, será necesario constituir una nueva hipoteca respecto de todo el importe del nuevo préstamo –aunque cupiere en la antigua responsabilidad hipotecaria- o ampliación de capital, practicando respecto de la hipoteca primitiva una inscripción de modificación que incluirá también el nuevo plazo.

Igualmente como novación modificativa, se actuará si se amplia el plazo sin simultánea ampliación del capital, prescindiendo de la expresión "*alteración o perdida del rango ..... por esa ampliación*".

3.- Para que pueda operar la recarga es necesario también que ninguna cifra de responsabilidad hipotecaria por ningún concepto (intereses ordinarios, moratorios, costas, gastos, etc) aumente, lo que habrá de vigilarse especialmente, pues, por ejemplo, en la actualidad a veces reduciéndose en interés, sin embargo, se aumenta el número de años de la garantía hipotecaria de los mismos.

4.- Existiendo ampliación de capital por encima de la cifra de responsabilidad hipotecaria o con simultánea ampliación de plazo, será necesaria para incluir en una única hipoteca el importe del incremento de capital respecto de la cifra de responsabilidad, la aceptación expresa por parte de los titulares de derechos inscritos con rango posterior, si los hubiere; consentimiento o aceptación que podrá hacerse constar por nota marginal.

5.- Si consta en el Registro de la Propiedad la indicación sobre el saldo pendiente de dicho préstamo solicitada como consecuencia de la ejecución de cargas posteriores del artículo 657 LEC, no se podrá inscribir la recarga, pero sí una nueva hipoteca por el total importe del nuevo préstamo, hipoteca que tendrá su propio rango.

A este supuesto debe asimilarse, como ya se ha argumentado, el de la existencia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas de la hipoteca que se ejecuta.

6.- Esta ampliación del capital sin perdida de rango de la hipoteca inscrita o recarga, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir del 9 de diciembre de 2007. Para esta interpretación, aunque lo considero criticable, todas las hipotecas, sean del tipo que sean, posteriores a dicha fecha, se pueden recargar sin necesidad de constituirse con tal carácter.

Las préstamos hipotecarios anteriores a la entrada en vigor de la Ley podrán ser objeto de cualquier modificación, pero no les será aplicable la posibilidad de recarga, y, por tanto, no podrán transformarse en recargables.

Se plantea la grave cuestión, dado los términos de la nueva Ley, de si las ampliaciones de préstamos hipotecarias anteriores que se hubieren inscrito al amparo de la doctrina de la DGRN, existiendo cargas intermedias han producido la perdida de rango de la hipoteca inscrita preexistente.

7.- Entiendo que es posible la renuncia por el deudor-hipotecante al carácter recargable de la hipoteca, tanto en el momento de su constitución como posteriormente y unilateralmente, pues no existe ninguna norma que lo impida y debe entenderse que la misma es una facultad del deudor a refinanciarse a bajo coste, más que un derecho del acreedor.

Esta facultad del deudor se asemeja en gran medida a la de subrogar a un acreedor recogida en el artículo 1211 del Código Civil, como de hecho así ocurre en la reforma francesa. A la misma conclusión debe llegarse si tenemos en cuenta que de la finalidad expresa de su introducción estaría en la mejora de los mecanismos de refinanciación por parte del deudor.

8.- En cuanto a la posibilidad de subrogación por el deudor a un tercero no en el préstamo sino en todo o parte de la recarga al amparo del artículo 1211 del Código civil y de la Ley de subrogaciones; no es posible por la introducción en el artículo 2 de la Ley 2/1994 de la obligación de subrogación del nuevo acreedor en todos los préstamos o créditos hipotecarios del antiguo.

Tampoco creo que sea posible la cesión unilateral -*ex* artículo 149 reformado de la Ley Hipotecaria- de la facultad de recarga separada del préstamo por parte del acreedor a favor de otro nuevo, pues esa facultad como queda dicho corresponde al deudor.

Sí creo, sin embargo, factible esa posibilidad mediante el acuerdo del deudor y de los acreedores –antiguo y nuevo- mediante la modificación de la hipoteca precisando los términos de esa relación, es decir, si la titularidad del derecho real de hipoteca será solidaria o mancomunada, si se divide la hipoteca en dos hipotecas del mismo rango, etc. Ese acuerdo, considero que, a efectos de la inscripción, debe ser simultáneo a la ampliación del capital o al menos presentarse al Registro al mismo tiempo.

9.- Si se admite esta figura de la hipoteca recargable, las alteraciones en la cifra de la responsabilidad hipotecaria, bien por aumento de la misma bien por cancelación parcial –único supuesto de reducción de dicha cifra en estas hipotecas-, implicarán paralelamente un aumento o reducción de la posible cuantía de la misma.

Inversamente, la mera indicación de una amortización del capital o el no uso de toda la posible recarga en una escritura de ampliación de préstamo, dada la configuración de la responsabilidad hipotecaria como un concepto autónomo, no producen la reducción de la cifra de garantía; pero ello, admisible en las hipotecas de máximo o de seguridad, no lo es en las de tráfico.

Quizás convenga recordar aquí las siguientes palabras de Canals Brage[8], respecto de las hipotecas ordinarias: *" la «responsabilidad hipotecaria» no es un concepto autónomo como si la cantidad garantizada se independizase del crédito garantizado; representa ni más ni menos que la cifra de éste, que se halla cubierto por la hipoteca, y por tanto su reducción es automática en el mismo instante en que se produzca la del crédito, sin más que la necesidad de su consignación registral a los efectos establecidos por el artículo 144 LH. Tal consignación del pago parcial del crédito provoca pues, por sí sola, la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, sin necesidad de expresa manifestación de cancelación parcial, porque la «responsabilidad hipotecaria» no es el derecho susceptible de cancelación, sino que éste es la «hipoteca» ".*

C.- OTRAS CUESTIONES JURÍDICAS.

1.- Respecto de los supuestos de modificación de los préstamos hipotecarios, distintos del incremento del capital o de la ampliación del plazo, se considera por la Ley que, cualquiera que sea su contenido, no perjudican a tercero y que, por tanto, no producen alteración o perdida de rango de la hipoteca inscrita, pero a mi juicio, en el caso de la reducción del plazo amortización esta afirmación no es tan clara y puede llegar a producir litigios.

Así no resulta indiferente a los titulares de cargas posteriores, dado el principio de purga de cargas no preferentes, la reducción del plazo de amortización sin una paralela reducción del capital a amortizar, porque ello supondrá un incremento de la cuota periódica y, por tanto, un aumento del riesgo de impago y eventualmente de ejecución. Pero el posible perjuicio o no para el tercero del contenido de las diversas modificaciones del préstamo hipotecario no es objeto de calificación registral, que deberá limitarse a aplicar lo dispuesto en el número del artículo 4 de la Ley 2/1994.

2.- A pesar de las normas sobre la recarga, la misma no afectará, en cuanto al importe nuevo, a las situaciones concursales[9] y así, la misma se verá afectada por la acción de reintegro del artículo 71.2-2º de la Ley 22/2003 Concursal, que señala que "*se presume perjuicio patrimonial para la masa activa en los siguientes actos: ..... la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraidas en sustitución de aquéllas*".

No obstante, esta situación se ha paliado en gran medida por la nueva redacción por la propia Ley 41/2007 del artículo 10 de la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario, según el cual "*las hipotecas inscritas a favor de entidades financieras, sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo del artículo 71 de la Ley 22/2003, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen*".

En la tesis contraria a la recarga este problema es menor, en cuanto que todo el capital ampliado se pospone a las cargas intermedias.

3.- Respecto del cobro de las cantidades de la recarga en los procedimientos de ejecución, es probable un aumento de la litigiosidad hipotecaria por el ejercicio de tercerías de mejor derecho –preferencia de cobro por razón de la fecha de los créditos- admitidas en el artículo 614-1 LEC por parte de los titulares de cargas intermedias –inscritos antes de que la ampliación del capital conste en el Registro-, acciones que aunque no produzcan la suspensión de la ejecución, si pueden ocasionar la retención del precio del remate a fin de garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga en la tercería (artículo 698-2 LEC).

Además, debe señalarse que, a falta de una estipulación sobre imputación de pagos, de existir terceros intermedios, se planteará en dichos procesos el problema de determinar a cuál de los dos créditos –inicial o ampliado- ha de imputarse cada una de las cantidades pagadas y, por tanto, correlativamente el precio obtenido en el remate.

VII.- CONCLUSIÓN.

Termino manifestando mi postura abiertamente favorable a la figura de la hipoteca recargable que entiendo puede resultar de enorme utilidad al sistema hipotecario español, facilitando su convergencia con Europa en la línea del Libro Blanco del Crédito Hipotecario en la UE y la refinanciación de los prestamos hipotecarios de una forma rápida, segura y de bajo coste.

Pero dicho esto, no puedo dejar de reiterar mi desacuerdo con la técnica legislativa seguida y con la regulación aprobada carente de toda claridad y a todas luces insuficiente.

Siendo consciente que es probable que la intención última del legislador haya sido la introducción de la figura de la hipoteca recargable, como incluso se puede inferir de algún párrafo del citado artículo 4 de la Ley 2/1994, esa circunstancia no implica que deba admitirse la citada figura en nuestro derecho, si esa presunta voluntad no se ha plasmado claramente en las normas respectivas, pues los argumentos en contra superan a los argumentos a favor, circunstancia que creo haber demostrado.

En este sentido, considero que la transformación radical que dicha figura, tal como se dice configurada, produciría en el sistema hipotecario español; unido al desajuste del Preámbulo con la finalidad pretendida, el carácter ambivalente de casi todos sus párrafos, los defectos de redacción y la nula mención de la figura presuntamente introducida (no se habla ni de hipoteca recargable, ni de recarga, ni de compensación de créditos), que obligan a labores de integración interpretativa; hace imprescindible una reforma legislativa que clarifique el texto y complete las lagunas.

Entre tanto, debe acudirse a la aplicación del principio de «conservación de las normas», para interpretar las mismas, como ya se ha expuesto, de la forma que más se ajuste al ordenamiento jurídico en su conjunto, que a mi juicio, es la defendida en el trabajo, de la ratificación de la doctrina de la DGRN.

Otra posible solución podría ser considerar, mediante la integración del artículo 4 de la Ley 2/1994 y el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que el primero de los mismos al referirse a la «cifra de responsabilidad hipotecaria», está circunscribiendo la posibilidad de la recarga a las hipotecas de máximo, y que la hipoteca recargable sería, por tanto, una hipoteca semejante a las de cuenta corriente de crédito, con las diferencias de que no existiría obligación por parte de la entidad acreedora en la concesión del nuevo crédito o disponibilidad y que éste se encuentra en el momento de la constitución totalmente indeterminado.

Pero, la admisión de dicha interpretación exigiría un acuerdo con las entidades de crédito y un pacto expreso de la configuración de la hipoteca como recargable, junto con algún pacto complementario (imputación de pagos, etc) que no se si las mismas admitirían dado lo amplias que, al parecer, han sido sus expectativas acerca de la reforma hipotecaria.

Quizás, no obstante, podría ser suficiente la elevación de una consulta vinculante o proponer una instrucción a la DGRN que supla los defectos observados. Tiempo hay, dado que la exclusividad de la posible recarga respecto de la hipotecas autorizadas después de la entrada en vigor de la Ley, da un cierto margen de maniobra, pero no debemos descuidarnos dada la trascendencia de la cuestión.

(Footnotes)

[1] Francisco Javier Gómez Galligo en *"La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia"* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 702.

[2] Roberto Blanquer Uberos en el informe en defensa de la escritura en los recursos ante la DGRN de las resoluciones de 26 de mayo de 2001 y 3 de abril de 2002, e Ignacio Martínez-Gil Vich en su informe en defensa de la escritura en el recurso ante la DGRN de la resolución de 8 de junio de 2002.

[3] Fernando Canals Brage en" *la ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN"* (RCDI nº 678).

[4] Juan Sarmiento Ramos en el informe en defensa de la nota que motivo la resolución de 8 de junio de 2002 y Juan Manuel Llopis Giner en el informe en defensa de la nota que motivo la resolución de 17 de enero de 2002.

[5] Fernando Canals Brage en "*El incierto porvenir de la hipoteca en España"* (diario La Ley nº 6691).

[6] CROCQ, P., "L´hypothéque rechargeable en droit français", III Congreso Nacional de Registradores de España, Granada, octubre 2006

[7] obra citada

[8] obra citada

[9] Juan María Díaz Fraile en "La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria" (diario La Ley nº 6727).

Ángel Valero Fernández-Reyes.

ADEIT

PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY 41/2007 DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO

Por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO. Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.[1] Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

SUMARIO.

I. Origen de la Reforma.

II.. Solidez de la hipoteca en el sistema español.

III. Necesidad de una amplia reforma del sistema hipotecario.

IV. Problemas existentes: La aplicación rígida del principo de accesoriedad.

V. Revisión de la accesoriedad en la ley 41/07: la hipoteca global o de empresa.

VI. Refinanciación sin pérdida de prioridad: la posibilidad de recarga de la hipoteca.

VII. Subrogación y novación modificativa.

VIII. Hipoteca inversa.

IX. Medidas de protección de la hipoteca frente a situaciones de insolvencia.

X. Medidas adoptadas en el mercado secundario.

XI. Calificación de cláusulas financieras.

XII. Otras medidas adoptadas en la reforma.

XIII. Conclusiones.

I. ORIGEN DE LA REFORMA

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, tiene su origen en un proyecto de ley que se fraguó en el Ministerio de Justicia, en particular en la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En este Centro Directivo, se constituyó en febrero de 2005 una Comisión mixta integrada por representantes de la Asociación Hipotecaria Española, el Colegio de Registradores de la Propiedad, el Consejo General del Notariado y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado para afrontar la reforma del mercado hipotecario español. Sólo posteriormente, y sobre la base del texto ahí elaborado, se incorporaría el Ministerio de Economía y Hacienda, que desde entonces –para afrontar los aspectos económicos- tomó las riendas del proceso.

La Comisión constituida en la Dirección General de los Registros y del Notariado, se propuso dar cumplimiento a la Proposición No de Ley de 3 de Febrero de 2005, por la que el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con objeto de favorecer la accesibilidad de dicho mercado a los ciudadanos, mejorar la eficiencia en la asignación de recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica.

En cumplimiento y desarrollo de la citada Proposición No de Ley, la Comisión propuso adoptar una serie de medidas que se consideraban convenientes para lograr los objetivos anteriormente expresados.

De esta ley –ya desde que comenzó a elaborarse el mismo proyecto de ley- de modernización del mercado hipotecario aprobada por las Cortes Generales, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, se han destacado en los medios de comunicación sobre todos sus aspectos económicos. Se ha dicho que el Gobierno pretende ofrecer mayor protección a las economías familiares ante las eventuales subidas de los tipos de interés; rebaja de comisiones, limitando la denominada –a partir de ahora- compensación por cancelación anticipada en los variables y mixtos al 0,50%; abaratar los costes de constitución de las hipotecas; ampliar la oferta de productos hipotecarios; dotar de mayor independencia a las sociedades de tasación; ofrecer mayor transparencia en la información de las entidades financieras a los clientes, especialmente mediante la información sobre las previsibles subidas de los tipos de interés; fomentar las hipotecas a tipo mixto que protegen al ciudadano frente a tales subidas de tipos; etcétera.

Sin embargo se olvida que es ante todo una ley con importantes soluciones de tipo jurídico, más que económico; y que su principal objetivo es la conseguir un sistema hipotecario más flexible, superando el principio de accesoriedad que permita admitir nuevos productos demandados por el mercado y que facilite la refinanciación sin pérdida de rango de la hipoteca.

Esas soluciones jurídicas que introduce la Ley 41/07 y que constituyen los principios generales de la Ley –título a que responde este trabajo- son principalmente las siguientes:

a) flexibilización del principio de accesoriedad e introducción de la hipoteca global o flotante, como manifestación más clara de esa flexibilización;

b) introducción de la hipoteca recargable y nueva regulación de los supuestos de novación modificativa, además del ya citado de la refinanciación o recarga;

c) nueva regulación del régimen de subrogación, para clarificar su operatividad en caso de existencia de dos o más préstamos o créditos a favor de una misma entidad financiera;

d) nueva regulación del procedimiento de enervación, para garantizar su efectiva aplicación;

e) regulación, para fomentar su utilización en determinadas condiciones, de la hipoteca inversa;

f) fomento del acceso al Registro de las cláusulas financieras, como fórmula de publicidad de los productos financieros;

g) adopción de medidas para potenciar y dar transparencia al mercado hipotecario secundario.

II. SOLIDEZ DE LA HIPOTECA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Nuestra hipoteca puede considerarse como sólida, sin ninguna duda, desde una perspectiva de Derecho comparado. Goza de los caracteres esenciales que deben predicarse de la hipoteca. Es un derecho real de garantía, indivisible, de inscripción constitutiva y está dotado de un adecuado procedimiento de ejecución sumaria, hoy denominado de ejecución directa sobre bienes hipotecados. Y además se adecua en lo sustancial al Reglamento CE 1346/2000, de 29 de Mayo, sobre procedimientos de insolvencia, al establecer una protección del crédito hipotecario en las situaciones concursales del deudor.

Como derecho real de garantía, asegura el cumplimiento de cualquier obligación. El artículo 1861 C.C., básico en la materia, permite garantizar con hipoteca cualquier clase de obligación, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. Como derecho de realización de valor que es, exige una valoración en dinero de la obligación, sea de dar, hacer o no hacer una cosa. Y, como se ha señalado, desde el Código Civil de 1889, frente a la regla general de inscripción declarativa, la hipoteca es de inscripción constitutiva. En ella rigen los principios de inoponibilidad de lo no inscrito (32 LH) y fe pública registral (34 LH), por lo que en el Derecho español no caben tercerías de dominio frente al acreedor hipotecario; y sólo excepcionalmente se admiten tercerías de mejor derecho derivan de hipotecas legales tácitas –caso del impuesto de Bienes Inmuebles, ex artículo 194 LH y los gastos de comunidad de los edificios en régimen de propiedad horizontal ex articulo 9 LPH por las dos últimas anualidades.

La hipoteca implica un ius distrahendi del patrimonio del deudor o tercer poseedor de los bienes, sin que pueda anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea, como afirmó la Resolución de la DGRN de 29 de Abril de 1998.

Pero es quizás la existencia de un procedimiento de ejecución sumario, lo que hace plenamente eficiente a la hipoteca en España. Para proceder a la realización forzosa del bien (a través de cualquiera de los procedimientos de subasta, convenio de realización o realización a través de persona especializada prevista en la LEC) no es necesaria una sentencia declarativa sino que directamente se pasa a la fase de apremio; no se requiere el avalúo del bien ni la localización del deudor; basta la fijación de un tipo de subasta y de un domicilio a efecto de notificaciones en el Registro. En definitiva se base en trámites rápidos, con causas de oposición muy limitadas, lo que hace del procedimiento un instrumento muy eficaz de recuperación de las garantías.

La sólida configuración de la hipoteca en España, unido a la competencia de las entidades financieras impulsada decididamente por la Ley de Subrogación y modificación de préstamos

hipotecarios –único ejemplo existente en la Unión Europea- ha permitido que gocemos en nuestro país los tipos de interés más favorables en los préstamos hipotecarios; que la cartera de créditos hipotecarios alcanzase en 2007 los 800.000 millones de euros; y que la evolución del mercado hipotecario secundario en España haya sido vertiginosa, convirtiéndose en el país número dos en valoración de sus emisiones de cédulas hipotecarias, tras el Reino Unido, y también el número dos en volumen de emisión, tras Alemania.

III. NECESIDAD DE UNA AMPLIA REFORMA DEL SISTEMA HIPOTECARIO.

Si la solidez del mercado hipotecario, primario y secundario, en España es tal, ¿qué razones aconsejan la reforma?

Las principales razones que aconsejaban la reforma del mercado hipotecario, al entender de la Comisión redactora del proyecto, eran dos fundamentalmente:

1º.- El tiempo transcurrido desde las últimas reformas globales del sistema hipotecario.

2º.- La rigidez del mercado hipotecario derivado de la aplicación rígida del principio de accesoriedad.

Lo primero que apreció la Comisión constituida en la Dirección General de los Registros y del Notariado, es que era necesaria una reforma del sistema hipotecario para adecuarlo a la realidad social y económica del momento. Desde una perspectiva histórica ya habían pasado muchos años desde que se abordara una reforma de envergadura del mercado hipotecario. Aunque la Ley 41/07 no pretende una reestructuración general del mercado hipotecario, sí podemos decir que se trata de una reforma amplia y de gran trascendencia.

En efecto el momento es el adecuado tras varios años sin afrontar reformas estructurales de importancia. Podemos destacar como principales reformas parciales del sistema hipotecario a lo largo de su historia moderna, las siguientes:

a) La Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861 suprimió las hipotecas generales y tácitas, introdujo la necesaria determinación y precisión de las hipotecas y suprimió las antiguas Contadurías de Hipotecas, si bien subsistieron separados los libros de dominio y los de hipotecas;

b) el Código Civil de 1889 introdujo el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca hasta entonces de carácter puramente declarativo y consagró la teoría del título y el modo, si bien la modalizó tratándose de terceros con derechos inscritos en el Registro, de forma que para la plena eficacia frente a terceros es modo debe ser un modo público consistente en la inscripción en el Registro de la Propiedad –como ocurre en materia de doble venta ex artículo 1473 CC;

c) La importantísima reforma hipotecaria de 1909 introdujo el procedimiento judicial sumario, verdadero eje del sistema hipotecario; reguló la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, introduciendo por tanto nuevas figuras demandadas en la práctica bancaria y flexibilizando el principio de accesoriedad en estos productos; y refundió los libros de inscripción de dominio y los de hipotecas, hasta entonces diferentes entre sí;

d) La Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1946 reguló figuras nuevas igualmente exigidas por la práctica bancaria, como la hipoteca en garantía de rentas periódicas, letras de cambio, hipoteca unilateral, etcétera; y potenció la legitimación registral mediante acciones basadas en la presunción de validez de los asientos registrales, como es la acción real registral;

e) la Ley de Mercado Hipotecario de 25 de Marzo 1981 fue trascendental al regular el mercado financiero hipotecario y permitir desarrollar en España el mercado secundario de hipotecas: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias;

f) Fundamental fue la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 30 de marzo de 1994, que introdujo en España –único país europeo en que existe- la excepcionalidad de la novación subjetiva del crédito hipotecario a instancia del deudor, sin consentimiento del acreedor, si bien no cabe olvidar que se limitó a desarrollar y facilitar la aplicación práctica de lo que ya preveía el Código Civil (1211 CC) y venía admitiendo al menos en teoría la Dirección General de los Registros y del Notariado (veáse la Resolución de 7 de Diciembre de 1950):

g) También la ley de enjuiciamiento civil de 8 de enero de 2000 merece ser destacada, ya que incorporó a la ley procesal civil el procedimiento de ejecución hipotecaria (ejecución directa sobre bienes hipotecados); reguló las características generales de la ejecución y de forma específica la fase de apremio directa sobre los bienes hipotecados; permitió seguir el apremio ordinario contra bienes del deudor en el mismo procedimiento cuando no es suficiente el precio del remate; reguló procedimientos novedosos de realización forzosa: convenio de realización, entidades especializadas y subasta pública; restableció la importancia del procedimiento extrajudicial, que había sido declarado nulo por el Tribunal Supremo –con arreglo al Derecho entonces en vigor- por carecer de rango legal; permitió la rehabilitación del préstamo hipotecario cuando recae sobre la vivienda habitual y el deudor paga antes del remate o adjudicación; y admitió que con relación al deudor se pueda cobrar la totalidad de lo debido, aunque exceda del límite de la responsabilidad hipotecaria: este solo opera de límite frente a terceros adquirentes y frente al deudor en situación concursal; e incidió en el carácter constitutivo de la hipoteca;

h) finalmente la ley concursal de 9 de julio de 2003 también incidió en materia hipotecaria, al limitar mucho la ejecución separada de la hipoteca, suspendiéndola hasta que se llegue a un convenio o transcurra un año de la apertura del concurso sin llegarse a un convenio. No obstante mantuvo el carácter de crédito especialmente privilegiado, al ordenar el pago del crédito hipotecario incluso antes que los créditos contra la masa (superprivilegiados salariales); al mismo tiempo determinó la supresión de la retroacción de la quiebra en perjuicio de acreedores hipotecarios y demás derechos inscritos con anterioridad (antiguo 878 Co.Co), manteniendo las acciones de impugnación si existe perjuicio de acreedores. Sólo la supresión del período de retroacción –verdadera quiebra del sistema registral hipotecario- justificó la reforma.

Eran muchos los años transcurridos sin que se hubieran abordado reformas estructurales. El analizar brevemente las principales reformas en materia hipotecaria llevadas a cabo desde la primitiva ley hipotecaria de 1861 pone de manifiesto cómo era necesario afrontar, dado el tiempo transcurrido, una reforma importante del mercado hipotecario para adecuarlo a la realidad social y económica actual. Y nos permite estudiar la Ley 41/07 con la convicción de que, al igual que las reformas precedentes, será buena para el entero mercado hipotecario español.

IV. EL PROBLEMA DERIVADO DE LA APLICACIÓN RÍGIDA DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

Como se dijo anteriormente, otra de las razones que aconsejaban la reforma del mercado hipotecario, al entender de la Comisión redactora del proyecto, era fundamentalmente la necesidad de superar la aplicación rígida y excesiva del principio de accesoriedad, que impedía la admisión a inscripción en el Registro de la Propiedad de figuras demandadas en el tráfico bancario (las denominadas hipotecas flotantes) y que excluía la posibilidad de refinanciación del deudor con cargo

a la misma hipoteca sin pérdida de prioridad, lo que le obligaba a constituir una nueva hipoteca y cancelar la anterior, con los grandes costes de transacción que ello conllevaba.

A juicio de la Comisión de la DGRN que elaboró el texto del borrador de anteproyecto de reforma del mercado hipotecario, la aplicación estricta de los principios de accesoriedad e indivisibilidad impedía el desenvolvimiento de nuevas figuras demandadas en el tráfico. La accesoriedad tenía como consecuencia el entorpecimiento de figuras demandadas en el tráfico jurídico y en la realidad social, con el siguiente efecto negativo en el crecimiento económico. Figuras como el crédito abierto, hoy totalmente aceptada en el tráfico mercantil, aún no había sido expresamente reconocida en nuestro Derecho, existiendo todavía calificaciones aisladas negativas a la figura que causaban grave daño a la economía del país.

En efecto, el principio de accesoriedad –que flexibiliza, como veremos la Ley 41/07- impedía que se garantizasen diversas obligaciones causalmente distintas; o que fueran objeto de la misma hipoteca obligaciones vencidas y futuras, u obligaciones no perfectamente determinadas.

Y es que la aplicación rígida de la accesoriedad se traduce en la exigencia de precisión exacta del contrato causal; no admite la hipoteca de propietario; rechaza la hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras; excluye las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta sin pacto novatorio expreso de las obligaciones que se cargan en ella; impide la refinanciación en caso de amortización de la cantidad garantizada; etcétera.

Es cierto que el Derecho debe poner las reglas de juego dentro del mercado, pero nunca obstaculizarlo; debe garantizar los derechos de los consumidores, pero sin perjudicar el dinamismo económico ni el igualmente respetable derecho del acreedor ha proteger su inversión con una garantía inscribible en el Registro de la Propiedad. El superior principio de libertad e igualdad y de protección de los derechos civiles de la persona, debe hacer excepcional el rechazo de figuras contractuales nuevas. Debemos tener siempre presente la importancia de los “property rights” en el desarrollo económico, de manera que cuanta más variación mejor, siempre que estén definidos.

Aquí a mi juicio corresponde hacer un análisis crítico –con ánimo constructivo- de la posición sostenida en este tema por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues aunque inicialmente interpretó la accesoriedad con gran flexibilidad (veáse por todas la Resolución de 28 de Febrero de 1933 que admitió una hipoteca en garantía de las obligaciones derivadas de la retirada de mercancías de una casa comercial), sin embargo tuvo una interpretación restrictiva después, especialmente a raíz de la Resolución de 23 de Diciembre de 1987.

Aunque la hipoteca en nuestro Derecho tiene carácter accesorio respecto de un crédito y es eminentemente causal, tal principio de accesoriedad debe entenderse en sus justos términos, de manera que no debe impedir el desenvolvimiento de figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria. Cuando en la práctica bancaria se quieren asegurar las diversas obligaciones que una determinada persona tenga o pueda llegar a contraer con el banco acreedor, nos topamos con la doctrina de la DGRN que hace una aplicación rígida de los principios de accesoriedad, indivisibilidad y determinación.

En definitiva el Centro Directivo no admitía una hipoteca única en garantía de las diversas obligaciones existentes o que en el futuro puedan contraerse. Sólo admitía hipotecas en garantía de un contrato causalmente único (préstamo o concesión de crédito) o cuando existía un pacto de novación

expresa de las diversas obligaciones que se carguen en cuenta de manera que la única obligación garantizada sea el saldo resultante del cierre de la cuenta al vencimiento pactado (hipoteca en garantía de cuenta corriente). Y en todo caso siempre que quedaran claramente perfiladas las obligaciones que son objeto de garantía, sin que pudiera quedar al arbitrio del banco acreedor.

La Resolución de la DGRN que más claramente estableció esta posición fue la de 23 de Diciembre de 1987. En ella se trataba de asegurar diversas operaciones bancarias ya concertadas entre los hipotecantes y el Banco acreedor, así como las cantidades que en cualquier concepto resultaren aquéllos adeudar al mismo Banco en cualquiera de sus sucursales durante el período de vigencia de la hipoteca, sin que sufrieran alteración, modificación o novación alguna las obligaciones derivadas de los títulos en que se fundan los créditos a favor del Banco. La DGRN entendió que no se podía inscribir esta hipoteca, ni siquiera por la vía de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito regulado en el artículo 153 de la L.H., por entender que se trataba de una "hipoteca flotante" en la que si bien quedaba fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, quedaba sin embargo al arbitrio del banco el determinar los importes de las obligaciones a integrar en dicha cifra, sean las obligaciones ya existentes o las futuras que pudieran contraerse; se trataría por tanto de una mezcla de obligaciones presentes y futuras, causalmente diversas, en las que no existe pacto novatorio, por lo que sería necesario constituir diversas hipotecas para cada una de las obligaciones.

Esta posición se ha ido reiterando, en resoluciones posteriores, inadmitiendo las hipotecas en garantía del cierre de una mera cuenta donde se habrían concretado las diversas obligaciones garantizadas. En concreto, no se admiten hipotecas en garantía de varias obligaciones causalmente diversas sino por vía del pacto novatorio y la técnica de la cuenta corriente de crédito del artículo 153 L.H., sin que ni siquiera fuera suficiente la mera reunión contable de las diversas obligaciones sin pacto novatorio expreso (así ha ocurrido en las resoluciones de 6 de Julio de 1998, 24 de Julio de 1998, 27 de Julio de 1999, 6 de Noviembre de 1999, 27 de Septiembre de 2000[2], 10 de Julio de 2001 entre otras).

Tampoco ha sido muy flexible la posición del Centro Directivo con relación a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición, ya que sólo se admitían cuando existía una relación jurídica básica en el momento de su constitución de la que fueran a derivar tales obligaciones (veáse Resolución de 17 de Enero de 1994, 28 de Abril de 1999 y 7 de Junio de 1999). Y no es flexible porque se interpretaba que tal relación jurídica básica estaba sometida a la necesidad de ser causalmente única, sin poder abarcar varias obligaciones futuras y sin permitir grado alguno de indeterminación en las mismas. En concreto en la RDGRN de 7 de Junio de 1999 se pretendía constituir hipoteca a favor de una Caja de Ahorros en garantía de las operaciones de descuento bancario de efectos mercantiles, operaciones de aval o afianzamiento ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, descubiertos en cuenta corriente o de ahorro, cuentas de crédito de cualquier naturaleza, operaciones de crédito exterior y préstamos; operaciones que perderían su exigibilidad aislada en el momento del cierre de la cuenta donde deberían irse asentando. La razón del rechazo es que la accesoriedad y el principio de especialidad imponen la determinación de la obligación asegurada, y "la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la inadmisibilidad de la cobertura hipotecaria de obligaciones totalmente futuras".

Pues bien, la aplicación rígida del principio de accesoriedad, a juicio de la Comisión redactora del proyecto, debía ser revisado en aras de un más dinámico y eficiente mercado hipotecario.

El rechazo automático a las hipotecas flotantes en base a los principios de accesoriedad y determinación registral no sólo produce una paralización del desarrollo económico (piénsese en lo

absurdo de exigir, dados sus costes de intermediación, varias hipotecas distintas en garantía de las obligaciones causalmente diversas) y supone un escollo a la uniformidad de la hipoteca en el ámbito europeo (la llamada eurohipoteca) sino que ni siquiera es aplicación exacta de categorías hipotecarias claramente acuñadas como es la hipoteca de seguridad.

Se ha venido a sostener así que en nuestro Derecho no caben las hipotecas flotantes. Por supuesto que caben, si bien configuradas como lo que son: hipotecas de seguridad, en las que debe fijarse un máximo de responsabilidad hipotecaria y en líneas generales la o las obligaciones pasadas, presentes o futuras, aseguradas.

Estas hipotecas de seguridad, no caben ser confundidas con las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (verdaderas hipotecas ordinarias o de tráfico con la única particularidad de la existencia no actual del crédito garantizado) ni con las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y otros supuestos en los que por virtud de pacto novatorio expreso, la hipoteca garantiza una única obligación: el saldo resultante del cierre de la cuenta donde se han cargado las diversas obligaciones aseguradas. A diferencia de ellas, en la hipoteca de seguridad ni hay voluntad de novación de las diversas obligaciones garantizadas, ni hay renuncia a la exigibilidad aislada de las diversas partidas, ni siquiera hay unicidad causal entre las diversas obligaciones cubiertas por la hipoteca, que además pueden mezclarse las de existencia actual y futura. Cierto es que tales hipotecas de seguridad no podrán ejecutarse por el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, hasta que por nota al margen de la hipoteca y en virtud de acuerdo entre acreedor y deudor (o en virtud de resolución judicial) se concrete la obligación garantizada, pues al fin y al cabo tal procedimiento es de esencia registral (cfr. Artículo 130 L.H.) y en definitiva lo no publicado por el Registro es como si no existiera, no sólo frente a terceros sino tampoco inter-partes. Pero esta circunstancia –la inexigibilidad sumaria de la hipoteca de seguridad no concretada en su existencia y cuantía por nota marginal- no es excusa para inadmitir la inscripción de la propia hipoteca en base a unos pretendidos principios, el de accesoriedad y determinación, que como hemos señalado no son predicables respecto de estas hipotecas.

Pudiera pensarse que la necesidad de convenio entre acreedor y deudor para la concreción de la hipoteca de seguridad, y en definitiva para su conversión en hipoteca ordinaria, es un lastre para la constitución de este tipo de hipotecas. Sin embargo, esto no es así; basta con convenir en la escritura de constitución que la determinación futura de la obligación garantizada y su cuantía pueda realizarla unilateralmente el acreedor, en base a los criterios y procedimientos objetivos que se pacten, en analogía a lo que para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes prevé el artículo 153 L.H. y por supuesto con la misma garantía de posibilidad de oposición del deudor al saldo recogidos en dicho artículo y en el 695 de la L.E.C.

La posición restrictiva de la DGRN llega hasta la fecha, bastando con citar el tímido y mínimo avance que lleva a cabo la RDGRN de 21 de Junio de 2001, que en un esfuerzo máximo llega a admitir la hipoteca en garantía de obligaciones diversas, vencidas y futuras, por entender que existe una voluntad inequívoca de novarlas y refundirlas en una sola, esto es, pesa a no existir un pacto expreso novatorio.

Las modernas reformas legislativas sin embargo venían avalando la línea futura por donde se iba a orientar el futuro de las hipotecas en España, y por supuesto en Europa: un ejemplo claro de ello fue la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Esta ley es clara demostración de la tendencia a la configuración abstracta de la hipoteca, desvinculada de la obligación garantizada y de la progresiva importancia del rango registral como valor autónomo de la hipoteca. Pudiera pensarse que esta Ley no supone una excepción al carácter accesorio y causal de la hipoteca; y sin embargo, claramente lo es. Nada menos que admite que la misma hipoteca, conservando su rango y por tanto su prioridad frente a terceros, pueda dejar de garantizar una determinada obligación para amparar otra distinta.

Doctrinalmente se ha discutido la posibilidad de que la ley de subrogación y novación de préstamos hipotecarios ampare la posibilidad de concesión de nuevo capital. A mi juicio al amparar la ampliación del plazo y la consiguiente reducción de las cuotas de amortización, no cabe duda que se está admitiendo la concesión de nueva financiación. Es decir, no veo conceptualmente la diferencia entre ampliación del plazo de vencimiento y mejora del tipo de interés y concesión de nuevo capital, ya que en ambos casos se produce una refinanciación de la operación.

Podemos ver un atisbo, todavía insuficiente pero optimista, en la posición de la DGRN que –pese a su posición restrictiva- ni siquiera excluye decididamente esta posibilidad. El problema es que lo hace de forma tímida y poco clara. Aunque rechaza que pueda utilizarse una hipoteca constituida en garantía de una obligación para dar posteriormente cobertura hipotecaria a otro crédito como si fuera una reserva de rango disponible, o para poder ampliar el inicialmente existente aunque la reducción por pago de la obligación garantizada lo permita, pues ello implicaría una especie de hipoteca de propietario prohibida por nuestro Derecho (RDGRN de 26 de Mayo de 2001 y 17 de Enero de 2002) admite sin embargo que se pueda ampliar la hipoteca por concesión de nuevo crédito, ahora bien con los efectos propios de una nueva constitución –en términos similares a una mejora de embargo-, esto es, sin perjuicio de los derechos de terceros inscritos en el ínterin (RDGRN de 8 de Junio de 2002). Es decir, aunque rechaza que se puede ampliar el crédito inicial parcialmente amortizado respetando la cifra de responsabilidad hipotecaria, admite que se pueda modificar o ampliar la hipoteca como consecuencia de una concesión de nuevo capital o ampliación del préstamo inicialmente concedido, siempre que quede claramente establecida la nueva responsabilidad hipotecaria y no se perjudique a terceros de conformidad con lo establecido en el artículo 144 L.H.

La tendencia clara en nuestro Derecho es y debe ser la flexibilización de la hipoteca y la potenciación de la misma abstrayéndola en lo posible de la obligación garantizada. Y tenemos el instrumento apropiado para ello que es la hipoteca de seguridad, la cual no puede ser confundida con las hipotecas ordinarias o de tráfico, sean presentes o futuras.

Igualmente esperanzadora es la Resolución de la DGRN, de 1 de Junio de 2006, que admite la posibilidad de extender la cobertura de la hipoteca que se constituye a esta obligación extracambiaria de abonar interés de demora más allá del límite del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil), siempre y cuando se respeten los límites que para la cobertura hipotecaria de intereses establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Afirma la DGRN que en la hipoteca en garantía de letra de cambio nada impide que se pueda garantizar además de la obligación cartular otras extracambiarias, siempre que -como acontece con la de pagar intereses de demora superiores al referido límite legal-éstas mantengan la debida conexión con la relación cambiaria. Y considera que no puede oponerse a ello el principio de accesoriedad, afirmando -¡y esto sí que es un cambio¡ que una misma hipoteca puede asegurar diversas obligaciones siempre que estén causalmente vinculadas entre sí, posición que es precisamente la que trata de consolidar definitivamente la Ley 41/07.

V. REVISIÓN DE LA ACCESORIEDAD EN LA LEY 41/07: LA HIPOTECA GLOBAL O DE EMPRESA.

Para clarificar definitivamente este cuestión, la Comisión de la DGRN redactora del borrador de anteproyecto que dio lugar a la Ley 41/07, consideró que debía volverse a la situación inicial de la hipoteca de máximo como hipoteca sólo definida en sus líneas generales, de manera que el crédito se determine extra-registralmente, y se puedan cubrir bajo la protección de la hipoteca de máximo nuevos productos, mezclar obligaciones vencidas y futuras, y obligaciones totalmente futuras sin necesidad de acudir a la técnica de la cuenta corriente de crédito, esto es, sin necesidad de pacto novatorio expreso que refunda todas las obligaciones.

A este respecto propuso que se regule lo que en la práctica bancaria se denomina "hipoteca empresa".

Fruto de ello es el reconocimiento explícito en nuestro Derecho de la hipoteca global o flotante, tan denostada hasta entonces por la DGRN, mediante la introducción de un nuevo artículo 153 bis en la Ley Hipotecaria, en los siguientes términos:

"Artículo 153 bis.

También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

b) a favor de las administraciones públicas titulares de crédito tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 123 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

En el borrador original del anteproyecto de ley se proponía la reforma paralela de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que para poder acudir al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, debía previamente determinarse registralmente el saldo final exigible, lo que debería constar en el mandamiento. De ahí que se proponía añadir un nuevo número 3 al apartado 1 del artículo 656 de la ley con la siguiente redacción: "3. *Importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*" y se proponía modificar el primer párrafo del apartado 2 del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pasaría a tener la siguiente redacción: "*El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha, la existencia del procedimiento a que se refiere y el importe del principal reclamado o el saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo.*"

Sin razón aparente no se ha incorporado esta reforma de la LEC en el texto final de la Ley 41/07, que creo era conveniente para no poner en entredicho el adecuado funcionamiento del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados que se basa en los pronunciamientos registrales, y que no debiera iniciarse sin esa concreción registral del saldo debido.

Es evidente que la determinación del saldo final exigible exigirá un previo acuerdo entre las partes o resolución judicial, pero el artículo 153 bis nuevo permite que se pacte en el momento de la constitución de la hipoteca la posibilidad de determinación unilateral por parte del acreedor, posibilidad esta última que ya desde el borrador de anteproyecto se limita a los préstamos a favor de entidades financieras –extendido a la Administración Pública en la tramitación parlamentaria de la Ley, en concreto en el Senado-.

No puede alegarse que la hipoteca global puede perjudicar a terceros acreedores, ya que éstos siempre podrán ejercer las correspondientes acciones de rescisión si se realiza esa concreción en su perjuicio (artículo 1291.3º C.C.). Además siempre será responsabilidad de los acreedores posteriores el que hayan concedido crédito no obstante la situación patrimonial del obligado, perfectamente publicada a través del Registro de la Propiedad. O dicho de otra forma, los acreedores posteriores ya conocen que existe una hipoteca global inscrita, y por tanto, deben pasar por sus consecuencias.

En cualquier caso esas acciones declarativas que pudieran ejercitarse por parte de acreedores que se consideraran fraudulentamente perjudicados, nunca serian causa de oposición en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, dada la clara limitación de las causas de oposición (cfr. artículo 695 L.E.C.).

VI. REFINANCIACIÓN SIN PÉRDIDA DE PRIORIDAD: LA POSIBILIDAD DE RECARGA DE LA HIPOTECA

Uno de los principales problemas con que se enfrentaban las entidades financieras, era que la refinanciación del deudor exigía constituir una segunda hipoteca, con los gastos que ello supone y la pérdida de prioridad respecto de la cantidad ampliada (115 LH)[3]. A diferencia del Derecho alemán donde el rango hipotecario tiene valor económico y es susceptible de negociación, no ocurre así en Derecho español dado su carácter causal, de manera que para conservar el rango en la ampliación de la hipoteca se exigiría el consentimiento de los acreedores intermedios (cfr. Igualmente artículo 240 RH).

Fiel a este principio la DGRN, aún admitiendo la posibilidad de concesión de nuevo capital, incluso con las ventajas fiscales de la Ley de subrogación, negaba que esa ampliación de capital pudiera perjudicar a terceros. Son ejemplo de ello entre otras las RDGRN de 26 de Mayo 2001, 17 de Enero de 2002, 30 de Abril de 2002 y 8 de Junio de 2002 que, al menos en cuanto al rango registral, realizan una equiparación de la ampliación de capital a la constitución de una nueva hipoteca.

A diferencia de la ampliación de plazo, para el cual la propia Ley 2/1994, de 30 de Marzo, de Subrogación y novación de préstamos hipotecarios contempla como un supuesto de novación modificativa, la DGRN entendía que la concesión de nuevo capital no podía perjudicar a los terceros con derechos inscritos con anterioridad a la ampliación, equiparando por tanto sus efectos a la novación extintiva. Tan sólo admitía que pudiera ser una novación modificativa cuando no existieran terceros.

La falta de claridad de la Ley 2/1994 respecto de qué supuestos constituían o no novación modificativa, y en definitiva, cuándo se mantenía el rango de la primitiva hipoteca, bien justificaban la reforma.

La Ley 41/07 trata de salir al paso de esta cuestión, de forma que la ampliación o reducción de capital tenga el mismo tratamiento que la ampliación del plazo o de las condiciones de tipo de interés, de manera que sean interpretadas como una novación modificativa y no supongan en ningún caso una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

En concreto se modifica el artículo 4 de la Ley 2/1994, que pasa a tener la siguiente redacción:

"Artículo 4. Escritura pública.

1. En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.

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;

ii) la alteración del plazo;

iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;

iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;

v) la prestación o modificación de las garantías personales.

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[4]. 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".

Como explica el Preámbulo de la Ley 41/07 *"la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital; prestación o modificación de garantías personales; alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo"*

Con ello se introduce la llamada hipoteca recargable o reutilizable en el Derecho español.

No se trata de un invento español, en la medida que la reforma se basa en una similar llevada a cabo en Francia, en 2006, que también se ha introducido como fórmula de potenciar nuevos productos

hipotecarios, pero con prudencia, en la medida que se supedita la configuración de la novación modificativa, a que no se exceda la cifra de capital inicialmente convenida.

En efecto, la Ordenanza de 23 de Marzo de 2006 relativa a las garantías reales[5] ha modificado el artículo 2422 del Código Civil francés, para admitir la hipoteca recargable, que permite garantizar con hipoteca, no sólo el crédito inicial sino cualquier otro crédito concedido con posterioridad, y aunque no esté pagado el primero, siempre sin exceder la cifra inicial de responsabilidad.

Al igual que en Derecho español se exige que se formalice la novación ante notario y que se inscriba en el Registro.[6] La importancia de esta reforma, de gran amplitud y trascendencia, no ha sido suficientemente destacada por la doctrina en España.[7]

La refinanciación o recarga se somete por la Ley 41/07 al siguiente régimen:

1º.- La hipoteca conservará su rango, incluso frente a acreedores intermedios entre la constitución de la hipoteca y la refinanciación o recarga. Es decir, la ampliación –al igual que la reducción- de capital claramente se configura como una novación modificativa, no extintiva.

Hasta la ley 41/07, se entendía sólo como supuestos de novación modificativa, la alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo. Así se deducía del texto del artículo 9 de la Ley 2/1994 de subrogación de préstamos hipotecarios.

La Ley 41/07 extiende la consideración de novación modificativa (a los efectos civiles, pues no lo hace a efectos de exención fiscal) a la ampliación o reducción de capital; la modificación del método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; y a la prestación o modificación de las garantías personales.[8]

2º.- No se puede superar la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria inicial por capital, pues de lo contrario la totalidad de la refinanciación perdería rango.

Cómo único requisito –por otra parte lógico y prudente- para que la refinanciación sea un supuesto de novación modificativa (al igual que los demás supuestos contemplados como tales tras la Ley 41/07) es que no se incremente la cifra de responsabilidad hipotecaria. Por tal incremento debemos entender el de la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal inicialmente pactado e inscrito en el asiento registral de la hipoteca.

Sería una interpretación alejada del sentido de la norma y de su propio tenor literal, entender que cualquier refinanciación implica un incremento de la responsabilidad hipotecaria; esto no es así. Sólo estaremos ante una refinanciación con pérdida de prioridad, cuando la cantidad ahora dispuesta unida a la pendiente de amortizar, superen la cifra de responsabilidad máxima por principal inicialmente convenida[9].

3º.- La posibilidad de recarga sólo es aplicable a las hipotecas presentadas a inscripción en el Registro a partir de la entrada en vigor de la ley, pues las leyes no tienen efecto retroactivo si no establecieran expresamente lo contrario. No será por tanto posible la recarga de hipotecas inscritas –esto es presentadas en el Registro- con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

Así resulta de la disposición transitoria única de la Ley 41/07, en su párrafo tercero, según la cual "la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13 apartado 2 de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley"

4º.- Si nada se dice en la escritura de constitución de la hipoteca, las hipotecas inscritas a partir de la entrada en vigor de la ley son recargables, pero nada impide que expresamente se configuren como no recargables si el hipotecante lo quiere así para permitir más fácilmente segundas o ulteriores hipotecas. Será conveniente en definitiva, que al convenirse el préstamo hipotecario, quede claramente

establecido el régimen de refinanciación futura, en el bien entendido que si no se dice nada, la hipoteca es recargable en los términos que hemos analizado.

5º.- Nunca cabrá recarga de la hipoteca (así lo dispone expresamente la ley) cuando conste registralmente la ejecución de cargas posteriores, es decir, cuando conste por nota al margen petición de información sobre cargas extinguidas o aminoradas como consecuencia de embargos anotados con posterioridad a la hipoteca.

6º.- Debe entenderse que tampoco cabrá cuando esté practicada nota marginal de expedición de certificación de cargas en el propio procedimiento de ejecución directa derivada de la hipoteca, dada la posición jurisprudencial y de la propia LEC de coordinar la ejecución con el Registro (no cabe cancelación ni recarga mientras no se cancele la nota marginal de ejecución hipotecaria).

7º.- Toda novación modificativa, y por tanto también la recarga, debe hacerse constar en el Registro por nota marginal. Esto es un importante avance de la ley ya que hasta ahora las novaciones modificativas, salvo el caso de subrogación, vivían al margen del Registro. A partir de la entrada en vigor de la ley, será imperativa la constancia registral de la novación por refinanciación o por cualquier otra causa. Lo cual por otra parte es lógico, dada la importancia que tiene frente a acreedores posteriores.

Es decir, la recarga –como cualquier novación modificativa de los préstamos o créditos hipotecarios- será de inscripción constitutiva por expresa disposición de la ley, a partir de su entrada en vigor.

8º.- Para que la refinanciación opere, al igual que cualquier otra novación modificativa, no se exige mejora de las condiciones financieras a favor del deudor; basta la modificación aceptada por el deudor.

Este tema ha sido polémico a lo largo de los últimos años. Mientras que inicialmente la Ley 2/1994 de subrogación de préstamos hipotecarios, exigía para su aplicación, que la nueva entidad financiera no se limitara a ofrecer nuevas condiciones financieras, sino que realmente hubiera mejora, la Ley 36/2003 –que modificó aquélla- suprimió la expresión "mejora" entre los requisitos para que operara la subrogación. La Ley 41/07, pese a que en el borrador inicial del proyecto de ley quiso volver a aquélla expresión, finalmente no la contempla.

VII. SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN MODIFICATIVA

Otra cuestión íntimamente ligada con la anterior es la relativa, en caso de ampliación del capital, a la posibilidad o no de aplicación de la Ley 2/1994 con relación al primero de los préstamos hipotecarios sin necesidad de subrogarse en el crédito ampliado. La importancia de la cuestión ante la falta de regulación legal, se manifestaba en los esfuerzos realizados por la práctica bancaria para blindarse frente a tal situación, pues evidentemente la entidad financiera sale perjudicada sí existe la posibilidad de que una nueva entidad se subrogue en el primer crédito (de mejor rango registral) sin necesidad de asumir el segundo (de segundo o ulterior rango).

De ahí que surgieran pactos como el de igualdad de rango –con la consiguiente reacción del legislador fiscal haciendo tributar por la responsabilidad hipotecaria inicial- o la del vencimiento anticipado del primer crédito si no se subrogan en el segundo.

La Ley 41/07 acaba con este tema, al modificar el artículo 2 de la Ley 2/1994 y establecer expresamente lo siguiente:

"Artículo 2. Requisitos de la subrogación. El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para

pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1211 del Código Civil. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos."

En definitiva, a partir de ahora no será posible la subrogación en un primer préstamo o crédito hipotecario sin subrogarse también en los posteriores, caso de que existan. Con ello se hacen innecesarios los pactos de igualdad de rango o de vencimiento anticipado por subrogación.

A mi entender, el proceso de subrogación debe ser único para los varios préstamos o créditos hipotecarios, aunque no veo problema a que se articulen en dos instrumentos públicos distintos.

VIII. HIPOTECA INVERSA

La ley fomenta la utilización de la hipoteca inversa. No se trata de una invención tampoco de la Ley 41/07, en la medida que por vía convencional siempre pudo configurarse una hipoteca de las denominadas "inversas". E igualmente también ahora será posible convenirla en forma distinta a lo que prevé la Ley 41/07, si bien lógicamente sin los beneficios previstos en ella.

Lo que ahora pretende la Ley 41/07 es potenciar su utilización, fomentándola cuando se constituya con determinadas condiciones. Los incentivos que se le conceden son fiscales y arancelarios[10]. Las condiciones a que se somete la hipoteca inversa para gozar de esos beneficios están recogidas en la disposición adicional primera de la Ley 41/07, según la cual:

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,

b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,

d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.

3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el

Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto.

7. Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, 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.

9. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, 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 ciento.

10. Podrán asimismo instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.

11. En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable.

La hipoteca inversa es así una hipoteca de desamortización. A diferencia de la hipoteca ordinaria, destinada a la adquisición de una vivienda, la hipoteca inversa va a permitir obtener una renta –complementaria o no de las pensiones públicas- con la garantía de un patrimonio ya pagado y amortizado. Se garantiza que el propietario siga siendo titular de la vivienda y pueda vivir en ella, si lo desea, hasta su fallecimiento. En esto se diferencia de figuras jurídicas de finalidad semejante, pero mucho más leoninas –incluso cercanas a la prohibición de pacto comisorio propio del Derecho común ex artículo 1859 C.C.- que utilizaron tiempo atrás las entidades financieras con cierta frecuencia, como es la renta vitalicia, que se caracteriza por perder la propiedad a favor de la entidad financiera a cambio de una pensión calculada actuarialmente en función de la edad del cedente del inmueble.

En la hipoteca inversa no ocurre eso, se permite al deudor conservar la propiedad y a los herederos mantenerla, previo pago de las cantidades dispuestas por el causante, y sus intereses. Dado no obstante, la vinculación de la renta o pensión con el deudor hipotecante, se admite legalmente el vencimiento anticipado por venta de la finca hipotecada, frente al régimen general de exclusión de los vencimientos anticipados como fórmula afín a las prohibiciones de disponer voluntarias, proscritas en nuestro Ordenamiento Jurídico (ex. Artículos 26 y 27 L.H.).

Dada la "despatrimonialización" o "desamortización" que para el constituyente supone la hipoteca inversa, se impone que las entidades que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente podrá llevarse a cabo, bien a través de la figura del Defensor del Cliente, o bien a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda.

Y como contrapartida a esa "despatrimonialización" o "desamortización" de los bienes del causante, se establece que los herederos responderán de la deuda tan sólo hasta donde alcancen los bienes de la herencia, a modo de un peculiar beneficio de inventario legal en la herencia del causante.

IX. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA HIPOTECA FRENTE A SITUACIONES DE INSOLVENCIA

Una de las preocupaciones esenciales del Grupo de trabajo que dio lugar al borrador del anteproyecto de ley de reforma del mercado hipotecario, fue la de proteger la hipoteca frente a situaciones de insolvencia. Se había avanzado mucho en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, pero se había retrocedido algo tras la aprobación de la ley concursal del año 2003, especialmente por razón de la paralización de la ejecución aislada de la ejecución hipotecaria hasta el logro de un convenio o el transcurso de un año desde la declaración de concurso (cfr. Artículo 56 Ley Concursal).

Varias eran las cuestiones que urgía resolver:

1º.- Aclarar si tras la reforma de la ley concursal, aún subsistía o no la necesidad de probar el fraude para, en caso de concurso, poder impugnar las hipotecas constituidas a favor de entidades financieras. La regla general antes de la ley concursal era la imposibilidad de la retroacción de la quiebra –ex antiguo artículo 878 Co.Co.- frente a hipotecas inscritas a favor de entidades financieras, salvo que se probara la existencia del fraude. Tras la ley 22/2003 concursal, al suprimirse la retroacción de la quiebra y regularse las acciones de reintegración, se establece que, 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[11]. Eso, unido a la no modificación del artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, suscitaba dudas de si también para las entidades financieras era suficiente con el perjuicio patrimonial para la masa, aunque no hubiera intención fraudulenta.

Pues bien, la Ley 41/07 lo aclara al modificar el citado artículo 10 de la Ley Hipotecaria, para adaptarlo a la ley concursal, pero manteniendo la necesidad de probar el fraude en la constitución de la hipoteca que se pretende rescindir. Dispone en efecto el citado artículo 10, tras la reforma, lo siguiente:

"Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el art.2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe".

2º.- Otra de las cuestiones que convenía clarificar era la preferencia creditual de las emisiones de cédulas hipotecarias, en el caso de concurso de la entidad emisora. La ley 22/2003, de 9 de Julio, concursal no era suficientemente explícita al respecto, al limitarse a señalar como legislación especial, y por tanto sometido a su legislación específica, la ley 2/1981, de 25 de Marzo, de regulación del mercado hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.[12]

Tras la reforma por ley 41/07, se establece expresamente una preferencia a favor de los cedulistas y tenedores de bonos, al modificarse la redacción del artículo 14 de la Ley de Mercado hipotecario, que pasa a disponer lo siguiente:

En caso de concurso del emisor, los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán del privilegio especial establecido en el número 1° del apartado 1 del artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal."

3º.- Se clarifica igualmente la preferencia que en caso de concurso van a tener los créditos pignoraticios sobre bienes muebles, vinculando esa preferencia a la inscripción de la prenda en el Registro de Bienes Muebles.

En efecto, se introducen los párrafos 2 y 3 al artículo 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, con el siguiente tenor:

«Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.

Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».[13]

X. MEDIDAS ADOPTADAS EN EL MERCADO SECUNDARIO

Las reformas que introduce la Ley 41/07 no sólo afectan al mercado hipotecario primario, sino que también se extienden al mercado secundario, comprensivo de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

Respecto de él, las principales incidencias son las siguientes:

a) se clarifica el régimen de las carteras hipotecarias afectas a la emisión de cédulas, pues hasta ahora no estaba claro si comprendía la totalidad de la cartera hipotecaria (como aclara la nueva ley) o si sólo estaba afecta a la emisión tan sólo la parte de la cartera hipotecaria integrada por las hipotecas que reúnen los requisitos de la ley de mercado hipotecario (ser primera hipoteca, no haber gravámenes anteriores, ser hipoteca sobre el pleno dominio, etcétera), lo cual sostenían algunas agencias de valores;

b) se admite la posibilidad de titulizar no sólo los préstamos sino también los créditos hipotecarios;

c) se admite la posibilidad de titulizar los préstamos y créditos hipotecarios sobre bienes muebles;

d) se admite la posibilidad de titulizar la cartera hipotecaria sobre inmuebles situados en la Unión Europea, en los términos que reglamentariamente se determine;

e) se potencia el control y conocimiento por terceros de las emisiones realizadas, a través de la articulación de un Registro contable.[14] De manera que aunque se suprime la necesidad de constancia en el Registro de la Propiedad de la emisión de los bonos, se establece un sistema de control interno contable de las emisiones realizadas y su afección a la emisión de cédulas, bonos o participaciones;

f) se permite el sometimiento de las emisiones a cancelaciones anticipadas, como fórmula para hacer frente a la posible cancelación anticipada de los préstamos y créditos hipotecarios que le sirven de cobertura. En concreto, se permite la inclusión de cláusulas en la emisión de bonos y cédulas hipotecarios que permitan la amortización anticipada de las mismas a disposición del emisor.

g) Se admite la posibilidad de introducir activos de sustitución de alta liquidez y bajo riesgo en la cartera de garantía de las cédulas y bonos hipotecarios para reducir el riesgo de liquidez.

h) Se fortalece la posibilidad del uso de derivados financieros de cobertura adscritos a las emisiones de cédulas y bonos hipotecarios para mitigar potenciales riesgos y conseguir una mejor calificación.

i) La constitución de un sindicato de tenedores de bonos pasa de ser obligatoria a potestativa.

XI. CALIFICACIÓN DE CLÁUSULAS FINANCIERAS

Uno de los objetivos de la reforma es favorecer nuevos productos financieros, como es la hipoteca global o la recargable, tal como hemos estudiado. En la misma línea, una de las medidas adoptadas es la de favorecer el acceso al Registro de las cláusulas financieras. La ley no opta por un asiento de hipoteca reducido y de mera publicidad frente a terceros, complementado a efectos ejecutivos por la escritura pública –como se intentó en una fase de tramitación del proyecto de ley-; sino que decididamente apuesta por mantener el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca en el artículo 130 L.H., que tras la reforma establece: "*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el títulos que se hayan recogido en el asiento respectivo.*"

Ahora bien, dado que el objeto del Registro es la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles (ex. Artículo 1º y 2º LH), la calificación debe recaer sobre los aspectos jurídico reales del préstamo hipotecario, no sobre los obligacionales. Estos deberían en principio quedar al margen del Registro (artículo 98 LH); sin embargo, la Ley 41/07, dado el principio general de accesoriedad de la hipoteca y el interés del mercado de que el Registro fuera instrumento de publicidad de los productos financieros que sirven de base o cobertura al mercado secundario[15], opta por incorporar alguno de los elementos hasta ahora considerados como obligacionales –como son las cláusulas financieras- al asiento registral, lo que las dota de eficacia real.

Dispone en efecto el artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario, lo siguiente:

"En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización."

El legislador ha hecho suya así, a través de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la demanda de las entidades de crédito de una homogeneidad de la calificación de la hipoteca y de las circunstancias de su inscripción. Por tanto con relación a las hipotecas que se constituyan a partir de

la entrada en vigor de la nueva ley habrá que distinguir en la inscripción, los siguientes tipos de cláusulas:

1.- Las que el precepto denomina de trascendencia real. Es decir los pactos de carácter real y demás cláusulas que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria. Comprenden entre otras las relativas a: la extensión objetiva de la hipoteca respecto de la obligación, de la finca y derechos hipotecados; determinaciones procesales; estipulaciones sobre rango; pactos válidos relativos a la acción de devastación...

La inscripción de estas cláusulas será objeto de calificación registral en toda su extensión.

2.- Las que el precepto denomina cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras. Son las cláusulas que configuran la obligación garantizada. Han de constar en el asiento en los mismos términos que en la escritura.

Como criterio general deben considerarse como "cláusulas financieras" que en virtud de lo dispuesto por el nuevo párrafo 2º del artículo 12 deben acceder al Registro, las indicadas en el Anexo II de la Orden ministerial de 5 mayo de 1994.

Quedan aquí comprendidas:

- las que identifican la obligación,
- las que determinan su importe,
- las de disponibilidad,
- las de duración,
- la forma de amortización, incluso anticipada,
- los intereses ordinarios,
- los intereses de demora, (incluidos los intereses de intereses)
- los gastos y comisiones que integran la contraprestación,
- compensación,
- imputación de pagos
- condiciones para la subrogación en la posición del deudor

Las cláusulas financieras deberán recogerse en la inscripción en los términos pactados en la escritura. Por ello, como regla de principio sólo debe denegarse el acceso al Registro de:

a) Aquellas cláusulas que sean contrarias a una norma imperativa.

b) Aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Así deberán denegarse los pactos relativos a intereses ordinarios que redondeen el interés por encima del 1/8 de punto, que fijen la variación sólo al alza o que señalen un tipo de referencia no objetivo por incluir en todo o en parte el tipo de la propia entidad. Estos pactos son contrarios a normas imperativas o prohibitivas (disposición adicional 12ª de la Ley 44/2002, artículos 1256 CC, 10 LGDCU, etc.).

Dentro de las cláusulas financieras están las de vencimiento anticipado. Han de ser calificadas y reproducidas, en su caso, en su literalidad, salvo que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas (por ejemplo, la de vencimiento anticipado por actos dispositivos sobre la finca, -salvo

en la hipoteca inversa en que la Ley 41/2007 sí la admite), ya que el pacto infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria

3. Finalmente están las cláusulas que son completamente ajenas al Registro de la Propiedad y cuya publicidad registral no sólo no está prevista en la ley, sino que carece de todo interés y nadie la pretende (cláusulas de afianzamiento, otorgamiento de poderes, advertencias notariales, informaciones tributarias o sobre la ley de protección de datos, pactos de sumisión a juez o tribunal, obtención de segundas copias, etc.). Estas cláusulas, en la medida en que no son cláusulas financieras y carecen de relación con el derecho real de hipoteca, no accederán al Registro, tendrán eficacia puramente obligacional y el registrador las debe denegar por carecer de trascendencia real.

En cuanto a las hipotecas anteriores a la Ley 41/07 seguirán sometidas a la doctrina tradicional de la DGRN en materia de cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras.

XII. OTROS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA REFORMA

Existen otras muy numerosas medidas en materia de flexibilización en la Ley 41/07 de reforma del mercado hipotecario. Destacamos las siguientes:

a) se refuerzan los mecanismos de transparencia, de manera que se prevé la aprobación de una nueva orden ministerial de transparencia cuyo objetivo es que exista una información al consumidor más efectiva a través de la revisión de los mecanismos actuales, con el fin de que los tomadores de un nuevo crédito o préstamo hipotecario adopten su decisión en función de los riesgos reales y con más información, sin coste añadido, para que pueda comparar con más criterio entre los distintos productos de diferentes entidades de crédito.

b) se modifica el régimen de compensaciones por subrogación y cancelación anticipada de un préstamo o crédito hipotecario. Se sustituye así el concepto de comisión por el de compensación y se modifica su cálculo de forma que refleje mejor los riesgos efectivamente asumidos por la entidad, evitando situaciones de falta de equidad para las familias, y se ofrece el mismo tratamiento a las subrogaciones que a las cancelaciones anticipadas. Se fijan dos tipos de compensación: la compensación por desistimiento, su finalidad no es otra que abonar los gastos reales en los que incurre la entidad, cuyo límite máximo será de 0,5 por 100 del capital amortizado anticipadamente a través de la cancelación anticipada o subrogación del crédito hipotecario a interés variable, fijo o mixto; y la compensación por riesgo de tipo de interés que sólo se cobrará a los préstamos con riesgos de interés (hipotecas a tipo fijo o mixtos) y sólo cuando la cancelación anticipada o subrogación genere una ganancia de capital para el prestatario y una pérdida de capital para la entidad; es decir, si los tipos de interés están por debajo del tipo al que se contrató la hipoteca). En este caso, el porcentaje es libre, tal y como sucede ahora con la cancelación anticipada en préstamos a interés fijo. Pero una entidad financiera no podrá cobrar esta compensación si la cancelación anticipada o subrogación genera una ganancia para la entidad y una pérdida para el cliente, por ejemplo, en un contexto de subidas de los tipos de interés (tipo de interés de mercado superior al pactado).

c) se procede a la reducción de los costes arancelarios notariales y registrales asociados a la subrogación, cancelación y novación modificativa de créditos o préstamos hipotecarios. En los aranceles notariales se tomará como base los derechos previstos en documentos sin cuantía. Para la determinación de los aranceles registrales se tomarán como base los derechos establecidos en inscripciones, con la reducción del 90 por 100 para subrogaciones, novaciones y cancelación anticipada. En la actualidad, sólo se bonifica con el 90 por 100 las subrogaciones y novaciones que pasen de un interés variable a uno fijo, y es del 75 por 100 para el resto de casos.

d) Se fomenta la independencia y profesionalidad de las sociedades de tasación. Las sociedades de tasación deberán elaborar un reglamento interno que evite los conflictos de intereses en

el que se establecerán, junto con otros extremos determinados por la sociedad, las incompatibilidades de sus directivos y administradores. Las entidades de crédito que cuenten con servicios propios de tasación o encarguen tasaciones a una sociedad de tasación de su mismo grupo deberán constituir además una comisión técnica que vele por el cumplimiento del reglamento interno. Se establece un régimen de participaciones significativas, similar al existente para las entidades de crédito, con el fin de controlar la composición del accionariado y garantizar la independencia de las sociedades de tasación, evitando los conflictos de intereses. Finalmente se establece un régimen sancionador unitario, con la introducción de dos nuevos supuestos de infracción (relativos al reforzamiento de la independencia y al nuevo régimen de participaciones significativas) y la revisión de los existentes.

e) Para complementar las medidas contenidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2006, se regula la figura del seguro de dependencia, de tal forma que la cobertura de la dependencia se realizará a través de un contrato de seguro y obligará al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias que tengan para el asegurado dicha situación de dependencia. El contrato de seguro de dependencia podrá articularse tanto a través de pólizas individuales, como colectivas.

f) se pretende aclarar el medio de pago en las subrogaciones, de forma que la transferencia con finalidad solutoria no se efectúe al deudor, sino a una cuenta de la entidad financiera acreedora primitiva; y que sea el notario que realiza el requerimiento a efectos de expedir certificación de saldo sea el que controle el proceso de enervación. Con ello se busca evitar que se repitan casos tan criticables como el que ampara la Resolución de 8 de Junio de 2006.

g) En el borrador inicial también se intentaba regular la actividad de los intermediarios en la actividad crediticia, que era una de las cuestiones que sugería el libro verde la Comisión Europea sobre préstamos hipotecarios. En concreto se proponía que las empresas dedicadas profesionalmente al asesoramiento o intermediación de productos financieros o a la concesión de préstamo o crédito deberían realizar su actividad, necesariamente, en establecimientos abiertos al público y deberían suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato, una información mínima (identidad, razón social o, en su caso, domicilio y actividad principal de la empresa; Registro en el que la empresa esté inscrita; descripción de las principales características del servicio o producto financiero; precio total que debe pagar el consumidor a la empresa y, en su caso, a la entidad de crédito con la que celebre contrato; deberían formalizarse en todo caso por escrito y deberán reflejar de forma clara y explícita, en un solo contrato, todos los compromisos adquiridos por las partes; etcétera). Esta regulación de los intermediarios finalmente no ha salido adelante en la Ley 41/07, por entenderse que debe abordarse en una reforma más amplia específicamente de consumo, por tratarse de una cuestión más bien atinente a la protección de los consumidores y usuarios.

XIII. CONCLUSIONES

La ley 41/07 sobre reforma del mercado hipotecario puede calificarse de revisión amplia, global y muy positiva del mercado hipotecario español, que estaba necesitado de una mejora sustantiva que lo flexibilizara e impulsara. Se trata de una gran reforma, que además se produce en un momento coyuntural muy necesitado de medidas de impulso al mercado hipotecario e inmobiliario.

Los principios generales de la Ley, analizados en este trabajo, podrían resumirse en los siguientes:

a) superación del principio de accesoriedad;

b) introducción de nuevos productos financieros carentes hasta ahora de suficiente cobertura legal, facilitando el acceso al Registro de las cláusulas financieras;

c) en particular, se consagra la hipoteca global o flotante en garantía de una diversidad de obligaciones, presentes o futuras;

d) se introduce la hipoteca recargable, configurando la recarga o refinanciación de la hipoteca, salvo pacto en contrario, como un supuesto de novación modificativa y no extintiva, lo que permite mantener su rango registral;

e) se fomenta la hipoteca inversa en determinadas condiciones;

f) se adoptan medidas para proteger la hipoteca a favor de entidades financieras frente a situaciones concursales;

g) se introducen medidas de transparencia en el mercado hipotecario;

h) se potencia el mercado secundario de hipotecas.

(Footnotes)

[1] Javier Gómez Gálligo fue el coordinador del grupo de trabajo en la DGRN del Ministerio de Justicia del que salió el borrador de anteproyecto de ley.

[2] En la RDGRN 27 de Septiembre de 2000 la Registradora suspende la inscripción de la hipoteca constituida porque, a su juicio, se vulnera el principio de especialidad, al resultar indeterminada la obligación que se pretende garantizar, pues se constituye una sola hipoteca en garantía de tres obligaciones distintas ya existentes, y no una garantía individualizada para cada obligación, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica ni una hipoteca en garantía de una única obligación por el resultado de una cuenta resultado de una relación contractual subyacente, por el que las distintas obligaciones sean sustituidas con efecto novatorio, mientras que en la escritura calificada únicamente se ha pactado la simple reunión contable de diversas operaciones a efectos de la ejecución de la hipoteca. La DGRN confirma su calificación registral, ya que, según la doctrina de esta Dirección General, el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. artículos 9.2.' de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque -con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito se permite en cienos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca «flotante» en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los impones, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el impone de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor.

En el presente supuesto la relación jurídica básica de la que deriva la obligación que se pretende asegurar está, en principio, perfectamente identificada al tiempo de la constitución de la hipoteca, con suficiente determinación de los elementos esenciales de la relación obligatoria a los efectos de tal gravamen. No obstante, al asegurarse las obligaciones que nacen de tres préstamos convenidos por una misma entidad de crédito con sendas sociedades y aunque se pacta que el vencimiento de cualquiera de las obligaciones provocará el de las restantes, de modo que se pretende unificarlas mediante la cuenta corriente cuyo saldo determina el importe de la deuda que en caso de ejecución de la hipoteca se podrá reclamar, según el pacto que contiene la escritura calificada de sujeción a lo establecido por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, lo cieno es que del título presentado no resulta que tal unificación sea suficiente, a la luz de la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998 y 7 de junio y 27 de julio de 1999), toda vez que el mero pacto por el que se dispone que el vencimiento de una de las obligaciones implique el de las restantes -que, por lo demás, sólo se incluye «a efectos hipotecarios" carece de virtualidad para que, desde entonces, pierdan aquéllas su exigibilidad aislada y sean sustituidas con pleno alcance novatorio por una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria.

[3] Como señala el articulo 115 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo segundo, la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados, no perjudica en ningún caso los derechos inscritos con anterioridad a ella.

[4] A los préstamos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, le será de aplicación el punto 3 de la Disposición transitoria única de dicha ley.

[5] Journal Officiel de la République Française de 24 de Marzo de 2006.

[6] Art. 2422. - L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie 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 2423, 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'inopposabilité 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.

[7] La Ordenanza nº 2006-346 de 23 de marzo de 2006 relativa a las garantias ha afectado a numerosos artículos del Código Civil francés en diversas materias, tales como: anticresis, hipoteca, adjudicaciones forzosas y embargos. Podemos destacar en materia de hipotecas, reguladas en los capítulos III a VII (arts..2392 A 2488) las siguientes: mayor claridad del régimen de la hipoteca convencional de un inmueble indiviso; ampliación de la posibilidad de hipotecar bienes futuros; posibilidad de garantizar con hipoteca créditos futuros siempre que sean determinables; consagración legal de la "purga amigable" y nuevo régimen de cancelación de las hipotecas . Se admite el pacto comisorio y posibilidad de adjudicación al acreedor del bien gravado en caso de fallecimiento del deudor sin tener que acudir a la venta forzosa del inmueble. A nuestros efectos lo más importante es la introducción de la hipoteca recargable como una variante de la hipoteca convencional. La finalidad última es favorecer las condiciones de acceso a la propiedad y ampliar la gama de productos hipotecarios. Se establece la posibilidad de pactar la condición de "recargable" con posterioridad siempre y cuando se realice mediante un nuevo acto notarial y se mencione al margen de la inscripción inicial de la hipoteca. La hipoteca conserva su rango. El procedimiento de embargo inmobiliario se moderniza se simplifica y se acelera. El titulo XIX del libro III del Código Civil se reemplaza en su totalidad por nuevas disposiciones repartida en dos títulos referidos al embargo y a la distribución del precio (art. 2.190 y 2.216). El artículo 2.201 introduce como novedad la posibilidad de una "venta amigable" con autorización judicial. Son requisitos que se solicite por el deudor y que exista una previa tasación del bien por un experto.

[8] La exigencia de un aval al deudor en los casos de subrogación o novación de la deuda hipotecaria con el deudor, llevaba a la consecuencia de que se estaba realizando una novación extintiva, y por tanto, perdiendo la prioridad registral derivada de la inscripción de la hipoteca. La Ley 41/07 acaba con eso, de manera que la prestación de un aval no afectará al rango de la hipoteca, modificada o subrogada.

[9] Así por ejemplo, si la hipoteca inscrita tiene una cifra de responsabilidad hipotecaria por principal de 100.000 euros, y el deudor ha ido amortizando 80.000 euros, de manera que quedan por pagar otros 20.000 euros, podrá pedir una refinanciación de otros 80.000 euros como máximo por principal, si quiere que se configure la operación como novación modificativa y conservar el rango de la hipoteca inscrita.

[10] Se reducen los costes de transacción, con la exención en el impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y la aplicación de las mismas reducciones en honorarios notariales y registrales, que para la cancelación, subrogación y novación que en los casos anteriores, además de para la constitución. No podrán cobrarse compensaciones por cancelación en caso de fallecimiento del prestatario, puesto que en estos productos el vencimiento contractual viene determinado precisamente por esa eventualidad.

[11] Artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, concursal.

[12] Disposición adicional segunda de la ley concursal.

[13] Es así sumamente criticable la RDGRN 18 de Marzo de 2008 sobre interpretación de esta modificación de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, cuando se pronuncia –fuera de su competencia- sobre cuestiones de preferencia creditual, para negar el principio de inoponibilidad en el Registro de Bienes Muebles, y afirmar la preferencia de la prenda ordinaria frente a la hipoteca mobiliaria inscrita en el Registro de Bienes Muebles, si la fecha de aquélla es anterior. Mi conformidad sin embargo, con el criterio sostenido por la DGRN respecto al mantenimiento de la prenda ordinaria de créditos como régimen jurídico distinto de la prenda sin desplazamiento de posesión, que es el que la Ley vincula a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

[14] Hubiera sido conveniente que este Registro contable se dejara en manos de un jurista independiente, como pudiera ser un Registrador, como ocurre en Alemania.

[15] Influyó en efecto mucho el deseo de las entidades financieras, puesto de manifiesto en el grupo de trabajo que elaboró el borrador del proyecto de ley, de que el Registro fuera el instrumento de publicidad del entero producto financiero que sirve de cobertura al mercado secundario. La escritura pública no garantizaba esa publicidad de los productos financieros, dado el secreto del protocolo notarial.

ADEIT

LAS MODIFICACIONES DEL CRÉDITO HIPOTECARIO: LAS INNOVACIONES DE LA LEY 41/ 2007 RESPECTO DE LA SUBROGACION.

Dr. Juan M. LLopis Giner
Registrador de la Propiedad
Profesor en la Universitat de Valencia

I.- Introducción.

II.- La subrogación.
II.1.- La función de la subrogación.
II.2.- Las innovaciones que introduce la ley de 2007.
II.2.1.- Necesidad de subrogarse en todos los créditos y préstamos hipotecarios que gravan la finca.
II.2.1.1.- Qué debe entenderse por finca.
II.2.1.2.- Qué debe entenderse por inscrito.
II.2.1.3.- Qué debe entenderse por crédito y por préstamos hipotecarios.
II.2.2.- La notificación por conducto notarial.
II.2.3.- El derecho a enervar.
II.2.4.- El procedimiento judicial.
II.2.5.- Un nuevo concepto jurídico de cancelación subrogatoria.

I. INTRODUCCIÓN

En estas apretadas Jornadas acerca de la regulación del mercado hipotecario me corresponde estudiar el tema relativo a las modificaciones del crédito hipotecario, y hacerlo desde la ley 2/1994 de 30 de marzo de subrogación y modificación del prestamo hipotecario. Ley que desde su promulgación ha convulsionado las leyes del mercado hipotecario, y que, según se dice, ha servido para fomentar la competitividad entre las distintas entidades de crédito, con la consiguiente contrapartida por parte de estas: la de procurar por todos los medios a su alcance la protección y defensa de su crédito hipotecario, y muy especialmente lo relativo al rango hipotecario.

Como se ha insistido repetidamente por la doctrina: los créditos hipotecarios son algo vivo, son dinámicos, es visión del pasado su configuración como algo estático. Los sistemas financieros exigen flexibilizar al máximo los instrumentos que brinda el mercado, para ello, bueno es decirlo, se rompen

en ocasiones los moldes clásicos establecidos por la ley con una finalidad de garantía y seguridad jurídica. Para ello se fuerzan soluciones que con el tiempo necesitan ser revisadas, y especialmente a la vista de su importancia práctica. Así por ejemplo: las modificaciones del crédito hipotecario, la llamada novación modificativa, que era escasamente regulada en la ley de 1994 (solamente lo estaba respecto de los aranceles registrales y notariales y descansaba su la regulación en la tradicional del Código Civil), y ha tenido que detallarse y definirse por el mismo legislador, y la misma subrogación de hipoteca que ha sufrido cambios significativos.

Esta ley es un paso más hacia nuevas fórmulas y formulaciones de la hipoteca. Podrá estarse o no de acuerdo. Según señala algún sector de la doctrina ha faltado decisión para adoptar soluciones más rompedoras con la postura tradicional. Para otros la ley de 2007 ha roto con principios que son básicos del sistema, se han parcheado soluciones y que acabarán haciendo imposible su aplicación practica. Pero sin duda hoy para definir la hipoteca ha de considerarse y evaluarse el alcance de la nueva regulación, introducida por la ley 41/2007

Es evidente que la relación crédito e hipoteca ha sufrido una alteración importante. El principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito es hoy puesto en entredicho por aquellos que pretenden afirmar la autonomía de la garantía real respecto del derecho personal por el garantizado. He de confesar que no soy especialmente partidario de esta posición. Pero también ha de decirse que se trata de modificaciones que ya estaban incluidas en algunos supuestos de la ley hipotecaria, aunque, eso sí, más tímidamente.

Debo centrar el estudio en el «artículo 13. Modificación de la ley 2/1994 de 30 de Marzo, de subrogación y modificación de prestamos hipotecarios». Y dentro de este artículo lo relativo a las innovaciones introducidas en la regulación de la subrogación del artículo 2 de la citada ley

En esta breve introducción quiero recordar lo que son, a mi juicio, las secuencias de la hipoteca, es decir, las claves que han de tenerse en cuenta a la hora de la constitución de la hipoteca: 1º.- El origen de la obligación garantizada. 2º.- La misma obligación garantizada. 3º.- El origen de la hipoteca. Y 4º.- el mismo derecho de garantía. Y todo ello revela que no puede aislarse unos elementos de otros, ya que cada uno de ellos es como la llave que te permite entrar en la siguiente clave.

Me explico, el origen de la obligación debe entenderse como las fuentes de las obligaciones en el sentido de los artículos 1089 y 1091 del Código Civil. De esta forma la obligación o nace de la ley, o nace de los contratos, o de los actos y omisiones ilícitos, o de eso, que nadie sabe muy bien lo que es, y que se llama cuasicontrato. La obligación nacida de una de estas fuentes se sujeta a las normas que regulan su origen, y no son excepción las nacidas del contrato, de esta manera se expresa el mismo artículo 1091, cuando afirma que la obligación «*debe cumplirse a tenor de los mismos*», ha de tenerse muy en cuenta a la hora de fijar la normativa aplicable a la obligación garantizada por la hipoteca, es decir, lo que se ha pactado por las partes.

La segunda clave del sistema es la misma obligación. Esta tendrá sus propias características, que no van a impedir su hipotecabilidad. Ha de recordarse lo dispuesto por el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que dice «*La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones…*», lo que es coincidente con el artículo 1861 del Código Civil en cuanto que declara que «*los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*», lo que debe interpretarse de una forma amplia y referirlo a cualquier clase de obligación, y no sólo las enumeradas por el precepto.

Ahora bien esa obligación nacida del contrato será la que determina el tipo de hipoteca que puede garantizar esa específica obligación. Si la obligación está total y plenamente determinada la hipoteca será ordinaria o de tráfico. Si la obligación es futura o tiene alguno de sus elementos indeterminados el tipo de hipoteca que podrá servir de garantía es la llamada hipoteca de seguridad y dentro de estas la de máximo. Bajo esta visión se produce la accesoriedad de la hipoteca respecto de su crédito. El principio consistente en que la hipoteca solo puede garantizar una obligación se ha roto con la hipoteca regulada en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

El origen de la hipoteca es quizás menos importante en la práctica, pero también conviene recordarlo: artículo 137 de la Ley Hipotecaria distingue entre las hipotecas voluntarias y las legales, por consiguiente también el origen de la hipoteca descansa bien en la voluntad, es decir, en la autonomía privada, en la libertad jurídica para su constitución, o bien el origen de la hipoteca se basa en un derecho concedido por la ley al acreedor. Sin duda la hipoteca que aquí interesa es la convencional.

Por último está la misma hipoteca, que como derecho real de garantía se modaliza y se ajusta a la obligación, por tanto en su constitución las partes estructuran la hipoteca y lo hacen de acuerdo con los parámetros legales que se le imponen. No puede olvidarse que se está en presencia de un derecho real, y por lo tanto que se impone una norma como imperativa o de orden público, ya que existen intereses generales dignos de protección, como lo son el sistema de mercado financiero o intereses económicos que son pilares del sistema.

Sin duda todos estos pasos están presentes en el momento de constituir una nueva hipoteca, pero también en el momento de su modificación, pues la alteración puede afectar tanto a la obligación como a la hipoteca, y habrán de tenerse en cuenta cualquiera de sus elementos.

II. LA SUBROGACIÓN DE LA HIPOTECA

II.1.FUNCIÓN SE LA SUBROGACIÓN

De todos es sabido, que la ley 2/ 30 de marzo de 1994 sobre subrogación y modificación de prestamos hipotecarios fue un desarrollo del artículo 1211 del Código Civil. Artículo que hasta ese instante había suscitado escaso interés tanto para la doctrina como para la Jusrisprudencia. El supuesto de la subrogación consiste en un cambio de acreedor sin consentimiento de éste y a voluntad del propio deudor *«cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública»*. Así lo dice el citado artículo del Código y el artículo 2 de la Ley de 1994.

Se justificaba la ley en que se facilitaba a la parte deudora la posibilidad de beneficiarse de la modificación de los tipos de interés que en aquellos momentos seguían una tendencia claramente a la baja, y para lograr esta finalidad se desarrollaba el artículo del Código civil y se establecían beneficios fiscales, notariales y registrales. De esta forma se fomentaba la competencia entre los Bancos y, como se ha dicho, se beneficiaba a los usuarios.

Ha de reconocerse que la ley del '94 dió sus frutos y que fueron muchos los casos de subrogación que se produjeron en los siguientes años de su aplicación, así como se fomentó la novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario entre las mismas partes, adaptándose así a la nueva situación financiera.

En la parte negativa también ha de reconocerse que han sido muchos los esfuerzos que las entidades financieras han hecho para proteger su segundo crédito o una posterior financiación al deudor, ante el temor justificado de una subrogación en la primera hipoteca y quedarse como acreedores de la segunda, lo que ha originado la utilización de diversas figuras que no estaban pensadas, ni reguladas para tal finalidad.

Considero importante resaltar un aspecto de la subrogación que a veces se olvida y es que la subrogación es un efecto legal derivado del pago o cumplimiento de la deuda. Si se atiende al mismo artículo 1211 se ve como la base está en el cumplimiento de la obligación o pago. «*El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para* ***pagar*** *la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la* ***carta de pago*** *la procedencia de la* ***cantidad pagada****»*. Por consiguiente la subrogación no es un negocio jurídico de cesión, es un efecto derivado del cumplimiento de la obligación realizado por un tercero. Si hubiera negocio específico este sería el de la cesión del crédito, y por consiguiente con otros requisitos y efectos derivados del mismo

II.2.INNOVACIONES QUE INTRODUCE LA LEY 2007

Son varias las innovaciones que introduce la ley de modificación del mercado hipotecario de 2007 a la ley de 1994 sobre subrogación y modificación de la hipoteca.

II.2.1. Necesidad de subrogarse en todos los créditos y prestamos hipotecarios que graven la finca.

El nuevo artículo 2 de la ley de 1994 dice: «*Cuando sobre la finca existe más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos*». Sin duda esta reforma se presta a múltiples y diversas interpretaciones.

Antes que nada creo que deberá fijarse su finalidad. Como se ha dicho antes después de la ley de 1994 las entidades de crédito se preocupan lógicamente de proteger sus préstamos hipotecarios. Cuando el primer préstamo hipotecario recayente sobre la finca a favor de determinada entidad de crédito puede ser objeto de subrogación por la sola voluntad del deudor, hace que se dificulte la realización de nuevas operaciones financieras que puedan ser garantizadas con segunda hipoteca o posteriores. La entidad que se subroga podría hacerlo solamente respecto de la primera, y no de las siguientes, lo que haría de peor condición al actual acreedor, que vería como pierde la titularidad de su primera hipoteca, titularidad que pasaba a otras manos, mientras que la segunda y siguientes las seguía teniendo, pero indudablemente perjudicada la entidad acreedora, por ser estas últimas de peor rango.

Para protegerse de la tentación, que pudieran tener los otros «hermanos» de la Banca, es por lo que se recrean determinadas figuras como la igualdad de rango entre hipotecas, lo que acarreaba un alto coste fiscal, o la misma ampliación del préstamo hipotecario, que como novación modificativa será regulada por el tambien reformado artículo 4, o se incluía el pacto de vencimiento anticipado, que se estudiará a continuación.

La resolución de la Dirección General de 2 de Octubre de 2006 admitió la validez del pacto de vencimiento anticipado de la segunda hipoteca en el caso de subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca, a su vez se había establecido igualdad de rango entre ambas. La resolución considera que la citada cláusula es inscribible y válida, ya que para el acreedor existe un riesgo para la subsistencia y rango de la garantía, si el deudor realiza los actos necesarios para la subrogación. Además «ha sido libremente convenido por las partes y en aras de la necesidad de la financiación suplementaria ya se admitió la posibilidad de inscribir la ampliación del crédito», y también consecuentemente ha de tenerse en cuenta «el notable ahorro de gastos que el prestatario ha obtenido».

Como antes decía los intentos de protección de las entidades de crédito frente a la ley de 1994 les aguzó el ingenio, lo que fue favorecido por los órganos que resolvían sobre estas cuestiones, con evidente olvido, a mi juicio, que se está ante una ley de orden público, y por tanto de contenido imperativo, y que no cabe la renuncia de derechos ni para sí ni respecto de terceros posibles adquirentes de la finca que asuman la obligación garantizada por la hipoteca, convirtiéndose en deudores hipotecarios.

La ley está pensada para una subrogación del acreedor por la sola voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor, por lo que difícilmente puede sujetarse a pacto o resultar sancionado el deudor por una conducta perfectamente lícita y protegida por el ordenamiento jurídico.

En definitiva el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario es una sanción al deudor, y además se impone por algo que no solo es válido, sino que se considera muy favorable desde el punto de vista financiero. Desde luego los argumentos economicistas y de ahorro dejan perplejos a aquellos que nos acercamos a las resoluciones desde una perspectiva jurídica.

La solución al problema presentado ha sido que si una entidad quiere subrogarse en el puesto de la otra debe hacerlo no sólo sobre uno de los préstamos hipotecarios, sino sobre todos los préstamos o créditos que recaigan sobre la finca. De esta forma si hubieran más de un crédito o préstamo hipotecario pertenencientes a la misma entidad subrogada, sobre todos ellos deberá subrogarse la nueva parte acreedora, y el registrador deberá denegar aquella subrogación realizada solamente sobre alguno de ellos.

Sin embargo se plantean diversas cuestiones que giran alrededor de la interpretación de tres términos 1º.- Qué debe entenderse como finca. 2º.- Qué debe entenderse por inscrito y 3º.- Qué debe entenderse por créditos y préstamos hipotecarios.

II.2.1.1. qué debe entenderse por finca

El concepto de finca es fijado por el legislador como necesario referente para la obligación de subrogarse en todos los créditos, lo que es lógico dado que el sistema registral se articula sobre la finca registral y que además de los que se está ocupando la ley es de créditos hipotecarios, por lo tanto de inscripción constitutiva.

Este referente que es la finca permite excluir todos aquellos créditos tenidos por la misma entidad respecto del deudor o del hipotecante, pero que recaigan sobre otras fincas. Así como quedan excluidos por definición otros créditos que pudiera tener el deudor con la entidad subrogada, pero que no estén especialmente garantizados, o que lo estén con otros tipos de garantía. También debe quedar

excluido aquellas hipotecas que recayendo sobre la misma finca lo hagan sobre cuotas o derechos pertenecientes a distintos titulares.

Ahora bien, no sólo es el crédito el que debe ser examinado en su función dinámica, también la finca registral es un concepto vivo, que, como de todos es conocido, admite modificaciones registrales. Cabe plantearse algunos supuestos respecto de estas situaciones

Puede pensarse que la entidad bancaria A tiene una hipoteca a su favor sobre la finca 1000 y otra hipoteca originada de préstamo distinto sobre la finca 2000, ambas pertenecientes al mismo titular registral. Se agrupan ambas fincas registrales y pasan a formar la finca 3000, las hipotecas se arrastran como cargas procedentes de las fincas matrices o de origen. El deudor pretende subrogar a una nueva entidad sobre un préstamo hipotecario, pero no sobre el otro. Creo que podría hacerlo sin necesidad que la nueva entidad se subrogase sobre ambos préstamos hipotecarios, ya que las respectivas fincas de origen eran distintas en el momento de la constitución de las correspondientes hipotecas, y de incumplirse la obligación garantizada el principio de prioridad registral llevaría consigo la cancelación de las inscripciones posteriores, incluida la de agrupación, tornando las fincas a su configuración registral anterior. Indudablemente podría darse por acuerdo de las partes la refundición de los préstamos hipotecarios a través de una novación modificativa de ambos, pero insisto solo mediante acuerdo entre las partes y no a través de una mera suma aritmética.

Otro supuesto es el de reparcelación en la que las fincas aportadas por un mismo titular o fincas de origen están cada una de ellas hipotecadas por préstamos hipotecarios distintos pertenecientes a un mismo acreedor. Como fruto de la reparcelación se le da al titular registral una sola finca de resultado. De todos es conocido que existe una subrogación real entre la finca resultante y las aportadas, y en virtud de ese principio es el artículo 11.5 del Real Decreto de 4 de Julio de 1997. por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria respecto de actos de naturaleza urbanística y que soluciona la cuestión del siguiente modo: «El proyecto deberá determinar respecto de ésta la cuota porcentual que corresponde a cada una de las de origen. Determinando dicha cuota, el Registrador trasladará los derechos o cargas preexistentes sobre cada uno de la finca de origen sobre la cuota porcentual que corresponda a aquella en la finca de resultado». Por tanto no se exigirá tampoco en este caso la subrogación en todos los prestamos hipotecarios recayentes sobre la finca, ya que existe hipotecada solamente en cuanto a una cuota. Este caso es diferente que el anterior. Pues no cabe por la ejecución de la hipoteca que recaía sobre la finca de origen cancelar asientos registres posteriores, como es la inscripción resultante de la reparcelación, de ahí que aun siendo la finca registral una sola, y perteneciendo al mismo titular registral, se fraccione la subrogación solamente en cuanto al arrastre de las cargas, y que recaiga exclusivamente sobre la cuota que representa la finca de origen sobre la finca resultante. De ahí que se dijera anteriormente que queda excluido fuera del precepto el caso de las cuotas recayentes sobre la finca

Un caso más de laboratorio pero que también sirve para fijar el sentido del precepto, es aquel en el que existe una hipoteca que recae sobre el usufructo y otra hipoteca sobre la nuda propiedad, ambas a favor del mismo acreedor. Posteriormente por causa voluntaria se extingue el usufructo, consolidándose sobre el nudo propietario y al ser la causa de extinción voluntaria no queda extinguida la hipoteca recayente sobre el usufructo, (artículo 107. 1 de la Ley Hipotecaria). Aquí tampoco habría obligación de subrogarse en ambos prestamos, pues las hipotecas aun recayendo sobre la misma finca lo hacen sobre derechos distintos, que si posteriormente pertenecen al mismo titular, en su origen no ha sido así , y se sigue manteniendo la pluralidad de derechos.

Otro supuesto que, a mi juicio, plantea mayores problemas: es cuándo sobre la finca hipotecada existe a la vez constituida una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre bienes que estén formando parte del mismo inmueble hipotecado. En virtud de lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley Hipotecaria se excluyen de la finca hipotecada determinados objetos, pero por pacto en contrario es posible su inclusión, lo que se denomina extensión objetiva paccionada y que se ha convertido en una verdadera cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios. De ahí que cuán exista el pacto de extensión esos objetos se consideran formando parte del objeto hipotecado, es decir de la misma finca registral.

La propia Ley 41/07 en su Disposición final tercera modifica la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de Diciembre de 1954 en su artículo 2, que queda redactado de la siguiente forma:« *Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados….*» permitiéndolo a pesar de que hubiesen sido hipotecados o pignorados «*con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar*». Posteriormente admite la llamada subhipoteca o subpignoración. El cambio es de ciento ochenta grados, pues se ha suprimido la prohibición que existía anteriormente en el hoy derogado artículo 2 y que textualmente decía:«*No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de la posesión sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados*». Evidentemente se ha suprimido la prohibición y para ello hubiera bastado su derogación sin necesidad de ninguna otra regulación, basta la autonomía privada y el ejercicio de la libertad jurídica para poder constituir la hipoteca o la prenda, pues no existe la prohibición de disponer como había antes.

La reforma ha hecho desaparecer toda la problemática que se suscitaba en torno a la concurrencia de garantías reales en cuanto a la extensión objetiva del artículo 111 de la Ley Hipotecaria y la prohibición que existía en el artículo 2 de la Ley de Hipoteca mobiliaria. Lo bien cierto es que la ley de 1954 hubiera debido ser modificada en otros muchos otros aspectos que están necesitados de una importante reforma, y no este parcheo, que si bien es cierto, permite una mayor financiación sobre determinados objetos muebles, también es cierto que no se acomoda a las exigencias de una sociedad desarrollada y tecnificada, que permite una mejor y más sencilla identificación de los objetos muebles.

En la actualidad es perfectamente posible que exista una hipoteca inmobiliaria con pacto extensivo a los objetos muebles del artículo 111 de la ley y una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre los mismos bienes. La pregunta es si para que pueda darse la subrogación la entidad subrogada deberá hacerlo o no sobre ambas hipotecas. En este caso, a mi juicio, sí que deberá subrogarse en ambos préstamos hipotecarios ya que perteneciendo al mismo titular recaen sobre la misma finca, y el objeto hipotecado está integrado por el bien inmueble y aquellos objetos muebles que a él se le han destinado. No hacerlo así originaría el perjuicio económico que se pretende evitar a la entidad acreedora con una parcial subrogación en el crédito hipotecario preferente.

II.2.1.2. Que debe entenderse por inscrito

No puede entenderse a mi juicio el término inscrito en su sentido restringido como uno de los asientos registrales. Ha de pensarse que la palabra inscripción es utilizada frecuentemente por el legislador como equivalente a asiento registral. Sin embargo no estaría ajustada la interpretación si se hace de esta manera. Es la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo, por ello el derecho real de garantía adquiere plena eficacia cuando consta inscrito. De ahí que puede pensarse en diversas situaciones en el procedimiento registral o en los distintos asientos que pudieran verse implicadas las partes para el cumplimiento de la exigencia plasmada por el legislador de 2007.

El primero de ellos es cuando conste presentado en el Libro Diario un préstamo hipotecario sobre la finca a favor del mismo acreedor. Por la lógica del supuesto la escritura de subrogación cuando se presente al Libro Diario será un asiento posterior a aquél, por lo tanto cuando se proceda a su calificación ya constará previamente inscrito la escritura de préstamo hipotecario que estaba presentada, por lo que de no haberse procedido a la subrogación en todos los prestamos inscritos el Registrador deberá denegar la inscripción de la subrogación.

Si en el momento de iniciarse el procedimiento de subrogación el acreedor que se va a subrogar es conocedor de la existencia del asiento de presentación de otro préstamo hipotecario sobre la misma finca, es lo más prudente esperar a que se resuelva el procedimiento registral para continuar con la subrogación en todos los prestamos inscritos, o si no llegase a inscribirse el presentado continuar con la subrogación sobre los existentes

El segundo caso será cuando se haya practicado una anotación preventiva por defecto subsanable de un préstamo hipotecario anterior y a continuación se pretenda inscribir una escritura de subrogación sobre otra hipoteca perteneciente al mismo acreedor. En este caso considero que deberá esperarse a que se produzca o la conversión en inscripción de la anotación por haberse subsanado el defecto o bien se cancele por caducidad, en cuyo caso podrá efectuarse la inscripción de la subrogación, aunque no la hubiese efectuado sobre el préstamo que había sido objeto de la anotación.

El tercero caso es cuando sobre la misma finca exista una anotación preventiva de embargo por crédito del deudor a favor de la misma entidad que es acreedora hipotecaria y se pretenda la subrogación de la hipoteca. Considero que en este supuesto debe diferenciarse la solución atendiendo al débito que ha originado el embargo y la consiguiente anotación. Si se trata de un embargo por crédito que nada tiene que ver con el préstamo hipotecario, entonces la entidad subrogada no está obligada a realizar operación alguna respecto del mismo, ya que no podrá ser objeto de subrogación, si hubiera lugar e interés para ello sería posible su cesión, lo que no se efectuaría por los canales propios de la ley de subrogación.

Ahora bien si la anotación del embargo se ha producido por el crédito que ha sido garantizado por la hipoteca, pero que el acreedor ha obtenido a través del ejercicio de la acción personal derivada del crédito, entonces la cuestión reviste, a mi juicio, un mayor problema, ya que la subrogación lo es en el préstamo hipotecario y por consiguiente no cabria la coexistencia de la subrogación sobre el préstamo hipotecario a favor de la nueva entidad acreedora y la anotación derivada del crédito que ya no pertenece al anotante y que por supuesto de hecho ha sido cancelado respecto del antiguo acreedor, pues se le ha entregado la carta de pago, luego aquí pienso que sí debería, al menos, cancelarse la anotación para poder realizar la subrogación.

II.2.1.3. que debe entenderse por créditos y préstamos hipotecarios

La cuestión de fondo es la interpretación del término «*crédito*» y de «*préstamo hipotecario*» y ante esta pregunta puede darse una distinta respuesta: La de aquellos que piensan que debe seguir aplicándose la doctrina tradicional sobre la materia que consiste en limitar los supuestos de subrogación a los casos de préstamo hipotecario y por consiguiente excluyendo los llamados créditos, y la de aquellos otros que afirman que se amplia el criterio hasta ahora mantenido y la subrogación puede hacerse también en el caso de los créditos.

A favor de la primera postura puede argumentarse:

1º.- Que el artículo 1.2 de la ley de 1994 no ha sido modificado por la ley 41/2007, cuando es en ese precepto en donde se delimita su ámbito de aplicación y dice que solo lo será a los «*contratos de préstamo hipotecario*», por tanto a la subrogación no hay que darle otro alcance.

2º.- Que la modificación actual del artículo 2 dice expresamente sobre la subrogación que «*habrá de notificarse por conducto notarial y requerirse a la entidad acreedora del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios*». Dos cuestiones deben subrayarse, la primera que solo dice préstamo, no se refiere a los créditos, y la segunda utiliza también el término en plural, es decir, cuando la entidad subrogada deba hacerlo no solo respecto de un préstamo hipotecario, sino sobre los diversos prestamos hipotecarios existentes que recaigan sobre la finca.

3º.- Que ya antes de la modificación de la ley de 1994 se introducía la palabra «crédito», cuándo refiriendose a la calificación del Registrador se decía que «*no podría exigir la presentación del título del crédito*», y ello no alteró la interpretación de limitar el alcance de la subrogación solamente a los préstamos hipotecarios.

4º.- Que la doctrina sostenida por la Dirección General en la Resolución de 18 de Junio de 2001 apoyaba esta interpretación. Mas tarde se estudiará la opinión contraria mantenida en la Resolución de 29 de Febrero de 2008, pero antes quiero referirme brevemente a los argumentos suscritos en la primera.

Se planteaba un supuesto de hecho que consistía en lo siguiente: se había concedido un contrato de apertura de crédito a favor de un promotor, que podría disponer del capital conforme se fueran realizando las obras y que admitía la posibilidad de una venta y subsiguiente asunción de deuda por el comprador, quedando el crédito fijado por el saldo deudor existente en esos instantes, sin posibilidad de nueva disponibilidad.

Ante este supuesto el razonamiento jurídico de la Resolución invita en muchos puntos a la reflexión: Se dice que la ley de 1994 debe ser interpretada de forma estricta, ni extensiva, ni restrictivamente. Se declara como los contratos de préstamo hipotecario son de naturaleza real, en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilateral, por cuanto de ellos solo surgen obligaciones para el prestatario. Es diferente el contrato de apertura de crédito, pues se trata de una operación crediticia con derechos y obligaciones entre ambas partes (de una parte mantener la disponibilidad del crédito, y de otra realizar los reintegros, intereses y comisiones que procedan o el saldo de la liquidación que pueda efectuarse en su día). Esta clase de fuente de la obligación, contrato de apertura de crédito en su versión simple o en el de apertura de cuenta corriente, (pues debido a la autonomía privada, fuente de la obligación, admite muchas variedades), crea una obligación futura e indeterminada, lo que conlleva una hipoteca de máximo. Cambia la obligación que de ser una relación obligatoria compleja, pasa a ser de presente y determinada, y se convierte en una obligación en la que el acreedor queda exento de obligaciones, que solo recaen sobre el deudor, y consecuentemente ello repercute sobre la hipoteca que pasa a ser de las ordinarias o de tráfico. Este salto es cualitativamente muy importante.

El Fallo de la Resolución se centra en ese cambio. De configurarse como una hipoteca de máximo pasa a ser una hipoteca ordinaria en garantía de un préstamo, y así se permite la subrogación por la vía del artículo 1211 del Código Civil y la ley de 1994. Se dice expresamente que «Negar en tal situación a la parte deudora la posibilidad de acogerse a las ventajas que ofrece la ley 2/1994 sería tanto como defraudar el espíritu y finalidad de dicha ley dando preferencia a los conceptos jurídicos sobre la realidad que subyace bajo ellos». Creo que es en materia de préstamos hipotecarios y en la interpretación de la ley de subrogación y ampliación de la hipoteca en donde mayores referencias se hacen a criterios metajurídicos. Pero, independientemente de lo dicho y sin saltarse el contenido de la ley, se pretende buscar una solución al problema. Lo cierto es que ese salto de hipoteca de máximo

a hipoteca ordinaria, por la variación del crédito garantizado no está correctamente configurado, ya que hubiera debido constar inscrito en el Registro de la Propiedad por la vía de los artículos 143 y 144 de la Ley Hipotecaria.

La segunda posición doctrinal es la de aquellos que consideran que los criterios restrictivos de la ley deben considerarse superados y ampliar la subrogación a los casos de los créditos garantizados por hipoteca.

Como se dijo la Resolución de 20 de febrero de 2008 (BOE de 29 de Marzo de 2008) da otro sentido a la ley después de la reforma de 2007. Esta Resolución, como otras recientes, llega al absurdo de resolver el supuesto de hecho planteado mediante la aplicación de una ley posterior, esto es, hace retroactiva la ley, por lo que es claramente *obiter dicta*, pero sirve al menos para fijar un criterio de futuro.

El supuesto de hecho parece semejante al de la Resolución de 18 de Junio de 2001, se trata de un crédito concedido al promotor, y que según se deduce de los hechos aparecía inscrito como préstamo, en lo que se basa el Fallo de la Resolución para argumentar la necesidad de sujetarse en la calificación registral a lo que figura en los asientos del Registro, pero además dice que «El planteamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el legislador en la ley 41/2007 …. Y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada ley hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la ley 2/1994 de 30 de Marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimientos subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros; conclusión que a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen”

De esta manera la Dirección General da solución al problema presentado, pero también es cierto que se trata de una Resolución menos razonada y profunda que la de 2001, además que su declaración como se ha dicho es *obiter dicta* y que precisamente una de las cualidades de la ley de 2007 no ha sido la de precisión terminológica, que como luego se verá introduce términos económicos que casan mal con los jurídicos, por eso esa referencia a los diversos artículos no es muy precisa y si la finalidad de la ley es extender los beneficios del régimen, al menos, es lo pretendido, sin embargo luego limita y obstaculiza la subrogación pues como se han dicho y mas adeante se dirá hay problemas concretos, que van a producirse en su aplicación. Desde fuera como operador jurídico que no conoce los intricados procedimientos legislativos por donde ha discurrido la ley, da la sensación que han sido unos los que han redactado la Exposición de Motivos y otros los que han propuesto el texto definitivo aprobado por el Parlamento.

A mi juicio, ambas interpretaciones no llegan a ser muy convincentes. Es cierto que el legislador ha querido cambiar el criterio y que, presionado por las legitimas preocupaciones de las entidades bancarias en cuanto a la seguridad en la financiación, ha pretendido establecer un sistema en el que la entidad acreedora no quedase al albur de posibles actuaciones del deudor en cuanto a la subrogación de un nuevo acreedor que ocupase un mejor rango hipotecario. De esta manera y como se dice reiteradamente en diversas Resoluciones, ya no es necesario recurrir a figuras que protejan el crédito. Figuras que como he dicho podrían vulnerar seriamente el propósito que animaba la ley de 1994.

Por ello la reforma de 2007 con la experiencia acumulada a lo largo de todos estos años de aplicación de la subrogación obliga a la entidad subrogada a hacerlo en todos los créditos y préstamos hipotecarios relativos a la misma finca. Pero eso no evita los problemas que se planteaban en la Resolución de 2001,

es decir, las diferencias que jurídicamente siguen existiendo entre el concepto de préstamo hipotecario y el de crédito. Si se aplica el nuevo requisito de la ley la subrogación deberá efectuarse tanto en unos como en otros, y por lo tanto quien se subroga deberá ocupar la misma posición jurídica que el acreedor actual, tanto respecto de los préstamos como de los créditos.

De ahí que considero que pueda darse una posición intermedia entre las dos apuntadas cuando se interprete la ley, y que consiste en hacer posible la subrogación tanto en prestamos como en créditos cuando se vaya a realizar sobre los primeros y resulte que la finca se encuentre además gravada con otros créditos garantizados con hipoteca, en estos casos la entidad subrogada viene obligada a asumir la posición del acreedor respecto de todos ellos. Es decir que si sobre la finca existiese solamente un crédito no nacido de préstamo hipotecario, en este caso no se admitiría la subrogación, dada la especial relación compleja que existe entre acreedor y deudor, que es imposible de conocer por parte de la entidad subrogada y solo en el caso de subrogarse sobre un préstamo habiendo otros créditos tendrá el nuevo acreedor que hacerse cargo de los mismos. De esta forma se respetaría la redacción del artículo 1.2 de la ley de 1994 que ha pretendido circunscribir la subrogación y el proceso que a ella lleva a los préstamos hipotecarios.

Además y como otro argumento a favor de la posición indicada está que el actual artículo 4.1 de la ley de 1994,modificado por la ley de 2007, introduce como novedad que pueda darse «la alteración del plazo del préstamo», se dice «préstamo», por lo que mantiene como titulo originador de la obligación el de contrato de préstamo. Así mismo se mantiene la redacción del artículo 5 en la referencia al título del crédito, lo que debe ser interpretado en el sentido de titulo originador del crédito, que es el contrato de préstamo hipotecario.

Ante todo debe destacarse como el legislador incurre en la imprecisión terminológica de confundir lo que es el crédito o la obligación con la fuente que lo origina, de ahí que cuando el legislador habla de crédito en el artículo 2 deba referirse a cualquier obligación nacida del cualquier contrato que pueda estar garantizada por una hipoteca que grava la finca. En definitiva se trata de aplicar, lo recordado anteriormente, del artículo 1861 del Código Civil y el artículo 105 de la Ley Hipotecaria.

Además otro argumento sería la interpretación de la ley de 1994 en un sentido estricto, ni extensivo, ni restrictivo, por eso la interpretación propuesta es la que considero más respetuosa, armónica y sistemática entre los distintos preceptos existentes.

Ahora bien inclusive la solución propuesta sigue planteando el problema de como si la finca tiene otos créditos, además de los nacidos del préstamo hipotecario, pueda hacerse dicha subrogación sobre todos ellos. La respuesta a esta cuestión no es fácil, y mas cuando no se cuenta con la colaboración de la entidad acreedora, de ahí puede pensarse que cuando la entidad a quien se solicite la subrogación conozca la existencia de otros créditos no va a ser sencillo que la admita.

Indudablemente no cabe una refundición de todos los créditos que gravan la finca, ya que se está ante una subrogación, limitada en cuanto a su contenido por el artículo 4.1, y por consiguiente el acreedor subrogado ocupará la misma posición jurídica que el acreedor tiene en cada una de las garantías reales, de forma que deberá hacerse la subrogación individualizadamente sobre cada uno de los prestamos o de los créditos.

El Registrador deberá denegar la inscripción de la subrogación y hacerlo cuando la entidad subrogada haya refundido sin mas, los créditos y prestamos existentes sobre la finca. Ejemplo: se

subroga en el primer préstamo hipotecario cuya responsabilidad es de 1000 euros, y se subroga también en el segundo crédito cuya cifra de responsabilidad resultante del saldo es de 2000, luego sumo 1000 y 2000, y la entidad subrogada lo hace en 3000 euros, por lo que de ahora en adelante se le girará al deudor un solo recibo y se considera jurídicamente como una sola obligación garantizada por una hipoteca. Insisto en que el artículo 4.1 determina los limites de la subrogación y en ellos no está la posibilidad de novación de los créditos, la subrogación permite solamente que el nuevo acreedor ocupe la misma posición que el acreedor existente.

No solo se trata como antes sucedía de créditos que pueden ser futuros o indeterminados en alguno de sus elementos, ahora tras la ley de 2007 se puede encontrar el acreedor subrogado con hipotecas recargables, o con hipotecas inversas o con hipotecas flotantes, que podrán ser también objeto de subrogación, y en todas ellas se atisba la existencia de relaciones complejas. Necesariamente en el momento de la subrogación todas estas situaciones deben quedar plenamente determinadas y simplificadas. De otra forma se podría preguntar ¿En qué se subroga la nueva entidad? ¿Qué garantía de pago existirá para el acreedor actual? ¿La inseguridad jurídica no va a entorpecer el funcionamiento de la subrogación?

Sin duda la exigencia de la subrogación en los créditos necesita de la colaboración de la parte acreedora, que deberá fijar cual es la situación real del crédito y que expida la certificación en la que se declare el importe del débito. Colaboración que debería haberse fijado en la ley de 2007 como obligación del acreedor, obligación que se justificaría plenamente por la protección que le brinda el legislador al asegurar que todos sus créditos sobre la finca le serán pagados por el deudor a través de la subrogación. No haberlo hecho así por el legislador ha supuesto un plegamiento a los intereses de las entidades bancarias, y contrariamente a lo enunciado en la Exposición de Motivos de la ley, no se va a poder extender sus beneficiosos efectos.

Por eso considero - como he dicho anteriormente – va a ser un obstáculo, en muchísimas ocasiones insalvable en la práctica, lo que permite decir que la subrogación solo va a realizarse cuando sobre la finca exista un préstamo hipotecario, ya que la entidad subrogada no va a interesarle la subrogación en el caso de tener que hacerlo sobre otros créditos nacidos de otros títulos que creen créditos indeterminados.

II.2.2. Notificación por conducto notarial

La otra reforma de la ley de 2007 es la referida a la necesidad de notificar a la entidad acreedora «*por conducto notarial*» la disposición a subrogarse de la nueva entidad financiera y al mismo tiempo requerirle para que entregue la entidad acreedora la certificación del importe del débito del deudor «*por el préstamo o prestamos en que se haya de subrogar*». Sin duda esos términos de «*conducto notarial*» han de referirse a las actas de notificación «*que tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la intervención notarial*» y a las de requerimiento cuya función es «*además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta*», reguladas ambas por el artículo 202 del reglamento Notarial y sujetándose en cuanto a la actuación que debe desarrollar el Notario a los párrafos y artículos siguientes del reglamento Notarial.

Deberá de ser Notario hábil para actuar en el lugar de la práctica del requerimiento y ser solicitada por quien tenga poderes para requerir de la entidad que se subroga. El Consejo General del Notariado ha señalado que salvo que se especifique la sucursal de la entidad a la que notificar y requerir, podrá hacerse a cualquier sucursal perteneciente a la entidad acreedora.

El procedimiento continúa de forma que la entidad acreedora puede o bien aporta la certificación del débito que se le requiere, o bien enerva la oferta que se ha realizado al deudor, igualándola o mejorándola, o bien realiza una conducta pasiva en la que no aporta la certificación, ni enerva la oferta hecha.

Si se aporta la certificación del importe del débito, la ley no exige que deba efectuarse a través de conducto notarial, utilizado para la notificación de la intención de subrogación.

Puede plantearse como supuesto si la no entrega de la certificación o su entrega fuera de plazo impide el derecho de enervar. Aunque el anterior artículo 2 y el actual dice que «*Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación…*», no considero que ambas conductas vayan unidas, de forma que el derecho a enervar puede hacerlo la entidad acreedora sin certificación o con esta fuera de plazo, pues: 1º.- La posibilidad de enervar puede realizarse en los quince días naturales contados desde «*.. la notificación del requerimiento…*», es decir, no se tiene en cuenta desde que se hizo la entrega de la certificación, lo que permite concluir que son actos independientes. 2º.- Que la certificación del importe del débito es un acto innecesario si la parte acreedora pretende la enervación. No tiene mucho sentido que se indique el importe de la deuda, y a continuación se produzca una novación modificativa entre la parte acreedora y su deudor. 3º.- Que el derecho de enervación por parte del acreedor no puede sufrir merma por el hecho de no presentar la certificación del importe del débito. Una cosa es que la subrogación se realice en contra o sin el consentimiento del acreedor, y otra muy distinta es que éste pierda cualquier derecho de mantenimiento del crédito en su poder.

Si la entidad acreedora se decide a enervar, ello planteará una problemática que se ha suscitado y que será objeto de estudio en el apartado siguiente, ya que ha sido una de las modificaciones introducidas por la ley.

Si existe una conducta pasiva del acreedor pueden darse dos situaciones distintas: a.- que se haya efectuado el pago del total préstamo o prestamos existentes, en cuyo caso así se manifestará en la escritura de subrogación y se acompañará en la misma el resguardo de haberse efectuado dicho pago, constando en el mismo una indicación expresa que se efectúa al efecto de la subrogación; o b.- que no se haya efectuado el pago por causa de no haberse certificado el débito o negarse el acreedor a recibir el pago, en este caso bastará que la entidad subrogada calcule el debito y lo deposite «*en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora*». El Notario remitirá de oficio la copia autorizada de la escritura de subrogación a la entidad acreedora.

Copia de la nueva acta notarial de notificación y requerimiento será aportada por la entidad subrogada en la que se constate que no ha habido respuesta por la entidad acreedora. Así mismo en el acta notarial constará en su caso la propuesta de enervación por parte de la entidad acreedora.

Es al Notario autorizante de la escritura de subrogación y bajo su responsabilidad y no al Registrador a quien le corresponde por ley verificar del acta notarial que no se ha enervado por la parte acreedora. De igual modo que es el Notario quien deberá incorporar el resguardo del pago efectuado en la escritura de subrogación, o bien incorporar la manifestación de la entidad subrogada que se realiza el deposito de la cantidad en su poder. A mi juicio esto último entra plenamente en la calificación del Registrador. No así el acta notarial que no es necesaria su inclusión en la escritura. En este mismo sentido se ha expresado la Resolución de 29 de marzo de 2008 cuando interpreta con carácter retroactivo el precepto diciendo que «la copia del acta previa al otorgamiento de la escritura de subrogación deberá aportarse al Notario autorizante de la escritura, sin que sea preciso por el contrario su aportación para la inscripción, confirmando así que el trámite no queda sujeto a la calificación registral, que se constriñe a los extremos señalados en el artículo 5, bastando a los efectos de la

extensión de la nota con que el Notario autorizante de la escritura de subrogación haga constar bajo su responsabilidad que se ha tenido a la vista la copia autorizada del acta, y que en la misma se han cumplido los requisitos legales».

Considero que esta interpretación de la Dirección General, independientemente que también es *obiter dicta* queda ajustada a la ley, en ella expresamente se dice que la entidad subrogada presentará la copia del acta notarial, pero no se dice que se incorporará necesariamente en la escritura de subrogación del préstamo, debiendo ser el Notario quien la examine y considere cumplidos los requisitos establecidos por la ley. Bastará que el Notario autorizante de la escritura de subrogación haga constar que ha tenido a la vista el acta notarial y de requerimiento y que en ella y bajo su responsabilidad no se ha manifestado la voluntad de la entidad acreedora de enervar la oferta, el cumplimiento de dichos requisitos en la escritura de subrogación

Otra cosa es que considere oportuno lo establecido por la ley a este respecto, ya que dentro del ámbito de calificación registral y de su importante cometido en la protección del tercero está el examen del cumplimiento de aquellos medios de defensa que tiene la entidad acreedora. Además si se ha producido la manifestación de la voluntad de enervación no podrá la entidad subrogada continuar la subrogación, y de hacerse la correspondiente escritura el incumplimiento de este requisito legal deberá ser tenido en cuenta a la hora de la validez del acto realizado (artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Considero que como en tantos otros supuestos de sigue produciendo una confusión de funciones que perjudica la seguridad jurídica y que también, como está desgraciadamente sucediendo en muchísimas ocasiones, las Resoluciones se prestan a ese peligroso juego.

Lo que no creo que pueda admitirse del contenido de la Resolución es limitar la calificación registral a los extremos contenidos en el artículo 5 de la Ley, esto es, lo que debe constar en el asiento registral, es decir: la persona jurídica subrogada, las nuevas condiciones del tipo de interés, la escritura y sus datos, lo correspondiente al asiento de presentación y la firma del Registador, La propia Dirección olvida que ese artículo 5 en su ultimo párrafo determina que «*Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta ley*», que es donde se describe el total procedimiento de subrogación, por consiguiente el Registrador debe entrar en la calificación de todo el procedimiento, y ello incluye el integro contenido de la escritura de subrogación, y muy especialmente todo lo relativo al pago o cumplimiento del débito respecto de la entidad acreedora, pues como se dijo anteriormente esta es la causa de la subrogación.

Se ha perdido una oportunidad legal para agilizar el procedimiento, que tal como resulta de la ley sigue siendo excesivamente farragoso y no soluciona la dificultad principal que es el conocimiento exacto del débito. Lo que se hubiera debido solucionar configurando el certificado como una obligación de la entidad acreedora, cuyo incumplimiento pudiera verse sancionado con indemnizaciones pecuniarias.

Esta indecisión legislativa y la complicación del proceso se ponen además en evidencia en el siguiente punto.

II.2.3. el derecho de enervar

Otra de las innovaciones de la ley de 2007 ha sido respecto de la enervación por parte de la entidad acreedora. La enervación consiste en una novación modificativa del crédito hipotecario entre la parte acreedora y el deudor. En la anterior rregulación cuando el acreedor recibía la oferta vinculante, tenía

el plazo máximo de quince días naturales desde que hubiese entregado la certificación del débito para formalizar «*con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario*». Por consiguiente dentro de esos quince días el acreedor y el deudor debían realizar la novación, igualando o mejorando las condiciones ofertadas por la entidad subrogada. Si se pasaba el plazo de quince días sin efectuar el nuevo acuerdo, se perdía el derecho que le asistía al acreedor y por consiguiente quedaba la vía libre para la subrogación.

La ley de 2007 ha reformado el precepto en el sentido siguiente: se mantiene el derecho a practicar la enervación del crédito, se mantiene el plazo de quince dias naturales «*a contar desde la notificación del requerimiento*», y en respuesta al mismo puede comparecer ante el mismo Notario que le haya efectuado el acta de notificación y – aquí viene la innovación - «*manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo*». El cambio es muy importante y significativo, pues de formalizar efectivamente la realización del pacto novatorio en un plazo máximo de quince días, pasa a ser una manifestación vinculante, es decir una declaración unilateral de voluntad, dirigida a obligarse a novar con la parte deudora, sin determinarse el plazo en el que deberá realizarse dicha novación, y ajustándose a lo dispuesto por la misma ley, se diría que no hay necesidad de expresar en el contenido de esa manifestación, cual vaya a ser la mejora en los pactos o si, en el mejor de los casos, se limita a igualar la propuesta realizada por la entidad que pretende la subrogación y, lo que es aún peor, no se determina un plazo como necesario para el cumplimiento de esa novación.

El problema está servido, cualquier entidad puede hacer esa manifestación, lo que consigue parar el procedimiento de subrogación y luego retrasar injustificadamente la realización efectiva de los pactos novatorios. La enervación paraliza el procedimiento, ya que esa manifestación se incorpora al acta de notificación y requerimiento y en el caso de hacerse la escritura de subrogación el Notario autorizante verificará lo que de la misma resulta que en el supuesto contemplado ha sido la manifestación de la parte acreedora de enervar y consecuentemente no podrá realizarse la subrogación.

El tema se ha presentado por parte de la alguna entidad bancaria que ha respondido a la notificación manifestando su propósito de ejercer su derecho a la enervación del crédito hipotecario, lo que no ha sido seguido de una efectiva conducta en tal sentido. Se ha pretendido salvar esta dificultad a través de un requerimiento notarial o de un burofax para invitar a personarse a la entidad acreedora ante Notario en un día y hora determinado para realizar la novación modificativa, y en caso de no comparecer se entendería como desistido de la enervación, y consecuentemente continuar con la subrogación. La consulta evacuada al Centro de estudios registrales de Madrid ha sido contestada en sentido negativo, fundándose, a mi juicio certeramente, en que el legislador ha sido plenamente consciente de la modificación introducida, por tanto no puede burlarse el derecho de enervación que tiene la entidad acreedora para poder ejercerlo «en los términos fijados en la ley, sin que la voluntad de las otras partes implicadas lo puede modificar».

Sin duda el camino es el ejercicio de las acciones judiciales encaminadas a conseguir el cumplimiento de la obligación. Desde una interpretación creativa del Derecho podría pensarse que pudiese utilizarse el procedimiento judicial diseñado por el mismo artículo 2 en el caso de apreciarse error en la liquidación del débito pendiente, del que posteriormente se tratará. Pero considero que es muy difícil aceptar la analogía entre ambos supuestos: de entrada las partes legitimadas no son la entidad acreedora y la subrogada, sino que será el deudor y su acreedor; el objeto de la controversia no será un posible error en el cálculo, sino un incumplimiento de una obligación, en un caso no se paraliza la subrogación, mientras que en el otro de hecho queda detenido el proceso de subrogación.

Sin duda no cabe aplicar ese procedimiento especialísimo, habrá que acudir a los Tribunales a través de los procedimientos adecuados, regulados por la LEC.

Lo que me parecería también extremadamente peligroso para la seguridad jurídica es que sea la parte acreedora quien modifique directamente las condiciones del préstamo a través del giro de nuevos recibos para el pago del crédito hipotecario, introduciendo por la vía de acuerdo privado el resultado de la enervación, lo que generaría inseguridad al carecer de la publicidad formal de la escritura pública, tal como prescribe el nuevo artículo 4 de la ley de 1994 y de la publicidad registral tal como establece el citado artículo y el 144 de la Ley Hipotecaria.

En todo caso la regulación de la ley de 2007 no ha definido correctamente el proceso de subrogación. No se ha atrevido a fijar las obligaciones de la entidad acreedora, y si por una parte afirma que debe promoverse los casos de subrogación, por otra permite actos que pueden ser claramente obstruccionistas a la voluntad del deudor para efectuar la subrogación sin el consentimiento de su acreedor.

II.2.4. el procedimiento judicial

La otra innovación que introduce la ley de 2007 es la referente al último párrafo del artículo 2 cuando ahora se dice: «*El auto que dicte será apelable en un solo efecto» y se suprime de la anterior redacción lo referente a que «el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes*». Lo que ha sido un acierto en el sentido que después de la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil de 2000 ya no existen dicho trámite de apelación.

Ahora bien también hubiera sido bueno que aprovechando la oportunidad de la reforma se hubiera clarificado en alguno de sus puntos el procedimiento que se prevé para los supuestos en que se alegue error de la entidad subrogada en la liquidación de la deuda. No es sencillo ubicar el procedimiento en alguno de los actualmente regulados por la LEC. Considero que debe tratarse de un procedimiento especialísimo en razón de la materia que se trata, y que busca no entorpecer la rapidez de las operaciones de subrogación realizadas.

Sin duda existe controversia entre las dos partes en conflicto, es decir, la entidad acreedora y la subrogada, que son las que están legitimadas para el ejercicio de la petición. Es de observar que no es parte en este procedimiento el mismo deudor, ya que como bien regula el comentado artículo la entidad subrogada bastará que realice por si misma los cálculos de la liquidación «*bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error*», de ahí que no esté llamado el deudor, quien está totalmente liberado cuando la propia ley le dice: «*las consecuencias de su error.. no serán repercutibles al deudor, sino solamente a las partes en el conflicto*». La demanda deberá estar dirigida al Juez competente que será el que lo sea en el caso de la ejecución de la hipoteca.

Posteriormente habrá una citación a ambas partes para su comparecencia, se abrirá un periodo de pruebas, en el que deberán aportarse los documentos en los que se basen las partes y se dictará sentencia. Solamente será apelable a un solo efecto, es decir, que no cabe el efecto suspensivo, sino solamente el devolutivo

II.2.5. un nuevo concepto jurídico de cancelación subrogatoria.

La ley 41/2007 da un nuevo concepto de cancelación en la que diferencia entre cancelación subrogatoria, no subrogatoria, total y parcial, así se dice en el artículo 8 de la ley titulado «*Compen-*

sación por desistimiento.- 1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios ..» , lo que se reitera posteriormente en el artículo 9.1 y 2. al regular *la Compensación por riesgo de tipo de interés*. La pregunta es ¿Qué debe entenderse por cancelación subrogatoria y no subrogatoria? La subrogación por definición jurídica supone la sustitución de un acreedor en la posición jurídica de otro, pero ello no implica la existencia de una cancelación en el crédito originado por el préstamo, ni tampoco consecuentemente en la hipoteca que lo garantiza, sin embargo el legislador ha clasificado de esta forma la cancelación, luego debe dársele un sentido.

Este caso es una buena muestra de la confusión que se hace en la ley de los conceptos que son jurídicos con los meramente económicos, ya que debe referirse a estos últimos, puesto que la cancelación subrogatoria es aquella que se produce en el ámbito de la subrogación para la entidad acreedora. Esta sufre la extinción del crédito a los efectos puramente económicos, pues se le ha pagado y por lo tanto para el acreedor ha quedado extinguido como tal, aunque el crédito para la entidad subrogada y para el deudor siga vivo, y es más no afecta a la hipoteca que garantiza ese crédito

Aunque no excesivamente frecuente sucede en ocasiones la presentación en el Registro de la Propiedad de una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca otorgada por la entidad acreedora respecto de crédito que ha sido objeto de subrogación. Sin duda se deniega su inscripción ya que el nuevo titular del crédito no es quien otorga la definitiva carta de pago, de un crédito todavía no extinguido, pero es significativa esa manifestación como apreciación de la entidad bancaria que ha visto como un crédito cuya titularidad le pertenecía ha sido satisfecho.

Con ello quiero insistir en una idea plasmada anteriormente y es que lo importante en la subrogación no es esta en si misma., sino el pago del crédito, del que la subrogación tan solo es un efecto derivado, y en este sentido el acreedor da por finalizado el crédito en el momento en que se produce la subrogación. En definitiva es lo que el artículo 1211 ordena diciendo:«*y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada*»

Consecuencia de lo anterior es que en cualquier subrogación habrá además de la subrogación a favor de la entidad subrogada una cancelación subrogatoria a favor de la entidad acreedora por la realización total del pago del débito, una parte ya satisfecho por el deudor antes de la subrogación, y la otra parte satisfecho por los efectos del artículo 1211 del Código Civil en cuanto el nuevo préstamo de la entidad subrogada a favor del deudor.

Cancelación no subrogatoria serán todas aquellas que quedan fuera del proceso de subrogación, por lo tanto las que se produzcan entre acreedor y deudor en un crédito no subrogado.

El otro aspecto que conviene tratar es la clasificación de la cancelación en cancelaciones totales y parciales y su relación con la división en subrogatorias y no subrogatorias. La cancelación subrogatoria es para la entidad acreedora una extinción total del crédito, ya que debe ser satisfecho en su totalidad. Sin embargo para el deudor es una cancelación parcial del crédito pues tan solo se le reconoce haber satisfecho una cantidad, quedando el resto por amortizar que es el débito en que se subroga la nueva entidad. Considero que la posición en la que se fija el legislador es respecto de la entidad acreedora, y de esta forma la cancelación subrogatoria tan solo será total. Así puede entenderse que el perjuicio económico que se produce por la amortización anticipada y que conlleva la necesidad de una compensación por desistimiento,(antes llamada comisión), deba evaluarse por el capital amortizado anticipadamente.

ADEIT

CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY

D. Eugenio Mata Rabasa
Abogado

1. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA POR EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO Y EL TÍTULO INSCRITO.

De las diferentes cuestiones propuestas es la primera la que para mi gusto tiene una mayor trascendencia registral, aunque todas ellas plantean problemas, algunos de difícil o casi imposible solución, que vamos a apuntar y en lo posible analizar aquí, teniendo en cuenta que unos proceden de las modificaciones introducidas por la nueva Ley objeto de estas jornadas mientras que otros subsisten a pesar de ella y no han sido solucionados por la misma, ni antes por la actual Ley de Enjuiciamiento, sino que, por el contrario, ésta los ha complicado aún más o sencillamente no los trata.

La ejecución hipotecaria por el trámite de un procedimiento ejecutivo ordinario y no por el especial señalado en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil era algo que hasta ahora todos habíamos tenido muy claro, aún cuando presentaba ciertas dificultades, pero llegado el momento de plantearlo en un procedimiento judicial, recientemente, han surgido una serie de problemas que ni siquiera se me había ocurrido podrían darse pero que en concreto, el Juzgado de Primera Instancia, nº 32 de Madrid, ha planteado y que están hoy aún sin resolver ya que dicho Juzgado, en su momento, no acordó admitir a trámite el procedimiento en virtud de la demanda presentada y la cuestión no ha sido objeto de tratamiento por la Sala de la Audiencia Provincial correspondiente de Madrid, que tenía que conocer del recurso planteado contra la resolución inicial del Juzgado referido, al haberse abstenido alegando que la resolución no era apelable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 455.1 de la Ley de Enjuiciamiento, ya que no tenía carácter de definitiva ni ponía fin al proceso, cuestión esta en la que no vamos a entrar porque sino haríamos interminable la exposición del tema que aquí nos trae, si bien creemos que se ha perdido la oportunidad de resolver una cuestión importante lo que en nuestro criterio es lamentable dada la trascendencia del tema.

Para su análisis debemos tener en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el **artículo 126 de la Ley Hipotecaria** donde se determina lo siguiente:

"Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la LEC se persiguieren bienes hipotecados, y éstos hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurada con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario.

Requerido el tercer poseedor de uno de los dos modos expresados en el párrafo anterior, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes, conforme a lo dispuesto en el art.114, o desamparar los bienes hipotecados.

Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor desampare los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo.".

No obstante que la disposición referida se refiere y forma parte de la Ley Hipotecaria no podemos olvidar su carácter procesal, que está vigente y que, en definitiva, regula materias propias de la ejecución hipotecaria y por lo tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juzgado de instancia referido, para justificar su postura, llegó a afirmar que el artículo citado habría sido derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en nuestro criterio, desde luego, no es correcto. No obstante es cierto que este artículo estaba ya antes en vigor, lo cual es conveniente destacar porque de este modo se entiende mejor su referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil, entonces en vigor, la de 1.881, porque entonces la ejecución hipotecaria se regulaba en el artículo 131 de la Ley correspondiente y el ejecutivo ordinario lo estaba en la primera.

No obstante vemos que la disposición transcrita cita la ejecución de la hipoteca por el procedimiento ordinario de pasada, obiter dicta, puesto que luego el artículo se refiere a un tema muy concreto, más propio de lo regulado en el artículo 118 de la propia Ley Hipotecaria, sin que, por otra parte, se entienda por qué se refiere solo a la ejecución ordinaria y no a la llevada a cabo por el trámite especial de ejecución de la finca hipotecada regulado hoy expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil que en este particular ha derogado el artículo 131 de la Ley Hipotecaria que antes las regulaba como ha quedado dicho. Así tiene más sentido lo que ahora estamos viendo, aunque tampoco demasiado puesto que incomprensiblemente en él no se regulaba el supuesto aquí referido a la ejecución ordinaria en relación con la hipotecaria.

Lo mismo el **artículo 129** de la propia Ley, en su actual redacción, dada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dice así:

"La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario"

Este artículo resuelve aquí dos problemas, primero, el de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial, cuestionada poco antes de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento por el Tribunal Supremo, pero además admite que la ejecución de la hipoteca se lleve a cabo por el procedimiento de ejecución ordinaria al emplear el verbo "podrá" cosa que el Juzgado de Madrid no vio o no quiso ver,

luego analizaremos por qué. Lo mismo se recoge en el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento y aún con más claridad si cabe en el siguiente **artículo 682** en cuyo apartado 1 dice lo siguiente:

"1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda."

No obstante, a la inversa de lo hasta ahora expuesto, pero en la misma línea, el Juzgado nº 37 de Madrid, ha denegado ejecutar una hipoteca en un procedimiento de ejecución ordinaria, aún a pesar de los numerosos embargos que pesaban sobre la finca hipotecada con posterioridad a la hipoteca y haberse trabado en él bienes no hipotecados en el título que se ejecutaba.

Estos Juzgados vienen a desconocer de algún modo que, en democracia, sólo está prohibido lo que la Ley prohíbe de manera que, en otro caso, debe entenderse que está permitido, aunque tratemos cuestiones procesales, siempre que se siga el trámite marcado por la Ley, sin restricciones innecesarias, teniendo en cuenta también el principio fundamental de la tutela judicial efectiva que realmente así no queda satisfecho o por lo menos no es esta la mejor manea de satisfacerlo.

También, el **artículo 130 de la Ley Hipotecaria** redactado de nuevo dice lo siguiente:

"El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo "

No contradice lo anterior cuanto aquí se expresa, si bien aquí viene a colación la diferencia entre el título ejecutivo y el hipotecario, el primero recogido en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el segundo, principalmente, en los artículos 681 y siguientes de la misma. Nuevamente vemos una norma procesal en la Ley Hipotecaria.

Pues bien, este artículo 130 de la Ley Hipotecaria tiene particular importancia en el presente caso ya que directamente se relaciona con el título inscrito, lo cual enlaza con el **artículo 12** de la propia Ley que en su actual redacción, dada por Ley 41/2007 que aquí nos trae, dice así:

"En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización."

Muchos son los problemas que plantea el texto transcrito en su literalidad, más quizás de los que su redactor siquiera se haya planteado, pues a parte de la referencia a las "obligaciones garantizadas", en plural, con lo que se resiente el principio de especialidad, al que también quiero luego referirme, tiene que ver directamente con la inscripción del título y con los términos de su ejecución. Es sumamente esclarecedora a estos efectos la Resolución de 5 de mayo de 2.008, de la Dirección General

de los Registros y del Notariado, que en los párrafos 5 a 7 del fundamento de derecho segundo dice así:

"... No obstante, debe advertirse que dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la regulación del mercado hipotecario.

Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función -calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (artículo 18 de la Ley Hipotecaria)-, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y siguientes de su Reglamento), así como de los efectos de ésta -publicidad «erga omnes» de tales derechos reales inmobiliarios-, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración./ Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título. Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 10 y 10.bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios -artículo 84 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, hoy vigente-, 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, ésa ha sido la doctrina mantenida por este Centro Directivo, según la cual el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)."

La cuestión que resulta de lo expuesto es muy importante pues, si leemos con detenimiento el texto de ambos párrafos, comprobamos que está restringiendo sumamente la inscripción de las hipotecas otorgadas en garantía de obligaciones constituidas en favor de particulares, que no sean entidades de crédito, dado que, teóricamente, sus títulos quedarán inscritos con mucha menos extensión, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 12 citado, lo que a su vez creará un problema de contenido de la inscripción al Registrador que ha de practicarla y su posterior consecuencia a la hora de instar su ejecución. Además al hacerlo deberá coordinar el Registrador lo dispuesto en este artículo con lo que se establece en el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento que luego veremos y otros relativos a lo mismo, como los artículos 153 y 153-bis de la Ley Hipotecaria, de los que trataremos en otro epígrafe posterior.

El primero de los problemas que surge en este caso y sirve de excusa para traer aquí el asunto que tratamos ahora, es el de la competencia funcional del propio Juzgado dado que, en Madrid,

particularmente, hay dos Juzgados designados con exclusividad para la ejecución de las hipotecas, de manera que los especiales de ejecución hipotecaria no pueden embargar bienes mientras que, los demás de primera instancia, no pueden ejecutar hipotecas, por causa de la competencia funcional que especialmente se les ha atribuido. Evidentemente, en mi opinión, se trata de un problema artificial o artificioso el que aquí se ha creado cuando, por unas normas de reparto, que habría que adaptar a las necesidades y realidades del proceso y no al revés, se produce una situación como la que aquí tratamos, si bien, tal y como estamos acostumbrados en este país a conformarnos con soluciones puramente formales que en vez de arreglar el problema planteado lo que hacen es perpetuarlo o crear otros nuevos, no me extraña que la solución haya sido precisamente la contraria, es decir, inadmitir el proceso y obligar al ejecutante a elegir, sin más, entre una u otra solución, pese a que, en mi opinión, lo que se hace en estos casos es ejecutar una hipoteca por el procedimiento ordinario de ejecución, con base a un título público sólo que con algunas variantes perfectamente definidas por la naturaleza de la afección real y por las características o necesidades de la garantía, (olvidando el autor de semejante norma, además, lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley Procesal citada) y más si tenemos en cuenta que el tema está perfectamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de fechas 10 de Diciembre de 1.997 (BOE 14 de Enero de 1.998, pags. 1383 y ss.) y 26 de Julio de 1.999 (nº 15799, Aranzadi 6082/99) que no obstante referirse a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil entiendo aplicable en la actualidad, donde se dice así:

"SEGUNDO.- Es indudable que cuando el acreedor hipotecario acude a la vía del juicio ejecutivo ordinario para el cobro de su crédito, puede hacer valer simultáneamente la acción personal inherente al crédito garantizado y consignado en documento con fuerza ejecutiva, y la acción real derivada de la garantía hipotecaria (cfr. artículos 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 126 y 127 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, en tales supuestos, la ejecución, en lo que respecta a los bienes especialmente hipotecados, presenta importantes particularidades con respecto al apremio de bienes derivado del ejercicio de una acción puramente personal, que derivan fundamentalmente de la posibilidad de que entre la hipoteca que se ejecuta y el embargo del bien hipotecado a realizar (que, pese la preexistencia de la garantía, es necesario practicar, conforme previene el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se hayan constituido derechos sobre dicho bien en favor de terceros.

Estos terceros (a diferencia de los que adquieren derechos sobre el bien después del embargo) deberán ser advertidos por el Juez de la existencia del procedimiento -y del ejercicio en el de la acción hipotecaria- a los efectos previstos en los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria (si se trata de terceros poseedores) y 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (si se trata de titulares de derechos reales limitados sobre el bien); y, además, y a diferencia de lo previsto en el artículo 1.520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del precio de remate del bien hipotecado sólo podrán detraerse para pagar al actor, las cantidades necesarias para cubrir su crédito en la medida en que resulta asegurado por la garantía (cfr. artículos 9, 12, 104, 114 y 131 de la Ley Hipotecaria), de modo que bien puede ocurrir que aun siendo el precio de remate superior al crédito definitivo del actor por los distintos conceptos, al exceder éste del límite de las respectivas coberturas hipotecarias, quede parcialmente insatisfecho, pues el exceso de dicho precio de remate sobre el límite de la cobertura hipotecaria debe ponerse a disposición de los titulares de esos derechos intermedios.

TERCERO.- Por otra parte, en estos supuestos de ejercicio simultáneo de la acción personal y de la acción hipotecaria inherentes al crédito hipotecario, es igualmente preciso que tal circunstancia resulte claramente y desde el momento inicial, en la configuración del procedimiento y en todas

sus manifestaciones públicas (anuncios de las subastas, anotación de embargo del bien trabado, etc.), a fin de que los terceros puedan conocer la concreta preferencia de que goza el crédito del actor sobre el bien a ejecutar, y, consiguientemente, las responsabilidades que por el juego del principio de purga parcial recogido por el artículo 133.2 de la Ley Hipotecaria, seguirán pesando sobre dicho bien tras su remate; de este modo se evitarán tercerías, acaso, innecesarias, se facilita a los eventuales postores un conocimiento preciso de los factores que determinarán la cuantía económica de sus pujas, y se posibilita la obtención del mejor precio de remate, y es que el eventual desconocimiento de que se está ejecutando la hipoteca, llevaría a los postores a descontar del valor del bien, el importe de las cargas y gravámenes recayentes sobre el bien a ejecutar constituidas antes del embargo pero después de la hipoteca, a pesar de que éstos se van a extinguir, y ello, sobre beneficiar injustificadamente al rematante (que adquirirá el bien libre de responsabilidades que consideraba iban a subsistir), perjudicará gravemente no sólo al actor y al propio deudor, sino también a los titulares de todas las cargas que se extingan como consecuencia de la ejecución del bien afecto sean anteriores o posteriores al embargo (al reducirse las posibilidades de existencia de remanente).”

“ SEGUNDO.- Si se tiene en cuenta que el juicio ejecutivo es un cauce procedimental adecuado para hacer valer no sólo la acción personal derivada del crédito perseguido sino también la propia hipoteca que lo garantiza (confróntense artículos 1.447 Ley de Enjuiciamiento Civil, 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, 222 y siguientes del Reglamento Hipotecario), y que en tales casos, concluida la ejecución con el remate del bien hipotecado habrán de cancelarse todas las cargas y gravámenes recayentes sobre el mismo que sean posteriores a la hipoteca ejecutada, y no sólo los posteriores a la anotación del embargo trabado, pues, es aquella garantía la que se desenvuelve en el procedimiento seguido (confróntense artículos 131, regla 17, y 134, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria), habrá de concluirse en la necesidad de consignar registralmente que aquella hipoteca ha entrado en fase de ejecución a través de este procedimiento; se consigue de este modo una precisa y completa publicidad registral de la situación jurídica del bien en cuestión, que permitirá a los eventuales adquirentes de derechos sobre el o a los posibles titulares de derechos consignados tabularmente después de la hipoteca que se ejecuta y antes de la anotación del embargo decretado, conocer las exactas consecuencias del desenvolvimiento del proceso en curso (piénsese por ejemplo, en los posibles postores en la subasta del bien hipotecado, quienes formularán sus ofertas económicas en función de las cargas que deban subsistir tras la ejecución; o en la posibilidad de los adquirentes posteriores de derechos sobre el bien en ejecución de pagar el crédito y subrogarse en el lugar del ejecutante)”

También, la misma Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 3 de Febrero de 1.992, Aranzadi R 1.522/92, viene a admitir tal forma de ejecutar.

Únicamente discrepo de la manifestación contenida en la resolución donde se da por supuesto que el bien hipotecado ha de embargarse puesto que si ya está hipotecado, en mi opinión, no es necesario embargarlo de nuevo por causa de la ejecución ordinaria y el sobrante que se produzca será para el acreedor hipotecario que no hubiese cobrado todo lo que se le debe a reserva de los acreedores posteriores que pueda haber con constancia registral según el artículo 692 de la propia Ley. Cabe así considerar que la hipoteca sustituye al embargo.

No se ha tenido en cuenta tampoco que con esta decisión se esta duplicando el gasto tanto al actor como al demandado, obligando incluso a pagar una doble tasa para cobrar la misma deuda, lo que resulta inadmisible.

Cierto por otra parte que la Resolución referida, como ya se ha dicho, se pronuncia durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento de 1.881 pero nada impide que su contenido y espíritu se aplique al momento actual, según hemos visto debiendo al efecto tener en cuenta los criterios de interpretación de la misma según el artículo 3 del Código Civil. Al efecto debemos tener en consideración lo dispuesto en el **artículo 129, párrafo primero**, de la **Ley Hipotecaria**, en su **anterior redacción**, donde decía que:

"La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta Ley, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes".

Naturalmente ello no obstante al ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria, como ya hemos visto.

Es más, no se ha planteado nunca, que sepa, la posibilidad, en la práctica, de ejecutar una hipoteca por los trámites del juicio declarativo ordinario, lo que en mi opinión es perfectamente posible, como a continuación veremos, e incluso necesario, según sea el caso que se nos pueda presentar. Podría afirmarse, por otra parte, que limitar la ejecución hipotecaria al procedimiento especial de la Ley de Enjuiciamiento Civil implica una pobreza de miras inadmisible.

La respuesta proporcionada por el Juzgado a las alegaciones en este sentido fue que toda la jurisprudencia y doctrina anteriores habían quedado modificadas o revisadas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que en su **artículo 681.1** , ya citado, establece que *"1. La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo*." y por lo tanto según el Juzgado interpretó no se admite, procesalmente hablando, la posibilidad de una ejecución como la pretendida por la parte. Como vemos el Juzgado en cuestión no consideró el carácter potestativo que el verbo "podrá" tiene, pero sobre todo el problema es que el Juzgado referido, para un caso diferente de éste, que perfectamente podría darse, no se ha planteado siquiera la posibilidad de que en la hipoteca existan defectos u omisiones que impidan su ejecución por el trámite de ejecución especial de esta clase de garantías, como por ejemplo la falta de designación de un domicilio para notificaciones, como la Ley especial exige para este tipo de ejecuciones, o la falta de fijación de un precio para la subasta, pues entonces o se admite que la ejecución se siga por el trámite ordinario, como ya hemos anticipado, o se tiene que declarar que la hipoteca es inejecutable y por ello inexistente a sus propios efectos, o habría que hacerlo en el declarativo correspondiente, como he dicho, lo que supondría una verdadera exageración por no decir que un despropósito mayúsculo, a mi juicio. No tuvo pues en cuenta el Juzgado a la hora de resolver lo dispuesto en el **artículo 682** de la Ley referida cuando dice que:

"1. Las normas del presente capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

2º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

3. El Registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior."

Vemos pues la referencia que el punto 3 de este artículo tiene con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, ya citado, de manera que las menciones referidas son imprescindibles en la inscripción del Registro puesto que como antes decíamos el título de la ejecución hipotecaria es la inscripción entre otras razones porque ésta es constitutiva y porque si no constan inscritas dichas menciones no es posible ejecutar la hipoteca por dicho procedimiento especial, lo que no quiere decir que el título no sea efectivo ni que la hipoteca no exista.

Ni siquiera tuvo en cuenta el Juzgado en su resolución lo que en su primer párrafo el artículo transcrito dice sobre que el procedimiento especial se aplicará, cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados, luego cuando no sea así el procedimiento será el de ejecución ordinaria, que de este modo vemos como incluso legalmente se admite, aunque dicho Juzgado no se lo haya planteado aún, sin perjuicio de tener que compatibilizar la ejecución de los bienes hipotecados con los que aparte de ellos se embarguen en el propio procedimiento, si es que los hubiese, dentro del trámite de la ejecución ordinaria, según ya hemos dicho y siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigibles por la Ley procesal para que el trámite se siga, pues de otro modo ni eso (así ocurriría por ejemplo si en el préstamo hipotecario a tipo de interés variable no existiese pacto expreso de liquidez o en la hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito). Lo paradójico es que en una situación igual planteada en un Juzgado de Zaragoza, casi al mismo tiempo, no ha habido problema alguno y los que han surgido con algunos Registros de la Zona se han solucionado al ponerles de manifiesto las Resoluciones referidas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde la cuestión queda suficientemente clarificada sin mayor problema, ni menos planteando cualquier cuestión que lo imposibilite; en mi opinión la especialización de los Juzgados es un grave error ya que hace perder perspectiva legal a sus titulares, en detrimento de la mejor comprensión del asunto que permitiría tratar diferentes cuestiones al mismo tiempo, a parte de la comodidad con la que cada uno puede plantearse las cuestiones de su incumbencia según su libre consideración y actuar en consecuencia con ello, pero lo que a mi juicio es claro es que nunca debe ni puede impedir la aplicación de una norma procesal la que a su vez se haga de unas meras reglas de competencia funcional para los Juzgados de un determinado partido judicial, aunque éste se llame Madrid. En mi opinión, hoy en día, lo ilegal son las normas referidas que no conozco en su extensión íntegra pero que las he sufrido en los términos expuestos.

Mi opinión ante el problema es que el mismo no es tal sino que, por el contrario, lo que procede es un planteamiento acorde con la naturaleza de la acción que se ejercita. Primeramente hay que considerar que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 549 y siguientes LEC, no tendría sentido iniciar una acción de ejecución hipotecaria por el procedimiento de ejecución ordinaria sino cuando la hipotecaria pura no fuese posible o si es con la finalidad de embargar otros bienes diferentes de los hipotecados por ser su valor insuficiente, puesto que, en principio, de acuerdo con la cobertura establecida en la mayoría de los casos, la hipoteca constituida sobre un bien concreto cubrirá suficientemente el importe de la deuda, pero es que si así no fuese lo que habría que probar con la demanda es la insuficiencia del valor del bien para cubrir el importe de la deuda pendiente de pago y

justificar de este modo la pretensión de embargar otros bienes diferentes con el fin de poder cubrir desde el primer momento el importe de la referida deuda, con arreglo a lo dispuesto en el **artículo 612** de la Ley citada donde se establece que:

"1. Además de lo dispuesto en los arts. 598 y 604 para los casos de admisión y estimación, respectivamente, de una tercería de dominio, el ejecutante podrá pedir la mejora o la modificación del embargo o de las medidas de garantía adoptadas cuando un cambio de las circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado. También el ejecutado podrá solicitar la reducción o la modificación del embargo y de sus garantías, cuando aquél o éstas pueden ser variadas sin peligro para los fines de la ejecución, conforme a los criterios establecidos en el art. 584 de esta Ley.

El tribunal proveerá mediante providencia sobre estas peticiones según su criterio, sin ulterior recurso.

2. Podrá acordarse también la mejora del embargo en los casos previstos en el apartado cuarto del artículo siguiente.".

Tengamos en cuenta que a nadie en su sano juicio se le ocurriría ejecutar una hipoteca por un procedimiento diferente del especial si no fuese porque hay alguna razón que lo justifique, pues lo otro es realmente impensable. El problema es que si constreñimos demasiado nuestros conocimientos del derecho al final somos nosotros los que nos privamos de poder pensar al limitar voluntariamente nuestras fuentes de conocimiento y ocurre lo que vulgarmente se dice de que el árbol no nos deja ver el bosque, aunque lo peor es cuando no lo queremos ver o no nos importa su existencia.

Así pues, con la demanda de ejecución ordinaria, para poder pedir el embargo de otros bienes diferentes del ejecutado, a fin de justificar la pretensión en ella deducida, procedería aportar un informe de tasación emitido por una entidad habilitada para ello que permita hacer ver al Juez del Juzgado donde ha de ejecutarse la hipoteca por el referido procedimiento de ejecución ordinario, la insuficiencia de valor del bien para cubrir el total importe de la deuda reclamada y en función de ello salvar los obstáculos que de otro modo surgirían a la vista de la norma referida y así embargar otros bienes y derechos del deudor, ya que si en el título fijamos un valor en subasta superior al importe de la deuda, legalmente no sería permisible embargar más bienes a parte del hipotecado. Es más, ello a su vez ha de incidir de manera notable en la posterior subasta del bien, pues si no coincide el valor real con el prefijado habrá que pedir y aportar al juicio una nueva tasación de la finca, pues de otro modo podría no pujar nadie por ella lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 655 de la propia Ley Procesal, podría obstar a la subsistencia misma de la hipoteca, que podría cancelarse por analogía del **artículo 671** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** que dice así:.

"Subasta sin ningún postor Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado"

Téngase en cuenta que el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento establece la aplicación de las normas del ejecutivo ordinario al hipotecario, sin perjuicio de las especialidades fijadas para este procedimiento especial.

La consecuencia de esto, como ya es sabido, es que el bien hipotecado, lógicamente, no se embarga sino que el embargo se practica sólo sobre los demás bienes mientras que, en lo que al bien hipotecado se refiere, lo que se podría practicar es la misma nota marginal que se realiza con la ejecución hipotecaria ordinaria, para dejar constancia de que la hipoteca se está ejecutando y respecto de todos los bienes afectados por la ejecución, luego de anotado el embargo sobre los bienes no hipotecados, también se obtendrá el certificado de cargas y títulos conforme al **artículo 688** de la repetida Ley:

"1. Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del art. 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro.

2. El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere.

En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución.

3. Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación.", pero en principio sólo se tasarán los bienes embargados no hipotecados, salvo que en la hipoteca se haya omitido determinar el valor en subasta de los bienes afectos por ella o que haya disminuido notablemente su valor, según lo antes dicho, (no olvidemos que una cosa es la responsabilidad que se fija frente a terceros como cobertura y afección de las fincas hipotecadas y otra cosa diferente es su valor en subasta, que puede no estar fijado) y después ya se sacaría a subasta por el procedimiento ordinario de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley de Enjuiciamiento. Se plantea aquí el tema del título inscrito, teniendo en cuenta, por otra parte, que si se ejecuta la hipoteca por el procedimiento especial las causas de oposición son muy diferentes de cuando se trata del procedimiento ordinario de ejecución de títulos no judiciales, y que además en la ejecución de la hipoteca la base es el título inscrito y sólo lo inscrito, de conformidad con lo que hemos visto, mientras que si hablamos de la ejecución ordinaria, la base, sin perjuicio de la inscripción de la hipoteca, será el documento público de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** donde se dispone que :

"Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

...

4º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes"

Hay que considerar, por otra parte, a los efectos de la inscripción que en ella deberá constar el sistema de liquidación del préstamo cuando sea a tipo de interés variable o en divisas y lo mismo si se trata de una cuenta de crédito de conformidad con los artículos 572 a 574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables al caso por propia disposición legal (artículo 681 de la misma).

Como hemos visto pues, se trata de seguir un procedimiento de ejecución ordinaria aunque con algunas salvedades o especialidades propias de la ejecución hipotecaria, sin que haya nada que lo impida, si bien es evidente que cuando los humanos queremos poner obstáculos a las cosas no hay quien nos gane, aún cuando nada impida realmente llevar a cabo actuaciones como las que se proponen, ni hay disposición legal que lo prohíba, sino que con un poco de buena voluntad se consiguen las cosas, sin mayor problema; el problema en realidad somos nosotros mismos cuando no ponemos voluntad de solucionarlo. Seguidamente veremos como hay supuestos en los que la Ley Procesal no prevé la solución y cómo, si el caso lo requiere, hay que dársela para evitar incumplir lo que la propia norma legal establece con carácter primordial pues, de otro modo, incurriríamos en un incumplimiento de dicha norma, lo cual, teóricamente, está prohibido. Aquí hemos visto como se puede llegar a obstaculizar la ejecución de un derecho real de garantía hasta el extremo de casi inutilizarlo o mejor disminuyendo sus posibilidades y como decimos ello va contra la esencia de la norma, pues si hablamos de un derecho real de garantía su finalidad es asegurar el cobro de una deuda y si el derecho está inscrito es que existe pero, si lo convertimos en inejecutable, estamos conculcando de algún modo el derecho del acreedor, cuando por otra parte no hay una realidad imperativa que lo impida, y en definitiva el derecho a la tutela judicial efectiva del que muchas veces nos olvidamos, incomprensiblemente.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA HIPOTECA DE MÁXIMO EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153-BIS DE LA LEY HIPOTECARIA.

La segunda de las cuestiones objeto de planteamiento en la presente exposición se refiere a la nueva regulación que respecto a la hipoteca de máximo se contiene en la Normativa que se introduce por Ley 41/2007 por medio del artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria, que con su nueva redacción viene a desarrollar, sólo en relación con las entidades de crédito, el ya antiguo y anticuado texto del **artículo 153** de la propia Ley reguladora de esta institución referente a la hipoteca constituida en garantía de cuentas corrientes de crédito, cuyo párrafo primero dice así:

"Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable; y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido

en los arts. 129 y ss. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3ª art. 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.

Para ello será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice.

....

No obstante, en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de ahorros y Sociedades de crédito debidamente autorizadas podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora. En este caso, para proceder a la ejecución, se notificará, judicial o notarialmente, al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad.

Si el deudor opusiere error, el Juez competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de una de las partes, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.

...

Opuesta por el deudor alguna de estas excepciones, no podrá aducirlas nuevamente en los juicios ejecutivos que, para hacer efectivo dicho saldo, puedan entablarse, sin perjuicio de que en su día ejercite cuantas acciones le competan en los procedimientos civiles o criminales correspondientes"

Lo primero que resulta de la lectura de este artículo es que no está adaptado a la nueva normativa, ni a la Ley de Enjuiciamiento Civil 8/2000 ni a la Ley 41/2007 que recientemente ha modificado la Ley del Mercado Hipotecario y la Ley Hipotecaria. Lo segundo es que en relación con el epígrafe anterior vemos como aquí se hace nuevamente referencia a la posibilidad de entablar una ejecución ordinaria con base a un título hipotecario, conforme antes ha quedado dicho.

Efectivamente, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria regula la hipoteca de máximo, de manera harto imprecisa, o más bien limitada puesto que se refiere solo a las cuentas corrientes de crédito, sin precisar claramente de qué clase de cuentas se trata, hasta el extremo de que su regulación real ha venido a ser definida por medio de numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que desde el año 1.988, aproximadamente, dando un golpe de timón respecto de criterios existentes anteriormente al respecto, decide, de manera unilateral y, en mi opinión exagerada, que la hipoteca de máximo, en primer lugar, en virtud del principio de especialidad, solo podrá admitir en el seno de la cuenta corriente que como consecuencia de ella se abre, entre acreditante y acreditado, operaciones de igual o similar índole o naturaleza, homogéneas, sin que en virtud de dicho principio de especialidad se permita utilizar la hipoteca de máximo como garantía que permite la apertura de una cuenta marco a través de la cual se puedan encuadrar operaciones heterogéneas respecto de un mismo deudor u obligado, de manera que, en el caso del otorgamiento de una escritura para la constitución de esta clase de garantías, en la que se pretende englobar operaciones de naturaleza heterogénea, el Registro dejaba de inscribir la hipoteca en su conjunto o se exigía la renuncia de aquellas cláusulas que pretendían encuadrar operaciones distintas unas de otras, sin más conexión entre ellas que el propio deudor u obligado que se comprometía a satisfacerlas, como por ejemplo créditos, préstamos, descuento de efectos, créditos documentarios, avales, etc. Establecía además la Dirección General de

lo Registros y del Notariado, con un criterio a mi juicio excesivamente rigorista, incluso extralimitado, que el encuadramiento o acogimiento en la garantía de máximo de las operaciones a las que se pretendía dotar de dicha cobertura producía, además, un efecto novatorio que extinguía la obligación anterior, de manera que, bajo esta perspectiva, se producía un doble efecto, primero la transformación de la obligación garantizada y, segundo, la extinción de la que se incorporaba a la garantía de máximo referida, como si de una novación extintiva se tratase por imperativo legal (en este caso de la Dirección General que así lo decidió por sí y ante sí). Con intención claramente peyorativa se las llegó a llamar "hipotecas sumidero", como si de un basurero se tratase. Lo paradójico es que una operatoria de esta índole ha sido siempre permitida para la ejecución ordinaria, de manea que siendo posible ejecutar con base a una cuenta donde se contabilizasen operaciones dispares como las comentadas, la Dirección General decidió que tal clase de deudas no podrían garantizarse mediante una hipoteca; algo totalmente absurdo, en mi opinión.

Es realmente una extralimitación actuar de esta manera y obligar a novar cuando si algo resulta evidente es que no existe contradicción entre la operatoria anterior y aquélla a la que se dota de garantía por medio de la cobertura de máximo referida y realmente una decisión de esta índole implica, en mi opinión, un claro desconocimiento de lo que es un derecho real de garantía cuya finalidad no es la de novar obligaciones sino la de ampararlas con una cobertura real específica, de acuerdo con los artículos 104 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en relación con sus correlativos, artículos 1.876, siguientes y concordantes del Código Civil, teniendo en cuenta, por otra parte, que el principio de especialidad no puede constreñir de este modo el crédito ni menos todavía producir tales efectos novatorios, impuestos no por Ley sino en virtud de un simple criterio de un órgano administrativo que en modo alguno está facultado para producir jurisprudencia, aunque a veces lo haya pretendido. Se podría alcanzar el mismo efecto con un simple reconocimiento de deuda, salvo por la circunstancia de que con ello no se obtiene crédito a futuro, con lo que tales criterios lo único que consiguieron fue restringir el crédito hipotecario pese a que la propia Dirección General en numerosas resoluciones decía defenderlo, como argumentaba que no cabía inscribir las prohibiciones de disponer o arrendar el bien hipotecado.

Al efecto debemos tener en consideración cuanto se establece en los artículos 1.203 y siguientes del propio Código, relativos a la novación, donde se dispone que la novación extintiva no se producirá sino cuando expresamente se pacte o cuando entre la obligación nueva y la anterior exista una contraposición absoluta; entendemos pues que se trataba de una regulación exagerada e innecesaria con un efecto negativo e impropio, al mismo tiempo, si tenemos en cuenta que la función de la DGRN por mucho que se la considere y exalte no es la de crear doctrina ni menos la de innovar ya que la doctrina la crean los Tribunales de Justicia y, en particular, el Tribunal Supremo y, a lo sumo, a la DGRN lo que le compete es unificar criterios dentro del marco legal estricto de la norma hipotecaria y demás materias de índole registral. La hipoteca, en definitiva, es la garantía real de una deuda y a estos efectos lo que se precisa es clarificar el bien afecto al pago y la deuda que de este modo queda cubierta, sin otra complicación, siendo esto lo que la Ley realmente viene a resolver de manera prácticamente definitiva aunque con una cierta imprecisión, como veremos.

Así pues, durante cerca de veinte años, la hipoteca de máximo ha estado tan restringida que se ha venido a usar cada vez menos, dado que su finalidad específica, de algún modo, quedaba desvirtuada con tales restricciones sin que se quiera ocultar que, en ocasiones, se utilizara con objeto de obtener una cobertura lo más amplia posible respecto de un conjunto de obligaciones de muy diferente naturaleza, sin más relación una con otra que pertenecer a un mismo deudor y a veces ni siquiera eso. De hecho, recientemente aún, este mismo año acaba de pronunciar la referida Dirección General dos Resoluciones a instancias de Bancaja en las que se trata el tema del préstamo a tramos,

donde el Registro correspondiente se había opuesto a su inscripción por considerar que se trataba de una hipoteca en garantía de varios préstamos, lo que por su parte se consideraba no admisible, exigiendo para su cobertura el otorgamiento de varias hipotecas de igual o simultáneo rango.

La cuestión que se plantea ahora es si puede considerarse lícita esta clase de operaciones lo que a nuestro juicio así es ya que, de conformidad con el principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil, nada lo impide, y tampoco es cierto que el principio de especialidad hipotecario se oponga a ello cuando se actúa de este modo si tenemos en cuenta la especial naturaleza de la hipoteca de máximo, de manera que, si bien lo consideramos, tratándose de una hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito, nada obsta a que en ella se puedan incluir cualesquiera operaciones realizadas por el cliente en relación con la misma y con arreglo a los pactos que se establezcan al respecto entre las partes; no se diga que por el hecho de tratarse de una cuenta corriente de crédito la novación se produciría automáticamente con el adeudo en ella de las operaciones cuya garantía se persiga, puesto que el hecho de que la contabilización se produzca a efectos de la cobertura en una única cuenta no implica la novación que como consecuencia de ello requería la DGRN en sus resoluciones comentadas. Lo ahora establecido, en realidad, viene a enlazar con lo ya dicho en cuanto al artículo 12 de la Ley Hipotecaria de manea que aquí lo que existe es una obligación unificada como resultado final de unas deudas agrupadas con referencia a una misma cuenta que las aglutina y es esta obligación la que se garantiza con hipoteca, sin perjuicio de que a su vez la misma pueda descomponerse en otras varias de diferente índole, siempre que ante la garantía aparezca debidamente unificadas o agrupadas y suficientemente identificadas.

El problema que ahora se plantea aflora como consecuencia de la aplicación de la propia normativa, siendo ello así por cuanto que ésta se limita a las entidades de crédito y Administraciones Públicas, de manera que la facilidad no se concede en general sino solo en cuanto a las primeras a aquellas reguladas o encuadradas en el artículo 2 de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario, cuyo privilegio en realidad no es una discriminación sino la consecuencia de que las entidades de crédito están sujetas a unos controles mucho más rigurosos que los demás comerciantes en general.

No se trata por otra parte de una distinción actual tan discriminatoria como pueda parecer si tenemos en cuenta que, en el antiguo texto, hoy también vigente, del artículo 153, ya se establecía la diferencia entre operaciones realizadas con entidades de crédito y con otros acreedores distintos, de manera que la Ley Hipotecaria, continuando con lo establecido en el artículo 153 crea el artículo 153-bis sobre la misma base subjetiva, sin derogar aquél, a efectos de poder utilizar la sistemática que allí se previene. Tengamos en cuenta que cuanto antecede ya tiene su apoyo en lo establecido en el artículo 1435 de la antigua LEC que igualmente establecía la discriminación en favor de las entidades de crédito respecto de las ejecuciones mediante certificación a efectos de determinar la liquidez del saldo de la cantidad reclamada, con el privilegio solo en favor de dichas entidades de crédito que era vetado a los demás, cosa que hoy no ocurre a la vista de los artículos 572 a 574 LEC, cuya disposición, a su vez, tenía su origen en la inicial Orden Ministerial de 21 de Abril de 1.950, donde por primera vez se estableció el sistema de liquidación de saldos de cuenta en entidades de crédito en los términos que hasta ahora vienen exponiéndose. En cualquier caso la modificación efectuada en la forma que se ha hecho es bastante deficiente, o al menos así lo parece, pues si bien la consideramos vemos que permite establecer tres tipos de operatorias para prácticamente lo mismo, los del 153-bis para Administraciones y entidades de crédito, las de bancos, cajas y entidades de crédito del artículo 153 y las de los demás del propio artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Por lo dicho, también, llegado el momento, quedaron igualmente restringidas o sin utilizar por las dificultades que presentaban las que se denominaban hipotecas en superposición de garantía cuando en un mismo deudor había muchas deudas de diferente naturaleza, por las razones ya referidas en cuanto a la hipoteca de máximo por el efecto novatorio que también exigen los Registros para estos casos, aunque también hay que decir que los criterios registrales fueron muy distintos según quien lo interpretase, dado que no todas las cuestiones terminaban en la DGRN. Hay que reconocer que la Dirección General ha tenido en ocasiones planteamientos geniales sin soporte legal verdadero, como por ejemplo en el reconocimiento de deuda abstracto donde exigía el reflejo de la causa para admitirle efectos registrales.

En definitiva, al momento actual, se establece de acuerdo con la nueva redacción del **artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria** que:

"También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los arts. 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Vemos así que no se modifica el artículo 153 de la Ley al que, como hemos dicho, se superpone.

Subsisten, naturalmente, las menciones obligatorias derivadas de los artículos 681, 695 y 153 de la Ley Hipotecaria, aunque como decimos se superponen dos tipos de certificaciones para liquidar el saldo, la del artículo 153 y la del 153-bis. No queda claro tampoco si hay que efectuar el requerimiento previo del artículo 153 o si basta con actuar con arreglo a los artículos 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento o conforme a los artículos 681 y siguientes de la misma.

Observamos así cómo en el último párrafo se permite la ejecución extrajudicial, con referencia al artículo 129 de la Ley Hipotecaria y se prevé la certificación de saldo con arreglo al citado artículo 153, si bien, como se ha dicho, desaparece ya el efecto novatorio tan perjudicial y que tanto retrajo al crédito de esta clase de garantías.

Se extiende en esta ocasión la garantía en favor de las Administraciones Públicas e incluso de la Seguridad Social, y en consonancia con la rectificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria prevé un mínimo de menciones en relación con la identificación de la operación, de manera que, de acuerdo con su propia denominación, basta con describir los actos jurídicos básicos que quedan incorporados a la deuda cubierta, que se fijará por medio de la cantidad máxima a pagar en un plazo y la forma de cálculo de la base final líquida que se podrá realizar en los términos previstos en el artículo 153 de la propia Ley, en relación con los artículos 572 a 574 de la LEC, si bien limitado a las entidades de crédito y administraciones de conformidad con lo ya dicho. No queda claro por otra parte si subsiste el peculiar proceso o si se engloba en la regulación genérica de los artículos 861 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo concluir desde luego que quien ha preparado la reforma que vemos no es precisamente un procesalista de gran calado. No obstante la modificación de la norma en los términos expuestos puede considerarse de una gran trascendencia ya que el artículo 153 estaba necesitado de una urgente y definitiva reforma y, por otra parte, una modificación de esta naturaleza es congruente con la nueva redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 130 de la misma, que también ha sido objeto de modificación, donde se establecen las menciones básicas de la obligación garantizada con hipoteca, de acuerdo con el párrafo primero del referido artículo 12 respecto al:

"importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración".

Podemos comprobar también por lo demás cómo, de acuerdo con la propia disposición, párrafo segundo, el resto de los pactos contenidos en la escritura de otorgamiento de la hipoteca no son trascendentes, cuando dice que:

"las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización", y que por lo tanto no son menciones esenciales de inscripción obligatoria sino que solo son objeto de mención en la misma.

Todo ello tiene que ver a su vez con la esencia del título inscrito de acuerdo con el artículo 130 donde delimita el ejercicio de la acción "*como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*".

Al efecto conviene destacar nuevamente lo dispuesto en este artículo de la Ley Hipotecaria, teniendo en consideración que la base del procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados es el título inscrito, pero no en cuanto al documento referenciado en el Registro sino solo en cuanto a la parte del mismo que en el Registro conste inscrito, lo que a su vez requiere una especial atención, tanto por parte del Registrador como de los interesados, ya que una omisión o referencia específica insuficiente o escasa de un pacto de trascendencia para la determinación del saldo podría producir un perjuicio grave al impedir la ejecución hipotecaria de la garantía que, como antes decíamos, podría producir incluso el efecto de impedir su ejecución por el procedimiento ejecutivo ordinario al no ser posible la ejecución expresamente regulada en la LEC en relación con la normativa que aquí comentamos si lo que pretendemos es ejecutar el título hipotecario.

3. LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DE OPERACIONES CON ENTIDADES DE CRÉDITO, A LA VISTA DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 2/1981 DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO.

Una de las cuestiones de más interés que trata la referida Ley 41/2007, que aquí estamos analizando, es la modificación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario nº 2/1981 de 25 de Marzo, cuyo texto actual pasa a ser el siguiente:

"Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el art. 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe"

Conviene compararlo con el anterior texto del mismo artículo que igualmente excluía o, por decirlo de otra manera, protegía al acreedor bancario en caso de hipotecas constituidas dentro del período de retroacción de la quiebra, cuyo texto, a su vez, era el siguiente:

"Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el art. 2º sólo podrán ser impugnadas al amparo del párr. 2º del art. 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél"

Cuanto antecede tiene especial relevancia a la vista de la nueva redacción dada asimismo al artículo 4 de la Ley 2/1981 respecto a las hipotecas que quedan englobadas dentro de la repetida Ley, de manera que así como antes eran solo algunas las que se permitía quedasen englobadas en el esquema de la misma, actualmente, por el contrario, son prácticamente todas las encuadrables en el artículo 4 de dicha Ley, cuyo texto, párrafo primero, dice así:

"La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley 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 art. 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad.

Las disposiciones de los préstamos cuya hipoteca recaiga sobre inmuebles en construcción o rehabilitación, podrán atenerse a un calendario pactado con la entidad prestamista en función de la ejecución de las obras o la inversión y de la evolución de las ventas o adjudicaciones de las viviendas"

Por el contrario, el antiguo texto del artículo 4, párrafo primero, igualmente decía:

"La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, 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."

Es notable la diferencia de ambos artículos en sus dos diferentes versiones, pues el antiguo se refiere a obra o actividad financiada con la operación hipotecaria, mientras que el actual se refiere a cualesquiera otros préstamos y aunque añada "en las condiciones que se establezcan en esta Ley" la realidad es que esta no impone condición alguna si la analizamos con detenimiento.

Pues bien, la modificación establecida al amparo de estos dos artículos (10 y 4) de la Ley 2/1981, modificados por la Ley 41/2007, viene a quebrar profundamente la unidad de criterio aplicable al supuesto de la reintegración, sustitutiva de la antigua retroacción de la quiebra, cuyo artículo 71 se refiere a una serie de supuestos de carácter tanto objetivo como subjetivo que de este modo quedan desvirtuados en beneficio o para ventaja de las entidades de crédito en general, según se recogen o enumeran en el artículo 2 de la Ley 2/1981 que de este modo pasan a tener tratamiento distinto en cuanto a las acciones de reintegración de forma notable y casi diríamos que discriminatoria respecto de los acreedores del concursado.

En particular el **artículo 71 de la Ley Concursal**, en lo que al presente tema se refiere, regula la cuestión de manera general, sin la excepción a que nos referimos, en su apartado 3.2º en los siguientes términos:

"3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

...

2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas"

A su vez los apartados 4 y 5 del propio artículo dicen lo siguiente:

"4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados"

Particularmente difícil de interpretar resulta la expresión que se utiliza en el actual texto del artículo 10 respecto a que "la Administración concursal ... tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen" para que sea de aplicación el artículo 71 de la Ley 22/2003, de manera que si tenemos en cuenta que la referida disposición tiene que ver no solo con la "reintegración" propiamente dicha sino con la específica "resolución contractual" dentro del concurso de acreedores, en relación con las acciones rescisorias ordinarias de los artículos 1.290 y siguientes de la LEC, si como se ve de la simple lectura del artículo 10, éste tiene que ver, en general, con el artículo 71 de la Ley concursal y no solo con los supuestos específicamente recogidos en el Código Civil de rescisión por fraude, dado que el fraude propiamente dicho es una de las causas de rescisión, cabe pensar que el fraude al que se refiere como tal, es el que se recoge en el artículo 1.297, y teniendo en cuenta, por otra parte, que la rescisión por fraude en realidad no es una institución propia de la Ley concursal sino del derecho común, es claro que la referencia que se hace al fraude es la específica que resulta al final del artículo al fraude de acreedores, excluyendo los demás supuestos de reintegración concursal del propio

artículo así como no cabe pensar que con tal referencia se haya remitido a los supuestos de culpabilidad en el concurso, recogidos en los artículos 164 y concordantes de la propia Ley concursal.

En concreto el artículo **1.291 del Código Civil** dice que son actos y contratos rescindibles:

"... 3º) Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. ..."

No define pues cuál es el fraude sino que solo lo enuncia, pero el **artículo 1.297** establece a título de presunción pero sin excluir otras posibilidades que:

"Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes"

Habría que recoger aquí también otros supuestos de fraude de construcción jurisprudencial, como la constitución de hipotecas que agotan el patrimonio del deudor, pero la cuestión surge cuando este patrimonio ya está agotado a priori, como suele ocurrir en los concursos de acreedores.

No obstante la realidad es que resulta sumamente confuso y difícil de aplicar cuanto en la disposición referida se expone, si bien, como elementos de referencia, a nuestro juicio, cabe considerar que, en primer lugar, podría apreciar el fraude desde un punto de vista estricto en los supuestos de actos de disposición a título gratuito pero, no queda tan claro cuando se trata de actos realizados a título oneroso puesto que es por lo menos dudoso que garantizar a alguien anticipadamente su deuda pueda considerarse fraude tratándose de operaciones preexistentes, debiendo tener en cuenta que, en cualquier caso, a los efectos de fraude deberíamos remitirnos, en el peor de los casos, a los supuestos expresamente previstos en los artículo 1.297 y **1.298 del Código Civil**; este último en concreto dice lo siguiente:

"El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas"

No obstante hay algo que debe quedar claro en principio y es que los supuestos de mero perjuicio económico para la masa no deberían ser considerados fraudulentos, salvo que el fraude real se pruebe, teniendo en cuenta que lo que se presume es la buena fe, debiendo poner además su relación el artículo 10 con el 4, ambos ya referidos, en relación con lo previsto en este último sobre que quedan incluidas en el seno de la Ley todas las operaciones de préstamo hipotecario, incluso las de refinanciación, no solo las que financian promociones o edificaciones como ocurría antes de acuerdo con el texto derogado del antiguo artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario. Fundamental para analizar la cuestión es considerar lo que al final del artículo 10 se dice sobre que "quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe" si tenemos en cuenta que la Ley 2/1981 se refiere principalmente a las titulizaciones hipotecarias y que actualmente la mayoría de las hipotecas de los bancos están titulizadas. La cuestión que aquí se plantea sería la de considerar cuál sería el efecto de la rescisión puesto que si el bien no se puede dejar sin hipoteca cancelándola puesto que ha sido cedida al titulizar

el préstamo solo cabría que devolviese su valor (el del bien hipotecado) o lo que ha cobrado por él al titulizarlo, lo cual puede resultar un tanto complicado.

Queda pues por dilucidar al máximo cuál puede ser el contenido de la referencia al fraude que se expresa en el artículo 10 citado, así como sus efectos, puesto que fraude, como tal, tiene que ser dolo como lo conceptúa el Código Civil por lo menos, y, en su consecuencia, no cabe hablar respecto del mismo de cualquier clase de culpa, ni siquiera de la culpa grave y, por lo tanto, con el carácter restrictivo que corresponde a la interpretación de un criterio de esta naturaleza que, en nuestra opinión, se estaría refiriendo, exclusivamente, a los casos en los que la Ley así lo conceptúa y en concreto a los previstos en los artículos ya citados 1.297 y 1.298 del Código Civil, pero además con la particularidad de que, en el peor de los casos, la acción rescisoria para su ejercicio debería plantearse en los propios términos que en el Código Civil se establece, es decir, tal y como establece el artículo 71 de la Ley Concursal, y por lo tanto con el plazo de caducidad de cuatro años que en el artículo 1.299 se fija y con el carácter de subsidariedad previsto en el artículo 1.294 del propio Código Civil, con las particularidades previstas en el artículo 1.295 sobre la restitución de prestaciones tal y como por otra parte se recoge en el artículo 73 de la propia Ley concursal. De especial dificultad será la consideración que hagamos del criterio de subsidiariedad referido en un concurso donde deberemos distinguir la fase de formación de la masa de la de convenio y en particular si dicho convenio se alcanzase, aunque fuese con quita.

Enunciada pues la cuestión habrá que esperar mucho tiempo o que la jurisprudencia la defina.

Para acabar debemos apuntar también una cuestión de prioridades sobre si primero habrá que actuar sobre los bienes directamente reintegrables conforme al propio artículo 71 de la Ley Concursal y continuar luego con los contratos rescindibles por fraude de acreedores.

D. Eugenio Mata Rabasa
Abogado

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana