

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16907 *Resolución de 8 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Vigo n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, notario de Vigo, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Vigo número 3, doña María Purificación Geijo Barrientos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario, por no aplicarse el único y uniforme régimen jurídico de la total obligación (la que resulta de la suma del antiguo y del nuevo principal) a la responsabilidad hipotecaria de los intereses ordinarios, moratorias, costas y gastos.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 2 de enero de 2020 ante el notario de Vigo, don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, con el número 4 de protocolo, la entidad mercantil «P&C Asesoramiento y Gestión, S.L.» formalizó, junto con «Banco Santander, S.A.», una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario.

II

Presentada el día 1 de febrero de 2021 copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Vigo número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente título, así como los demás datos obrantes en este Registro de la Propiedad, se acuerda calificación negativa en base a los siguientes:

Hechos:

1) El día 2 de enero de 2020, se otorgó ante el Notario, Don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, escritura de novación de préstamo hipotecario [sic].

2) En el instrumento público al que se refiere el punto 1 anterior de los presentes hechos, se contemplan las características del préstamo que ha sido documentado el 1 de abril de 2016, y que son las siguientes: 33.000 euros (importe de principal del préstamo), tipo de interés remuneratorio nominal anual, euribor HIP. 1 año+1,99, tipo de interés de demora, más 10 puntos.

3) Del expositivo I, del documento público al que se refieren los puntos anteriores de los presentes hechos, resulta lo que a continuación se transcribe: "responsabilidad hipotecaria: indicar los importes de los que responde la finca hipotecada por: principal:33.000 euros, intereses remuneratorios: 2.722,5 euros, intereses de demora: 9.900 euros, costas y gastos: 6.600 euros para costas y 1.650 euros para gastos. Total: 53.872,50 euros. La situación actual del referido préstamo es la siguiente: a) capital pendiente de amortizar: 23.986,03 euros. b) fecha de la última cuota satisfecha: 31 de diciembre de 2019. c) fecha de la próxima revisión del tipo de interés: 30 de abril de 2020. d) tipo de interés actual: 1,874%".

4) Bajo el epígrafe relativo a la responsabilidad hipotecaria de la finca se hace constar que, el importe del principal de la ampliación asciende a la cantidad de 16.013,97 euros, intereses ordinarios de 12 meses al tipo nominal pactado, señalándose a efectos hipotecarios un tipo máximo del 1,99%, hasta un máximo de 318,68 euros, intereses de demora de 3 años al tipo nominal resultante de lo establecido en la cláusula financiera correspondiente, señalándose a efectos hipotecarios un tipo nominal anula máximo del 4,99%, hasta un máximo de 2.397,29 euros, costas y gastos de ejecución hasta un máximo del 5% del capital, equivalente a 800,70 euros, por lo que la cifra a la que asciende la responsabilidad hipotecaria total correspondiente a la ampliación es de 19.530,64 euros.

5) Del mismo epígrafe de la escritura a la que se refiere el punto anterior de estos hechos, también resulta que “como consecuencia de la ampliación de hipoteca referida en el párrafo anterior, la finca hipotecada... pasa a responder de los siguientes conceptos: principal del préstamo: 49.013,67 euros, intereses remuneratorios de hasta un máximo de 3.041,18 euros, intereses moratorios de hasta un máximo de 12.297,29 euros, costas y gastos de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, en su caso, hasta un máximo de 9.050,70 euros. Por tanto, la finca hipotecada queda respondiendo hipotecariamente por la suma de todos los conceptos expresados anteriormente, una vez formalizada la ampliación citada, a la cantidad de 73.403,14 euros”.

Fundamentos de Derecho:

Uno de los principios sustentadores del Sistema Inmobiliario Registral Español es el de Determinación o especialidad, el cual, y circunscribiéndolo al ámbito del crédito hipotecario, exige una adecuada concreción, con todas las circunstancias exigidas y analizadas por la normativa y doctrina aplicables, de las vertientes objetiva y subjetiva del mismo. Ciñéndonos a la vertiente objetiva, y más específicamente, al crédito, cabe recordar que, la hipoteca se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho accesorio respecto de la obligación que garantiza (no otra cosa se deduce, desde el punto de vista normativo, de artículos tales como el 1528 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), de tal manera que, el citado derecho real de garantía sigue el destino marcado por la expuesta obligación. En este orden de cosas, para cumplir con las citadas exigencias, debe observarse la necesaria homogeneidad en los términos definitorios de la obligación garantizada, lo que, a su vez, tiene repercusiones por lo que, a la extensión objetiva, respecto del crédito garantizado, se refiere, y, especialmente, en casos como el que causa la presente nota de calificación. Ahondando en esta cuestión, procede decir que, y tal y como ha puesto de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado (referencia que debe entenderse hecha, en el momento presente, al organismo denominado, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en sus resoluciones de 12 de mayo de 2011 ó 19 de septiembre de 2017, los casos de ampliación de hipoteca deben ser tratados, a efectos prácticos, como una segunda hipoteca, y ello a pesar de que, extraregistralmente, y atendiendo a las relaciones entre las partes, se haya producido una unificación de las obligaciones (la resultante del préstamo concedido en su momento, y la resultante del préstamo causante de la ampliación). En supuestos fácticos como el que se está analizando, y a efectos registrales, y por lo tanto, teniendo presente las repercusiones frente a tercero, básicamente, cabrían tres formas de tratar la cuestión: configurar la operación, registralmente, como una sola obligación garantizada con una sola hipoteca (siempre que así se solicite expresamente, y sea viable por la no existencia de terceros), lo que, a su vez, exige un régimen uniforme en cuanto a los tipos, y en su caso, plazos aplicables, configurar la ampliación como una segunda obligación garantizada con su hipoteca correspondiente, y, por lo tanto, con el rango hipotecario que el principio de prioridad registral determine, o acudir, siempre y cuando se cumplan los requisitos aplicables, a la figura de la hipoteca recargable introducida en nuestro Derecho por la Ley 41/2007, de 9 de diciembre.

Si se adapta lo expuesto al supuesto fáctico motivador de la presente nota de calificación, procede indicar que, de la documentación calificada no resulta con claridad si se quiere configurar la obligación resultante del préstamo inicialmente concedido y la obligación nacida de la ampliación como una sola obligación o no; en el caso de que así sea, y tal y como resulta de los hechos de esta nota de calificación, esa aparente uniformidad no es tal, ya que, y como se pone de manifiesto al fijar el límite de la responsabilidad hipotecaria a la que quedará sujeta, en su caso, la finca, tenemos, por un lado, una responsabilidad por intereses ordinarios (correspondiente a la obligación inicialmente surgida) calculada sobre un determinado tipo de interés, y una responsabilidad por intereses moratorios (correspondiente también a la obligación inicialmente surgida) calculada a un determinado tipo de interés, y por otra parte, tenemos una responsabilidad por intereses ordinarios y de demora surgida de la ampliación instrumentada, y que se ha calculado a unos tipos de interés diferentes a los expuestos, y dichos importes se han sumado para dar como resultado una responsabilidad total por estos conceptos, que no tiene como base de cálculo un régimen uniforme, ya que, dicha uniformidad también exige que, sobre la parte del capital pendiente de amortizar y resultante del primer préstamo concedido, se apliquen los nuevos tipos de interés ordinarios y de demora pactados.

Por lo tanto, por no resultar con claridad, de la documentación calificada, el tratamiento registral que debe darse a las analizadas operaciones, ante lo cual se exige la correspondiente aclaración, y, en el hipotético caso de que pretenda configurarse como una sola obligación (como así parece resultar de la mencionada titulación), por no guardar la debida uniformidad a la que se acaba de hacer referencia, no es posible acceder a la petición de registración formulada.

En consecuencia, en virtud de dichos hechos y fundamentos de derecho, y dado el carácter subsanable del defecto advertido, se acuerda suspender la realización de las operaciones registrales solicitadas.

Vigo, a 10 de mayo de 2021.

La Registradora, Fdo., María Purificación Geijo Barrientos.

Contra esta nota de calificación (...)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, notario de Vigo, interpuso recurso el día 18 de junio de 2021 en base a lo siguiente:

«Relación de hechos:

A- (...)

C- El Notario autorizante está en completo desacuerdo con la calificación registral por los siguientes

Fundamentos de Derecho:

En relación con la operación que se pretende inscribir, la Registradora plantea tres posibles interpretaciones. En estas tres opciones ella misma indica que la primera debe ser solicitada expresamente y cumplir una serie de requisitos. Esta opción no ha sido solicitada expresamente ni cumple tales requisitos. La tercera opción tiene un régimen legal específico, como ella misma señala, que no es objeto de esta escritura. Y la segunda opción, ella misma indica que es la interpretación general de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública según fundamenta en base a una serie de resoluciones.

Por lo tanto, y en base a lo indicado en el párrafo anterior, no se entiende qué es lo que no entiende la Registradora calificante del título. No se pide un esfuerzo interpretativo que exceda de sus competencias. Si la Registradora plantea tres opciones, de las cuales no se cumplen los requisitos en dos de ellas ni se han solicitado expresamente, y la tercera opción es la que debe ser aplicable según la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, lo único que se pretende es una mínima labor interpretativa dirigida a inscribir la escritura anteriormente indicada.

Por todo lo anterior,
Se solicita:

La revocación de la nota de calificación y declaración de inscribibilidad de la escritura».

IV

La registradora de la Propiedad de Vigo número 3, doña María Purificación Geijo Barrientos, emitió el preceptivo informe con fecha 2 de julio de 2021, en el que confirmó el defecto recurrido, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1212, 1528, 1857 y 1860 del Código Civil; 12, 24, 25, 104, 114, 115, 122, 123 y 144 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 220 del Reglamento Hipotecario; 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; las Sentencias Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, 13 de septiembre de 2013, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 5 de noviembre de 1999, 26 de mayo de 2001, 17 de enero, 25 y 30 de abril, 3 de julio y 2, 4 y 14 de septiembre de 2002, 10 de agosto y 10 y 13 de octubre de 2006, 16 de julio de 2007, 1 de diciembre de 2008, 14 de marzo y 29 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010, 12 de mayo de 2011, 26 de noviembre de 2013, 24 de febrero de 2014, 8 de abril y 14 de mayo de 2015, 13 de abril y 26 de octubre de 2016 y 19 de septiembre de 2017.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso se concreta en determinar si está correctamente fijada la cifra de responsabilidad hipotecaria por los conceptos correspondientes a intereses, intereses de demora y costas y gastos en una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario.

En concreto la hipoteca inicial se constituyó, por lo que aquí interesa, en garantía de: a) 33.000 euros, importe del principal del préstamo; b) un año de intereses remuneratorios, calculados conforme a la cláusula financiera 3.^a -intereses ordinarios y tipo de intereses variable-, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por interés ordinario, éstos solo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo del 8,25% anual, que asciende a 2.722,50 euros; c) tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula financiera 6.^a -intereses de demora-, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por interés de demora, éstos solo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo del 10,00% anual, que asciende a 9.900 euros; d) y de 6.600 euros, que se fijan para costas, y 1.650 euros que se fijan para gastos, incluidos en estos últimos los conceptos a que se refiere la cláusula 8.^a (seguros, tributos y conservación de la finca hipotecada) y cualquier otro gasto relativo a la finca hipotecada que pudiera ser preferente al crédito del acreedor.

En la escritura objeto de este recurso las partes pactan la novación modificativa del referido préstamo, ampliando el principal del préstamo en 16.013,97 euros, manteniendo un tipo de intereses variable y estableciendo como tipo de interés de demora en la

cláusula 2.^a, «el equivalente al interés ordinario pactado vigente en el momento de producirse la demora, incrementado en tres puntos porcentuales» (antes el resultado de añadir diez puntos al interés remuneratorio vigente en el momento de producirse la demora). En virtud de dicha ampliación del capital las partes acuerdan ampliar las responsabilidades hipotecarias garantizadas de la siguiente forma: a) por razón del principal ampliado, 16.013,97 euros; b) de sus intereses ordinarios de doce meses al tipo nominal pactado, señalándose a efectos hipotecarios un tipo máximo del 1,99%, hasta un máximo de 318,68 euros; c) de los intereses moratorios de tres años al tipo nominal resultante de lo establecido en la cláusula financiera correspondiente, señalándose a efectos hipotecarios un tipo nominal anula máximo del 4,99%, hasta un máximo de 2.397,29 euros; d) de las costas y gastos de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, en su caso, hasta un máximo de 5,00% del capital, es decir, 800,70 euros, incluidos en estos últimos los conceptos a que se refiere la condición que hace referencia a seguros, tributos y conservación de la finca hipotecada, y cualquier otro gasto relativo a la finca hipotecada que pudiera ser preferente al crédito del acreedor.

Asimismo, se señala que tras la ampliación las cifras totales por las que pasa a responder la finca hipotecada son las siguientes: a) Principal del préstamo: 49.013,97 euros; b) Intereses remuneratorios de hasta un máximo de 3.041,18 euros; c) Intereses moratorias de hasta un máximo de 12.297,29 euros; d) Costas y gastos de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, en su caso, hasta un máximo de 9.050,70 euros.

Es decir, como se señala en la nota de calificación, se fija la responsabilidad por intereses ordinarios y de demora con referencia a la cantidad ampliada, por tipos máximos distintos a los de la hipoteca inicial, y a continuación se suman estas nuevas responsabilidades a las iniciales ya garantizadas. Asimismo, se fijan unas cifras de responsabilidad hipotecaria para costas judiciales y gastos extrajudiciales, en unos casos disociadas (hipoteca primitiva), y en otros casos unificadas (ampliación de la hipoteca y cifras totales).

2. Partiendo de esos hechos, la registradora de la Propiedad calificante, después de hacer una referencia doctrinal a las tres posibilidades de tratamiento registral del derecho real de hipoteca en los supuestos de ampliación del capital, señala que del contenido de las distintas estipulaciones de la escritura de ampliación de capital no parece claro que la voluntad de las partes haya sido la constitución de una nueva y segunda hipoteca, sino más bien la modificación de la hipoteca existente, en cuyo análisis se extiende y cuyo régimen es el que considera aplicable.

A continuación, señala que, si como parece, lo que efectivamente se ha pretendido es la unificación de la garantía de las dos obligaciones pactadas (préstamo primitivo y ampliación) bajo el mismo y único derecho real de hipoteca, ello debe ser convenientemente aclarado porque tal como se ha pactado la nueva responsabilidad hipotecaria no es posible trasladar tal situación al folio real de la finca gravada porque ello exigiría la solicitud expresa de los interesados, que la misma sea viable por la no existencia de terceros, y que exista un régimen uniforme en cuanto a los tipos de interés ordinarios y moratorios, y en su caso, los plazos aplicables a la respectiva responsabilidad hipotecaria; siendo que en el supuesto que se califica se han determinado unos límites de cobertura hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios que no responden a un régimen homogéneo. Para llegar a esta conclusión, la registradora de la propiedad se funda principalmente en los principios de determinación, de accesoriedad, de indivisibilidad y de única prioridad de las hipotecas y en resoluciones de esta Dirección General.

El notario recurrente resumidamente señala que no es necesaria aclaración alguna porque de las tres opciones que se señalan en la nota de calificación solo una de ellas cumple los requisitos para su inscripción y, en consecuencia, esa es la que debe entenderse como pactada por acreedor y deudor.

Así, respecto de la primera opción (hipoteca única modificada), la misma nota recurrida indica que debe ser solicitada expresamente y cumplir una serie de requisitos, siendo que ni se ha sido solicitada expresamente su inscripción como tal recarga, ni se

cumplen tales requisitos. Respecto de la tercera opción (hipoteca recargable), la misma tiene un régimen legal específico, como se señala en la nota de calificación, que no es objeto de la escritura objeto del recurso. Y, respecto de la segunda opción (dos hipotecas con rangos distintos), su inscripción es posible y en la misma nota recurrida se indica que es la interpretación general de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por tanto, esta opción es la que debe ser interpretada como querida por las partes.

No analiza el notario recurrente si los términos concretos de las distintas estipulaciones se ajustan a esa interpretación que defiende, no pudiendo tampoco suponer su criterio, por sí mismo, que esa sea la verdadera voluntad de los interesados.

3. Como han señalado las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 2009 y de 12 de mayo de 2011, 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, de modo que al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho, toda vez que, frente a terceros, la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada.

Por ello –se decía–, la ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Si se tratara de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas, de modo que la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación en tanto que hipoteca de rango posterior (artículo 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. En caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. 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 hipoteca 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.

En suma, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (artículo 12 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, y esto es de especial interés, ha de tenerse muy en cuenta que los efectos de tal inscripción serían los que legalmente se derivaran de su propio objeto, rango (que viene determinado por la Ley conforme dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria) y demás principios configuradores de regulación hipotecaria, pero no de la voluntad de las partes.

4. Igualmente ha tenido ocasión de señalar la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución de 17 de enero de 2002) para las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad hipotecaria, que, si lo

querido por las partes es la subsistencia de la obligación inicial, aunque ampliado su contenido u objeto, debe quedar excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. artículo 1204 del Código Civil).

Tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación ya 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. artículo 71 de la Ley Concursal), la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. artículo 1924.3.a) en relación con el 1929 del Código Civil), etc.-, no habrá de entenderse que existen dos obligaciones. Sin embargo, 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 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda.

En todo caso, la solución al problema anterior no condiciona la que ha de darse al de la ampliación de la hipoteca pues el mismo se plantearía igualmente en el supuesto en que se pretendiera garantizar parte de una obligación originariamente única. Sería, por ejemplo, el caso en que garantizada con hipoteca una parte tan sólo de un préstamo (vid. Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996) conviniesen posteriormente las partes en extender la cobertura hipotecaria a otra parte del mismo o al resto no garantizado.

El efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario tuvo su expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que al modificar el artículo 4 de la Ley 2/1994, determinó en su apartado tercero que «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 ese incremento o ampliación», cuestión que debe interpretarse atendiendo a la doctrina de la Resolución de 14 de mayo de 2015.

Con ello, y por lo que atañe a la ampliación del importe de préstamo, se llega a reconocer explícitamente por el legislador, la doctrina que ya con anterioridad había preconizado esta Dirección General (cfr. Resolución de 17 de enero de 2002 y las citadas en los «Vistos»), especialmente con base en las disposiciones del Código Civil reguladoras de la novación modificativa -artículos 1202, 1203 y siguientes-, y de la legislación hipotecaria reguladoras del rango -especialmente artículos 17, 24, 25 y 134 de la Ley Hipotecaria-.

5. En cuanto a las concretas repercusiones que la novación modificativa del préstamo hipotecario (condiciones financieras y/o ampliación de capital) tiene sobre la hipoteca inscrita a la luz del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la citada Resolución de 14 de mayo de 2015 señaló que la correcta comprensión de ese artículo no puede fundamentarse en una aparente interpretación literal del precepto dada su difícil redacción, que no contribuye a aclarar suficientemente la exposición de motivos de la Ley 41/2007 que lo reforma, por lo que hay que acudir, como se ha hecho respecto a los efectos concretos de la pérdida del rango (no afecta a la hipoteca ya inscrita), a una interpretación fundamentalmente finalista y sistemática. Lo único que queda claro de la lectura del artículo de referencia es la existencia de dos supuestos diferenciados de pérdida de rango ya que en tal sentido se pronuncian los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo que utilizan las expresiones: «en estos casos», «en ambos supuestos» y «en ningún caso».

Respecto a la interpretación finalista, de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 resulta que la voluntad del legislador fue flexibilizar el derecho real de hipoteca ya que «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» por lo que se afirma en dicha Exposición de Motivos que «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, la prestación o modificación de las 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».

Congruentemente con esa intención de ampliar los supuestos de novación meramente modificativa, los párrafos segundo y tercero del artículo 4 de la Ley establecen, en primer lugar, en una correcta interpretación literal que no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado 2.º; es decir, que por sí sola la ampliación del capital no genera un incremento de la responsabilidad hipotecaria pues entonces carecería de razón de ser su inclusión en el apartado 2.º, ni tampoco por sí sola la ampliación del plazo puede generar una pérdida de rango de la hipoteca por implicar una ampliación del plazo por esa misma razón. La expresión «en ningún caso (...) excepto cuando (...)» sólo puede interpretarse en el sentido de que la ampliación del capital o del plazo necesitan la concurrencia de otra circunstancia para generar ese efecto, debiendo la labor de interpretación centrarse en determinar cuál es ese factor en cada uno de los casos.

A este respecto, la citada resolución señala que la respuesta a esa pregunta debe buscarse en la disposición transitoria única de la propia Ley 41/2007 que al establecer que «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 (...) sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», configura, a partir de su entrada en vigor, un nuevo modelo de hipoteca que se distingue del precedente. Por tanto, parece obligado reconocer que ese nuevo modelo es el que se debe desprender de la voluntad de los redactores de la norma de introducir la «recarga» de la hipoteca, como medio de flexibilización de la accesoriedad de esta a fin de convertirla en un instrumento financiero más útil para el deudor.

En todo caso, esta disposición transitoria única apunta a que el factor determinante para la correcta interpretación del artículo de referencia es la concurrencia del pacto de ampliación de capital de tal manera que el artículo 4.3 puede leerse (sin perjuicio de poder integrar algún supuesto más, como por ejemplo, la modificación de las condiciones del tipo de interés con fijación de un tope a efectos hipotecarios superior) del siguiente modo: la ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital. Con esta interpretación se reconoce la posibilidad de la recarga de la hipoteca, entendida como la facultad de 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 con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única.

Además, esta interpretación también permite dar coherencia al contenido de la segunda hipoteca en los dos supuestos en que va a operar la división de la garantía:

El primero, que tendrá lugar cuando la ampliación del capital exceda de la recarga posible en los términos antes indicados, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.).

Y el segundo supuesto, cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida, de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, en cuyo

caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios.

6. Esta doctrina implica respecto de las hipotecas otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, es decir, del 9 de diciembre de 2007, la modificación del criterio de la Resolución de 12 de mayo de 2011 ya que las partes ante un acuerdo de ampliación del capital podrán, aun existiendo titulares de derechos inscritos con rango posterior, optar, sin perder el de la hipoteca inscrita, entre: utilizar la posible recarga existente no alterando la responsabilidad hipotecaria si en la misma cupiere el nuevo importe concedido; utilizar la posible recarga existente y constituir por el nuevo importe concedido que exceda de la misma una nueva hipoteca, o, prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca.

Ahora bien, en los dos últimos supuestos nada impide que, en ausencia de terceros titulares de inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca cuyo capital es objeto de ampliación (y de la nota marginal a que se refiere el último inciso del artículo 4.3 Ley 2/1994), las partes acuerden el mantenimiento de una única hipoteca en garantía de la obligación única y uniforme que resulta de la modificación, aumentado para ello paralelamente su responsabilidad hipotecaria.

Pues bien, tampoco existe razón jurídica alguna para que, respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad a la repetida reforma legal, en igual situación registral, las partes puedan pactar en caso de ampliación del capital esa configuración de una hipoteca única con responsabilidad hipotecaria ampliada.

Las repercusiones concursales de este tipo de operaciones se regirán por su normativa específica y en su propio ámbito, sin que ello afecte a la posibilidad de las respectivas inscripciones o a la asignación del rango registral.

En este sentido ya la Resolución de 24 de febrero de 2014 señalaba que la doctrina antes expuesta de la Dirección General sobre que la ampliación del principal supone el fraccionamiento de la responsabilidad hipotecaria en dos partes, una la de la constitución propiamente dicha y otra la de ampliación, viniendo a equipararse esta última a una segunda hipoteca, hay que entenderla referida básicamente a los supuestos de existencia de cargas o titularidades intermedias entre la constitución inicial o la ampliación; de suerte que, no existiendo tales cargas o titularidades intermedias, ha de primar la voluntad de las partes de establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante de la ampliación, o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos del artículo 1169 del Código Civil.

Debe entenderse, por tanto, como ya dijera la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2017 para un supuesto muy semejante al objeto de este recurso, que en estos casos existe una sola hipoteca si se cumplen los requisitos para que la misma pueda ser considerada como tal, es decir, si se establece también un régimen único y uniforme para la hipoteca, lo que exigiría que la totalidad de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y de demora se fije por tipos y plazos homogéneos, y si no existen titulares de cargas o gravámenes intermedios.

Este régimen único y uniforme de la hipoteca implicará también la necesidad de garantizar respecto del capital inicial y del capital ampliado los mismos conceptos, sin que respecto del antiguo principal se garanticen unos conceptos, y respecto el nuevo capital se garanticen otros, o no se garanticen los que ya lo estuvieren inicialmente, salvo que se cancele la hipoteca respecto de ellos.

Es decir, si la hipoteca es o se quiere que sea única, la misma debe garantizar, además del total principal concedido y/o pendiente de amortizar, los mismos conceptos accesorios y complementarios respecto de la totalidad del capital y, adicionalmente, calcularse su responsabilidad de forma homogénea.

Además, en los supuestos de modificación de las condiciones financieras es aplicable la doctrina de esta Dirección General (véanse las Resoluciones de 5 de noviembre de 1999, 25 de abril y 4 de septiembre de 2002, 26 de enero de 2012, 9 de octubre, 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 19 de septiembre de 2017), según la cual, el carácter accesorio de la hipoteca, respecto del crédito garantizado (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil), implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria), de modo que pactándose en la modificación de las condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios y moratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose un límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «erga omnes» de sus pronunciamientos.

En definitiva, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse.

Todo lo expuesto no es óbice para que si las partes quieren mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, ello sea posible y la denominada ampliación inscribible, pero como una segunda hipoteca, lo que debe resultar claramente de la correspondiente escritura, ya que, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 2011, cuando la responsabilidad hipotecaria correspondiente al capital inicial y a la ampliación del mismo no se configure de modo uniforme, en la inscripción registral debe quedar perfectamente claro que existen dos hipotecas (la del préstamo inicial y la del importe ampliado), cada una con su propio rango, con la exacta determinación por separado de sus respectivas responsabilidades hipotecarias por los diferentes conceptos.

En definitiva, en ausencia de terceros, la solución a adoptar dependerá de la interpretación de cuál sea la verdadera voluntad de las partes en cada supuesto concreto.

7. Acerca de la posibilidad de practicar una inscripción parcial en el sentido de inscribir de oficio por parte del registrador la ampliación de hipoteca, que parece se ha solicitado se inscriba con carácter unitario con la hipoteca ya inscrita, como una segunda hipoteca independiente, modificando, a su vez, la primera en cuanto a sus condiciones financieras.

Como ya dijera la Resolución de 14 de mayo de 2015, no se considera posible si no es expresamente solicitada tal operación por el interesado, ya que la rogación acerca de la inscripción en este caso es única (Resolución de 7 de noviembre de 2012), y a que el incumplimiento de un requisito legal necesario para que la inscripción se pueda practicar en los términos solicitados por el presentante, cuando el mismo constituye un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de su operatividad, como es en este caso el rango, hace precisa una solicitud expresa de inscripción en los distintos términos que sean posibles (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014).

Procede pues examinar cuál ha sido la voluntad de las partes en el supuesto de hecho concreto del presente expediente, existiendo a juicio de este Centro Directivo argumentos en favor de ambas soluciones.

Así, a favor de la consideración de que la voluntad de las partes es configurar una única hipoteca con un solo rango militan los siguientes pactos: a) en la estipulación tercera se establece un cuadro de amortización comprensivos de cuotas mensuales únicas del préstamo hipotecario resultante de la ampliación, que se calculan en función del nuevo tipo de interés

común a todo el capital pendiente de pago, estableciéndose igualmente unas reglas de imputación de pagos que no distinguen entre los dos capitales entregados; b) en la estipulación quinta se regula la facultad del acreedor, en las condiciones que se determinan, de exigir el vencimiento anticipado de la totalidad del capital pendiente de amortizar, sin distinguir tampoco a efectos de vencimiento entre el principal inicial y el principal ampliado; y, c) en la estipulación séptima se determina que «(...) como consecuencia de la ampliación del préstamo operada en virtud de la presente escritura (...) y (...), acuerdan en este acto modificar la hipoteca constituida a favor de este último en la citada escritura de fecha 01 de abril de 2016, en el sentido de que el referido derecho real de hipoteca pasa a garantizar también el importe en que se ha ampliado el capital del préstamo en el día de hoy, es decir, (...)», lo que hace referencia al mantenimiento de la antigua hipoteca que es ampliada, ya que se suman ambas responsabilidades hipotecarias sin indicación alguna de que sólo se hace a efectos informativos.

Por su parte, a favor de la consideración de que la voluntad de las partes es configurar dos hipotecas, cada una con su propio rango, se puede argumentar la propia configuración heterogénea de las aludidas responsabilidades hipotecarias por intereses ordinarios y moratorios, o la inexistencia, como ocurre en otras escrituras de ampliación de capital, de una cláusula por la que se sujete expresamente la eficacia de la novación a la «condición suspensiva» de la inexistencia de cargas posteriores a la hipoteca inicialmente constituida y que, por tanto, la garantía de todo el capital tenga el mismo rango.

En todo caso, sea cual sea la opinión que de forma abstracta se pueda tener acerca de la cuestión, la concurrencia de esta incertidumbre con la repetida necesidad de claridad de los asientos registrales imponen la aclaración de la escritura por parte del acreedor en el sentido de indicar si quiere que se inscriba la ampliación de la hipoteca como una sola hipoteca sumada a la anterior, o que se inscriba como segunda hipoteca con distinto rango; debiendo en el primer caso, como indica la registradora calificante, recalcarse de forma uniforme la responsabilidad hipotecaria total por intereses ordinarios y moratorios, aplicando el mismo régimen de plazo y tipos máximos al antiguo y al nuevo principal.

Esta voluntad contractual podría deducirse de la propia interposición del recurso contra la calificación registral por parte de la entidad acreedora, pero, en este caso, al haberse interpuesto el recurso por el notario autorizante en términos jurídicos y de no de voluntad manifestada en su presencia, no es posible extraer esa conclusión.

En cuanto a las cifras de la responsabilidad hipotecaria señaladas para las costas y gastos garantizados, la inexistencia de límites legales frente a terceros (artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario) y la innecesariedad de su determinación inter partes, como ocurre con los intereses, permite la consideración de la misma como una cantidad abstracta, que si bien se puede fijar como un porcentaje del principal o como una cifra alzada, al no depender su determinación de otros factores, tiene un carácter autónomo que posibilita su suma y confusión con la cantidad también abstracta fijada de acuerdo con otro porcentaje o de forma aleatoria. La cifra resultante sería únicamente el límite máximo que el acreedor podrá cobrar por tal concepto del precio del remate en presencia de terceros titulares de derecho reales o cargas inscritas o anotadas; y la unificación de los conceptos de costas y gastos de ejecución, tanto judicial como extrajudicial, en su caso, llevado a efecto al fijar la responsabilidad hipotecaria global en la estipulación séptima, factible.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de septiembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.