

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 183** *Resolución de 22 de diciembre 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 autorizada el día 22 de enero de 2021 por el notario de Vigo, don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, en sustitución y para el protocolo de su compañero de residencia don José María Rueda Pérez, con el número 49 de protocolo, la entidad «Andbank España, SAU» y don P. D. M. S. procedieron a modificar la hipoteca reseñada en dicha escritura, ampliando el importe y el plazo de amortización del préstamo, modificando el tipo de interés del préstamo y adaptando las condiciones del préstamo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

II

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

«En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, así como 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, pongo en su conocimiento que la escritura de novación de préstamo, autorizada por el Notario, don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, en sustitución de don José María Rueda Pérez, el día 22 de enero de 2021, bajo el número 49 de protocolo, y presentada en este Registro de la Propiedad, causando el número 542, del Diario 94, ha sido objeto de la siguiente nota de calificación:

Registro de la Propiedad número tres de Vigo.

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 22 de enero de 2021, se ha otorgado escritura de novación de préstamo, de cuyo expositivo I resulta que, con fecha 12 de febrero de 2019, se ha otorgado escritura de subrogación de préstamo ante el notario don César M. Fernández-Casqueiro Domínguez, bajo el número 201 de protocolo, en la que también se ha instrumentado la ampliación del importe del préstamo objeto de subrogación en el importe de 9.107,26

euros, extremos, los anteriores, reflejados en el historial de la finca registral número 66.569, objeto de la solicitud de inscripción.

2) Bajo el epígrafe "...ratificación y modificación de la responsabilidad hipotecaria por ampliación", se hace constar: "...extensión y ratificación de la garantía hipotecaria a la novación. se extiende a los términos de esta escritura de novación la garantía hipotecaria en primer rango constituida sobre la finca hipotecada identificada en el expositivo I.bis de esta escritura de novación, en aseguramiento del préstamo, tal y como el mismo resulta novado, y en los mismos términos a los inicialmente constituidos a favor de la nueva entidad acreedora. b) ampliación de la responsabilidad hipotecaria por el importe ampliado del préstamo, como consecuencia del aumento del importe del préstamo... queda modificada la responsabilidad hipotecaria con la que la finca hipotecada quedó gravada siendo la responsabilidad hipotecaria por la ampliación formalizada por esta escritura de ampliación, la siguiente:... (103.265,80€) de principal del préstamo, hasta el máximo de... (3.407,77€) en concepto de intereses remuneratorios, hasta el máximo... (9.603,72€) en concepto de intereses de demora y hasta el máximo de... (5.163,29€) de costas y la cantidad de... (3.097,97€) gastos, de la que la presente es una novación modificativa en los términos expresamente contemplados en la misma..."; del título público al que se refiere este punto de los hechos, también resulta que se ha convenido una modificación en los tipos de interés aplicables, pactándose la aplicabilidad, durante los 12 primeros meses desde la formalización del mismo, de un tipo de interés nominal anual fijo de 1,65 %, y tras el transcurso de este plazo, la aplicación de un tipo de interés remuneratorio variable, en los términos que en la misma se convienen; por otra parte, también se ha acordado la aplicación de un tipo de interés moratorio que asciende a los tres puntos porcentuales.

3) Bajo el epígrafe "...novación modificativa...", del título público al que se refieren los puntos anteriores de estos hechos, se hace constar que, "...permanece en vigor, sin otras modificaciones que las pactadas en la presente escritura, el resto del contrato de préstamo (recogido en la escritura de subrogación de préstamo), incluso aquellas partes de las estipulaciones que no hayan sido expresamente modificadas en virtud de la presente, las modificaciones establecidas en ningún caso se considerarán como novación extintiva del contrato de préstamo, sino como novación modificativa del mismo...".

Fundamentos de Derecho:

Uno de los principios sobre los que pivota el funcionamiento del sistema inmobiliario registral español es el de determinación o especialidad, el cual, aplicado al crédito hipotecario y, en su vertiente objetiva, la cual se refiere a la cosa hipotecada y a la obligación asegurada, exige una adecuada especificación de las circunstancias previstas en la normativa y doctrina aplicables, para que de esta forma, hechas constar las mismas en el título inscribible, se extraigan de este último, y dado el sistema de inscripción por extracto que rige, se reflejen en el asiento practicable para que de esta forma puedan surtir sus efectos, incluso frente a terceros.

Aplicado lo expuesto en el párrafo precedente al supuesto fáctico motivador de la presente nota de calificación, debe indicarse que, el derecho real de hipoteca se considera en nuestro ordenamiento jurídico como accesorio a la obligación garantizada, de tal manera que, los términos delimitadores del respectivo derecho de crédito afectan a la citada figura real de garantía, lo que implica que, una alteración en los elementos componentes de la obligación garantizada, implica la necesidad consistente en que, si se pretende su reflejo registral, con la intención de que se produzcan los efectos que el sistema inmobiliario registral reconoce, es necesario que se lleven a cabo las respectivas modificaciones, a estos efectos, ante supuestos de novación que suponen una concesión de nuevos importes, unido, como es el caso, a una modificación en los tipos de interés aplicables, si registralmente se pretende configurar la obligación como una sola, garantizada con la hipoteca ya constituida, es imprescindible que se produzca la modificación de la respectiva cláusula de responsabilidad hipotecaria, mediante la cual

se refleje la nueva responsabilidad máxima a la que se sujeta la finca hipotecada en garantía de la obligación garantizada, en el caso que nos ocupa, de la documentación calificada resulta la voluntad de los otorgantes de configurar, registralmente, la obligación como única, garantizada, en consecuencia, por el derecho real de garantía ya constituido, pero en la cláusula referida a la modificación de la responsabilidad hipotecaria, solo se hace referencia al importe resultante de la ampliación, en concepto de principal, y a las correspondientes obligaciones accesorias que se conectan con este último, pero no a las obligaciones referidas a la obligación cuya novación se ha instrumentado, debe matizarse que, la configuración de la obligación como única, garantizada con una sola hipoteca, exige uniformidad en cuanto al régimen aplicable, lo que supone que, los nuevos tipos de interés pactados deben aplicarse al nuevo capital concedido y al concedido en su momento, para, de esta forma, fijar los límites de las respectivas coberturas hipotecarias, lo expuesto encuentra apoyo doctrinal en resoluciones como las de 6 de abril de 2006, 12 de mayo de 2011 o 19 de septiembre de 2017, entre otras, de 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).

Por lo tanto, debido a que se quiere asegurar el importe resultante de la novación instrumentada, y sus respectivas obligaciones accesorias, con la hipoteca ya constituida, se hace imprescindible que se modifique la cláusula de responsabilidad hipotecaria a la que está sujeta la finca dada en garantía, pero teniendo también en cuenta, el capital concedido en su momento, y, en su caso, las obligaciones accesorias correspondientes.

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 12 de agosto de 2021. La registradora (firma ilegible), 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 23 de septiembre de 2021 mediante escrito en los siguientes términos:

«Fundamentos de Derecho:

En la escritura objeto de calificación, en la cláusula sexta bis se indica en el apartado B) que “Como consecuencia del aumento del importe del préstamo (Estipulación Primera) queda modificada la responsabilidad hipotecaria con la que la finca hipotecada quedó gravada siendo la responsabilidad hipotecaria por la ampliación formalizada por esta escritura de ampliación, la siguiente: (...)”. A continuación, se establece la responsabilidad hipotecaria correspondiente únicamente al capital ampliado.

No hay una modificación de la responsabilidad hipotecaria total puesto que no se ha pactado. De haberse pactado, se haría constar expresamente en la escritura. Se ha pretendido, por lo tanto, configurar la ampliación de hipoteca como una segunda hipoteca, manteniendo la responsabilidad hipotecaria para el importe inicialmente garantizado y estableciéndose una nueva responsabilidad hipotecaria para el importe ampliado según resulta de la indicada cláusula sexta bis apartado B de la escritura.

Conforme a lo indicado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2017, “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 que debe resultar claramente de la correspondiente escritura, ya que como señala la

Resolución de la Dirección General, 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 “ausencia de terceros, la solución a adoptar dependerá de la interpretación de cuál sea la verdadera voluntad de las partes en cada supuesto concreto”.

Por lo tanto, y en base a lo indicado anteriormente, no es necesario modificar la cláusula de responsabilidad hipotecaria a la que está sujeta la finca dada en garantía, como pretende la señora Registradora.»

IV

La registradora de la Propiedad emitió el preceptivo informe con fecha 7 de octubre 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, subrogación y novación 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; 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, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de septiembre y 19 de noviembre de 2021.

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 remuneratorios, intereses de demora y costas y gastos en una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario en relación con la hipoteca preexistente, y si la voluntad de las partes ha sido constituir una segunda hipoteca o ampliar la hipoteca inscrita.

En concreto, la hipoteca inicial se constituyó, por lo que aquí interesa, en garantía de: «doscientos cincuenta y nueve mil ciento siete euros con veintiséis céntimos (259.107,26 euros) de principal; de un importe equivalente a un 13,50 % del principal en garantía de los intereses ordinarios en las condiciones pactadas, equivalente a dieciocho meses de intereses ordinarios al tipo máximo hipotecario pactado del nueve por ciento (9 %); de un importe equivalente a un 27,50 % del principal en garantía de los intereses de demora en las condiciones pactadas, equivalente a treinta meses de intereses de demora al tipo máximo hipotecario pactado del once por ciento (11 %); y de un importe equivalente al diez por ciento del mismo principal para costas y gastos, dentro de este límite se entenderán comprendidos, además de los gastos judiciales, los extrajudiciales que, anticipados por la entidad acreedora por cuenta del prestatario o hipotecante, vengan exigidos por la conservación y la efectividad de la garantía, como los anticipos o pagos a cuenta por primas del seguro de la finca hipotecada, por aquellos tributos que constituyan afecciones preferentes a la hipoteca o por gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal de análoga transcendencia en relación con la hipoteca».

En la escritura objeto de este recurso las partes pactan la novación modificativa del referido préstamo, ampliando el principal del préstamo en 103.265,80 euros, manteniendo un tipo de intereses variable en la estipulación tercera con un diferencial del 0,89 % y un interés ordinario durante los primeros doce meses del 1,65 %. Asimismo, se establece como tipo de interés de demora en la cláusula 3.5, «el equivalente al tipo de interés ordinario aplicable incrementado en tres puntos porcentuales».

Tras esta modificación, en la estipulación sexta bis titulada con la denominación «ratificación y novación de la responsabilidad hipotecaria por ampliación», se establece, en primer lugar que la responsabilidad hipotecaria respecto el capital inicial no es objeto de modificación alguna, al limitarse a señalar en su letra a) respecto a la hipoteca inscrita que «se extiende a los términos de esta escritura de novación la garantía hipotecaria en primer rango constituida sobre la finca hipotecada identificada en el expositivo I. bis de esta escritura de novación, en aseguramiento del préstamo, tal y como el mismo resulta novado, y en los mismos términos a los inicialmente constituidos a favor de la nueva entidad acreedora».

Y, en segundo lugar, en la letra b) de dicha estipulación, se dispone que las partes acuerdan ampliar las responsabilidades hipotecarias garantizadas respecto del nuevo capital objeto de la ampliación en la siguiente forma: «Como consecuencia del aumento del importe del préstamo (estipulación primera) queda modificada la responsabilidad hipotecaria con la que la finca hipotecada quedó gravada siendo la responsabilidad hipotecaria por la ampliación formalizada por esta escritura de ampliación, la siguiente: Ciento tres mil doscientos sesenta y cinco euros con ochenta céntimos (103.265,80 €) de principal del préstamo, hasta el máximo de tres mil cuatrocientos siete euros con setenta y siete céntimos (3.407,77 €) en concepto de intereses remuneratorios, hasta el máximo de nueve mil seiscientos tres euros con setenta y dos céntimos (9.603,72 €) en concepto de intereses de demora y hasta el máximo de cinco mil ciento sesenta y tres euros con veintinueve céntimos (5.163,29 €) de costas, y la cantidad de tres mil noventa y siete euros con noventa y siete céntimos (3.097,97 €) para gastos de la que la presente es una novación modificativa en los términos expresamente contemplados en la misma».

Como se observa, al establecer la responsabilidad hipotecaria que garantiza el nuevo capital, no se establece un tipo máximo a efectos hipotecarios por intereses ordinarios, sino únicamente una cantidad alzada, siendo la cifra global establecida equivalente a doce meses al tipo máximo del 1,65 % (que parece que es la que se ha querido fijar porque ese es el tipo pactado para los primeros doce meses del préstamo tras la ampliación); y lo mismo ocurre con los intereses moratorios respecto de los cuales tampoco se señala un tipo máximo a efectos hipotecarios, siendo la cifra global establecida equivalente a veinticuatro meses al tipo máximo del 4,65 % (que es la resultante de añadir tres puntos al tipo establecido para los intereses ordinarios).

Es decir, como se señala en la nota de calificación, se fija la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y de demora con referencia a la cantidad ampliada, aparentemente por unos tipos distintos a los de la hipoteca inicial, siendo los parámetros de cálculo: 9,00 % (y 18 meses) y presuntivamente 1,65 % (y 12 meses) para los intereses remuneratorios; y 11,00 % (y 30 meses) y presuntivamente 4,65 % (y 24 meses) para los intereses moratorios, respectivamente en relación con el capital inicial y el capital ampliado.

Por otra parte, la responsabilidad hipotecaria que garantiza las costas y gastos, común en la hipoteca inscrita, es objeto de descomposición respecto del nuevo capital en la escritura de novación.

Partiendo de esos hechos, la registradora de la Propiedad calificante señala, en primer lugar, que resulta de la escritura la voluntad de los otorgantes de configurar, registralmente, la obligación como única, garantizada, en consecuencia, por el derecho real de garantía ya constituido, pero en la cláusula referida a la modificación de la responsabilidad hipotecaria, solo se hace referencia al importe resultante de la ampliación, en concepto de principal, y a las correspondientes obligaciones accesorias

que se conectan con este último, pero no a los conceptos relacionados con la obligación primitiva cuya novación se lleva a efecto.

En segundo lugar, señala, comparando la responsabilidad hipotecaria inscrita y los términos de la nueva garantía, que la ampliación de la responsabilidad hipotecaria no se configura de un modo uniforme con la responsabilidad hipotecaria inicial, y, por tanto, concluye que no es posible practicar la inscripción solicitada como una ampliación de hipoteca, que, entiende, es lo querido por las partes ya que su voluntad es asegurar el importe resultante de la novación instrumentada, y sus respectivas obligaciones accesorias, con la hipoteca ya constituida.

Por su parte, el notario recurrente señala que no hay una modificación de la responsabilidad hipotecaria total de la finca gravada porque no se ha pactado la misma, y si se hubiere pactado, se hubiere hecho constar expresamente en la escritura, por lo que no es necesario modificar la cláusula de responsabilidad hipotecaria a la que está sujeta la finca dada en garantía.

Entiende el notario que lo que se ha pretendido por los contratantes es configurar la ampliación de hipoteca como una segunda hipoteca, manteniendo la responsabilidad hipotecaria para el importe inicialmente garantizado y estableciéndose una nueva responsabilidad hipotecaria para el importe ampliado según resulta de la indicada cláusula sexta bis, apartado b), de la escritura; añadiendo que, según la Resolución de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 2017, ello es posible si de la escritura resulta que esa es la verdadera voluntad de las partes en el supuesto concreto.

2. Como han señalado las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del notariado de 14 de marzo de 2009 y 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 (art. 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 solo 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 (art. 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 art. 24 de la Ley Hipotecaria) y demás principios configuradores de regulación hipotecaria, pero no de la voluntad de las partes.

3. 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. art. 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. art. 71 de la Ley Concursal), la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. art. 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–.

4. 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 segundo; 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 segundo, 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 la misma, 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.

5. 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 este centro directivo de 19 de septiembre de 2017, 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.

6. En referencia al supuesto objeto de este expediente, como se ha indicado en el fundamento de Derecho 1, la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios respecto del nuevo capital se ha materializado mediante la fijación de una cantidad alzada para cada uno de esos conceptos, lo que no es correcto en términos hipotecarios.

En este sentido, es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 31 de octubre 2013, 22 de septiembre de 2016 y 10 de diciembre de 2020, entre otras) que la determinación de la responsabilidad hipotecaria mediante la fijación de una cantidad alzada no exime de tener que fijar un tope máximo a la variabilidad del tipo de interés, ya que, de no hacerlo así, no sería posible apreciar si se cumple o no el límite marcado por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, la Resolución de 11 de junio de 2020 declara también que es doctrina consolidada de la Dirección General a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 (y mantenida por las Resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 8 de marzo y 20 de septiembre de 1996, o las más recientes de 9 de febrero de 2001, 14 de enero de 2008 y 3 de febrero de 2015), que la garantía de los intereses variables tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que, por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario) es necesario señalar el tipo máximo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria, cuya determinación en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las relaciones acreedor-deudor.

En consecuencia, deberá modificarse la cláusula relativa a la responsabilidad hipotecaria relativa al nuevo capital fijando un tipo máximo tanto para los intereses ordinarios como para los intereses moratorios, pero a efectos del derecho real de hipoteca es indiferente que respecto de la nueva responsabilidad hipotecaria se pacte un interés máximo a efectos hipotecarios del 1,65 % cuando el interés variable pactado obligacionalmente es el Euribor más un diferencial de 0,89 puntos, porque al ser el tipo ordinario variable, efectivamente podrá fijarse el tipo máximo hipotecario que se desee; ya que lo relevante si se trata de establecer una hipoteca única es que el tipo máximo a efectos hipotecarios sea el 9,00 % anterior, o sea el 1,65 % que parece pretende establecerse ahora, lo sea igual para todo el capital garantizado, dado que a una obligación única debe corresponderle una configuración hipotecaria única y uniforme. Ello es así porque la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria respecto de los intereses remuneratorios y moratorios no es una cifra meramente abstracta como en los demás supuestos de hipotecas de máximo, sino que la misma viene y debe configurarse, si el interés es variable, en atención a los respectivos tipos máximos pactados, y no debe exceder de los límites legalmente establecidos (arts. 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario).

Y es que como ya dijera la Resolución de 8 de septiembre de 2021 en un supuesto semejante al presente, no es posible pretender que, tras la ampliación del préstamo, la hipoteca funcione como una sola si no se establece un régimen uniforme y único para toda ella (singularmente, en relación con los intereses y la responsabilidad hipotecaria), y

para que pueda entenderse que existe un régimen único y uniforme es necesario que la totalidad de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y de demora se fije por tipos y plazos homogéneos; no siendo posible por tanto que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los estipulados en la novación como fijos o como máximos, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales.

7. En otro aspecto, en los supuestos de modificación de las condiciones financieras, es aplicable la doctrina de esta Dirección General (véase 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 (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 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 (arts. 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 una 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 esta Dirección General 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, y esto es lo que debe decirse en el supuesto objeto de este recurso.

8. Como se expone en el fundamento de Derecho 2, la solución de este recurso pasa por determinar si la voluntad de las partes contratantes, deducida de los términos de la escritura de novación hipotecaria, ha sido configurar una segunda hipoteca en garantía del nuevo capital entregado o la novación por ampliación de la hipoteca ya constituida e inscrita.

El recurrente se inclina por la primera interpretación y, así, pone de manifiesto en su escrito que el apartado a) de la cláusula sexta bis dispone que «la garantía hipotecaria de primer rango se extiende a la novación en los mismos términos a los inicialmente constituidos a favor de la entidad acreedora», y en apartado b) de la misma cláusula se establece una nueva responsabilidad hipotecaria de configuración diferente a la anterior para el nuevo importe del préstamo. Por ello concluye que no procede la modificación de la hipoteca anterior, ya que ello no se ha pactado «expresamente en la escritura», pretendiéndose por las partes, por lo tanto, configurar «la ampliación de hipoteca, como una segunda hipoteca, estableciéndose una nueva responsabilidad hipotecaria para el importe ampliado», y con «mantenimiento de la responsabilidad hipotecaria para el

importe inicialmente garantizado», haciendo referencia a la doctrina contenida en la Resolución de 19 de septiembre de 2017 que permite dicha posibilidad.

Pero la cuestión dista de ser clara y, así, como pone de manifiesto la nota de calificación recurrida, la citada cláusula sexta bis se denomina «ratificación y modificación de la responsabilidad hipotecaria por ampliación», lo que da a entender que la voluntad de las partes es la de ampliar la responsabilidad hipotecaria inscrita para garantizar con una única hipoteca los nuevos y los antiguos importes del préstamo. Este criterio se vería confirmado por la propia letra a) de la mencionada cláusula que habla de que la garantía hipotecaria de primer rango «se extiende a la novación», y también por su letra b) que se titula «ampliación de la responsabilidad hipotecaria por el importe ampliado del préstamo» y señala que «queda modificada la responsabilidad hipotecaria con la que la finca hipotecada quedo gravada». Por otra parte, en la estipulación sexta ter se dispone que «las garantías que se constituyen en aseguramiento del préstamo son con carácter indivisible, permaneciendo en vigor hasta queden completamente satisfechas todos y cada uno de las obligaciones derivadas del mismo», y no cabe duda que tras la modificación y ampliación del préstamo nos encontramos ante una única y uniforme obligación.

También hay indicios para considerar que se ha pretendido constituir una única hipoteca en garantía de un único préstamo. Así, en la estipulación primera se dice que se amplía el préstamo en 103.265,80 euros, por lo que la cantidad total prestada es de 362.373,06 euros, siendo el importe pendiente de 252.000 euros; en la estipulación segunda «ampliación del plazo del préstamo» se fija en 300 meses hasta el día 22 de enero de 2046; en la estipulación tercera «modificación del tipo de interés» se afirma que el remanente del préstamo pendiente durante los doce primeros meses será de 1,65 y posteriormente adicionando al Euribor un diferencial; se adjunta una nueva tabla de amortización para el total importe; y, se modifica el número de préstamo.

Es decir, se da el tratamiento de un préstamo único. Pero, sin embargo, en las estipulaciones referentes a la responsabilidad hipotecaria se mantiene una dualidad de garantías, por tipos de interés ordinario y de demora distintos para cada una parte del préstamo, el inicial y el ampliado, cuando de las estipulaciones referentes al préstamo los tipos de interés se unifican.

Por tanto, existen a juicio de este Centro Directivo argumentos en favor y en contra de ambas soluciones. En todo caso, sea cual sea la opinión que de forma abstracta se pueda tener acerca de la cuestión, dado que esa inscripción de hipoteca única no es posible en los términos en que está redactada la escritura, la concurrencia de la incertidumbre acerca de si los contratantes son partidarios de la inscripción de la nueva responsabilidad hipotecaria como hipoteca de segundo rango, unido a la necesidad de claridad de los asientos registrales, se impone una aclaración de la escritura por parte del acreedor en el sentido de indicar si quiere que la inscripción se practique solo como ampliación de la hipoteca, es decir como una sola hipoteca sumada a la anterior, en cuyo caso debe recalcularse 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; o si, por el contrario, es su voluntad y consiente en que se inscriba la operación respecto del nuevo importe del préstamo como una segunda hipoteca con distinto rango. 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 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 (arts. 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. Ahora bien, de optarse por la existencia de una única hipoteca deberían unificarse la cifra de garantía de los conceptos garantizados y decidir si se quiere garantizar con una sola cifra las costas y gastos respecto de todo el principal, o establecer cifras independientes para uno y otro concepto, pero también respecto de la suma total de los importes de capital garantizados.

A tal efecto, se recuerda al notario la necesidad de redactar las escrituras con suficiente claridad, especialmente cuando existen consumidores, de tal modo que no quede duda de la pretensión de los otorgantes (cfr. arts. 147 y 148 del Reglamento Notarial).

9. 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 se ha solicitado (o esa parezca la voluntad de las partes) 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 (arts. 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014).

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, 22 de diciembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.