

Las reformas del mercado hipotecario y su impacto en la crisis económica

*ANA ISABEL RODRÍGUEZ PARADA
Registradora de Puentearreas
Directora del S.E.R de Galicia*

I. INTRODUCCIÓN

Buenas tardes. Me gustaría iniciar esta intervención agradeciendo a la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña su amable invitación para participar en estas Jornadas y a todos los asistentes su atención. Quiero también puntualizar que mi intervención va a ser bastante esquemática, dado el tiempo del que disponemos. No obstante, todos los temas que voy a tratar están cumplidamente desarrollados en la publicación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España titulada “Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica”, obra colectiva publicada por el Colegio de Registradores, a la que les remito si desean profundizar en algún aspecto en concreto.

La hipoteca ha sido, es y seguirá siendo un instrumento económico. La primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 supuso ya una verdadera revolución en el orden económico, acabando con aquellos gravámenes ocultos que asustaban al capital, frenando el desarrollo del crédito, motor esencial de la actividad económica. A partir de ese hito, la figura que nos ocupa ha ido ganando, día a día, protagonismo en el mundo financiero hasta convertirse en una figura estrella. Si una sociedad avanzada es la que genera recursos con criterios de eficiencia y los reparte con

parámetros de justicia, eso es lo que permite el crédito hipotecario, “instrumento financiero-jurídico para distribuir intrageneracionalmente los recursos, al permitir al acreditado disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses”¹. Sólo la actual crisis económica obliga a revisar estos planteamientos.

Pero, antes, hagamos un poco de historia. Julio de 1944, los acuerdos de Bretton Woods liberalizan el comercio, reducen las barreras aduaneras, favorecen la división internacional del trabajo y permiten la captación de nuevas fuentes de aprovisionamiento de coste más bajo. Las tasas de crecimiento económico de los países asiáticos repercuten en el mundo financiero de forma extraordinaria², provocando, en conjunción con el aumento de la productividad que traen las nuevas tecnologías, un crecimiento excedentario del ahorro, muy por encima de las opciones de inversión disponibles, que ha provocado una bajada de tipos de interés y un incremento de cualquier manifestación de patrimonio remunerador.

El fenómeno, en España, desemboca en una enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario en este último cuarto de siglo. Así, entre los años 1982 y 2003, el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado presenta un crecimiento imparable, llegando al 51% en este último año. Ello se debe, además del propio crecimiento del mercado inmobiliario, a tres factores: el aumento del L.T.V. (*loan to value*) que llega al 70% del valor de inmueble hipotecado; la prolongación del plazo de amortización; y el descenso continuado de los tipos de interés. Todo ello mejora las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, por ende, a la vivienda en propiedad.

1 DIAZ FRAILE, J.M.: “Soluciones de derecho privado a la crisis financiero-inmobiliaria. Revisión del mercado secundario” en la obra colectiva “Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009. Pág. 642.

2 En estos países el ahorro es porcentualmente mucho más elevado que en los países industrializados, debido a dos factores: la ausencia o debilidad de medidas de política de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de malos tiempos y la falta de una cultura de consumo, con menos incitación al gasto. DIAZ FRAILE, J.M.: ob. cit. Pág. 635.

El fenómeno sigue acelerándose cuantitativa y cualitativamente – no sólo ha aumentado el número de hipotecas constituidas, sino que ha aparecido una nueva tipología hipotecaria - y, de este modo, hasta finales de 2006, fecha en que todavía no había estallado la crisis económica, el número de hipotecas constituidas y su importe medio registrado se había triplicado, con lo que el crédito hipotecario supone el 60% del total crédito al sector privado, representando un 82% del PIB, y la riqueza inmobiliaria de las familias sufre el mayor crecimiento de su historia y el más elevado entre los países europeos. Con ello, el mercado hipotecario español aparece como uno de los más competitivos y eficientes del mundo, y no es un secreto que tal eficiencia pivota sobre nuestro modelo registral de seguridad jurídica preventiva, basado en la confianza con la que los agentes del mercado contratan en base al contenido de los asientos registrales que determinan la titularidad y condiciones jurídicas de las fincas que sirven de garantía.

En este contexto, la definición tradicional del derecho de hipoteca como “derecho real de realización de valor en función de garantía de obligaciones pecuniarias, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en la posesión del deudor”³, con unos elementos personales, reales y formales perfectamente delimitados, pivotando sobre los principios de accesoriedad, indivisibilidad y especialidad y amparada por un adecuado sistema de ejecución sumaria que la hace plenamente eficaz, ha ido experimentando una transformación profunda como resultado de la creciente complejidad de la contratación de las entidades financieras, que precisan una mayor flexibilidad del mercado hipotecario capaz de amparar el desenvolvimiento de nuevas soluciones exigidas por las necesidades de aquélla o demandadas por la práctica bancaria.

Sin embargo, esta próspera situación tenía sus días contados. La finalización del ciclo de descenso de los tipos de interés en junio de 2005 supone el inicio de una carrera alcista que repercute en los bolsillos de los deudores hipotecarios, aumentando los ratios de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria de las familias en relación con sus ingresos. Por otra parte, nos encontramos con una

3 ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho Hipotecario”, 8ª edición, Tomo VII. Ed. Bosch. Barcelona, 1998.

excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que expone a la economía de las familias españolas a un elevado riesgo por la evolución de los tipos, muy dependientes de decisiones de política monetaria.

Bien es verdad que estábamos a cubierto de las hipotecas *subprime*⁴, pero ello no evitó la paralización del mercado inmobiliario español, no por motivos de la oferta ni de la demanda, sino del diferencial del precio entre ambas. El precio y las demás condiciones del dinero que se adquiría a través de la financiación hipotecaria eran extraordinariamente benignas debido a que enormes cantidades de dinero se destinaban a inversión en el mercado hipotecario secundario, el cual ha quedado paralizado, desde el verano de 2008, por la negativa de los inversores institucionales tradicionales a suscribir nuevas emisiones por falta de confianza y, sin tales recursos, el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el nivel alcanzado en la concesión de préstamos y créditos hipotecarios.

Todo ello aconseja una línea de actuación orientada a:

- a) Buscar nuevos instrumentos jurídicos distintos de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda.
- b) Proteger adecuadamente a la ingente masa de compradores que adquirieron sobre plano y corren el peligro de perder las cantidades anticipadas por la situación concursal del vendedor.
- c) Proporcionar fórmulas de refinanciación a compradores que se hallan en situación de sobreendeudamiento.
- d) Reactivar el mercado secundario, en una doble vertiente: regenerar la confianza en los inversores y recuperar la inversión ya realizada pues, en otro caso, la desconfianza aumentará.
- e) Dotar de una mayor flexibilidad al mercado hipotecario para amparar el desenvolvimiento de nuevas soluciones exigidas por las necesidades de los

⁴ La normativa y estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de estas hipotecas en España, ya que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que dan cobertura a las emisiones y que la existencia de un Registro de la Propiedad de derechos y calificación lo impide. De hecho, la nueva Administración Obama se ha planteado la posibilidad de instaurar un sistema registral análogo al español (LA GACETA de 9 de febrero de 2009). DIAZ FRAILE, J.M.: ob. cit. Pág. 645.

usuarios o demandadas por la práctica bancaria, requerimiento este que se agudizan como consecuencia de la actual situación de crisis económica mundial, con parámetros difícilmente encajables en los esquemas preestablecidos, que exacerba problemas hasta ahora latentes o con una incidencia relativa. Se trata, por tanto, de amoldar nuevos tipos hipotecarios, a priori no conciliables con los principios que han sustentado la construcción clásica del derecho de hipoteca. Como respuesta a esta necesidad se publica la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, que introduce importantes cambios en algunos aspectos de la concepción tradicional del derecho real de hipoteca y en algunas de sus diversas modalidades.

Este último punto centrará nuestra exposición. Vamos a analizar cómo la hipoteca clásica se reinterpreta sobre la base de un nuevo tratamiento de sus cláusulas financieras y de vencimiento anticipado. Pasaremos, después, a estudiar las posibilidades que dicha Ley supone para la modificación en hipotecas preexistentes, en concreto, la ampliación de la hipoteca a nuevas cantidades – hipoteca recargable -, a mayor plazo o a nuevas fincas y las figuras de la subrogación hipotecaria y las daciones en pago.

Concluiremos con un necesariamente breve recorrido por esas nuevas figuras hipotecarias: sindicación de acreedores e hipoteca por tramos; la hipoteca flotante; la hipoteca sujeta a condición suspensiva; la hipoteca en garantía de un crédito ya vencido; y la hipoteca inversa.

II. REINTERPRETACIÓN DE LA HIPOTECA CLÁSICA. CLÁUSULAS FINANCIERAS Y DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La Ley 41/2007 supone la culminación de una evolución normativa tendente a la inclusión en la inscripciones de hipoteca de todas aquellas cláusulas que sean necesarias para que el Registro de la Propiedad ofrezca una completa información del derecho real inscrito y de la obligación a que se vincula, proporcionando la máxima transparencia e información a quien quiere contratar sobre el bien hipotecado o sobre la hipoteca inscrita y ello porque no sólo es de interés para

acreedor o deudor, sino también para terceros interesados, incluyendo también a los terceros adquirentes de los título en el Mercado Hipotecario. Así, la redacción actual del artículo 12 de la Ley Hipotecaria nos dice: “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

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

La interpretación de este artículo, que ha generado una fuerte polémica doctrinal sobre su alcance respecto a la calificación registral⁵ en la que no es este el momento oportuno para entrar, puede resumirse en los siguientes puntos:

1º. El artículo 12 LH no modifica su artículo 18; su finalidad es fijar el contenido de la inscripción de hipoteca y, en caso de entidades sujetas a la ley 2/1981, obliga a hacer constar las cláusulas financieras, aunque carezcan de trascendencia real, y las elevadas por las partes a la categoría de cláusulas de vencimiento anticipado. Se trata de dar a conocer todos aquellos elementos que inciden en la cuantía de la obligación asegurada y en su forma de determinación. Dentro de estas cláusulas financieras están las relativas al capital del préstamo, las de amortización, las de tipos de interés, de determinación de comisiones, de gastos a cargo del prestatario, de determinación de los intereses de demora; dentro de las de vencimiento anticipado se incluirán todas aquellas distintas de las legales

5 CANALS BRAGE, F.: “La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 L.H. reformado por ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca”. RCDI, num. 711, Enero-Febrero 2009. Pág. 143 a 213.

DELGADO RAMOS, J.: “Los principios hipotecarios tras la ley 41/2007 de reforma del sistema hipotecario”, trabajo publicado en la web www.notariosyregistradores.com.

que faculden a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

- 2º. En ningún caso pueden acceder al Registro de la Propiedad las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas o las declaradas judicialmente abusivas en sentencia inscrita en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación.
- 3º. La calificación registral va más allá de decidir sobre la naturaleza real de un pacto. Por ello, al hablar de hipotecas en momento de crisis económica, en especial en los supuestos de refinanciación, hay que revisar los criterios de admisibilidad de las cláusulas referidas, contemplando el sistema hipotecario desde una perspectiva más global que ponga el acento en la solvencia de cada deudor como eje de la solvencia del sistema⁶.
- 4º. Como no ha cambiado el sistema registral español, de inscripción y no de transcripción, no tiene cobertura normativa la teoría que entiende que las cláusulas financieras se transcriben, sino que es el Registrador el responsable de la redacción del asiento. El artículo 12 habla de hacer constar en los términos que resulten de la escritura y ello no es transcribir, es hacer constar “en sus términos”, es decir, inscribir conforme a la voluntad que las partes manifestaron en el título inscribible, sin alterar su contenido, para que acceda al Registro de la Propiedad aquello que tenga trascendencia frente a terceros y lo haga con toda claridad posible, respetando el sentido de lo convenido entre las partes y que va a ser objeto de inscripción. Sólo así se hace posible que se incorporen al Registro operaciones financieras de gran complejidad, contenidas en textos tan densos como extensos y, en ocasiones, confusos cuya transcripción generaría un asiento tan complejo como incomprensible⁷.
- 5º. El interesado dispone del derecho que le otorga el artículo 258 LH para verificar que la inscripción recoge fielmente los derechos inscritos.
- 6º. En el supuesto de cláusulas financieras, el efecto de su inscripción es proporcionar información a los terceros sobre las condiciones de la obligación asegurada con hipoteca, a los interesados en contratar sobre el crédito garantizado, permitiendo el perfecto conocimiento del mismo y de su garantía a través de la inscripción

6 GOMEZ JENE, F.: “La hipoteca en el momento de la constitución. Cláusulas financieras y de vencimiento anticipado” en la obra colectiva “Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009. Pág. 130.

7 GOMEZ JENE, F.: Ob. cit., pág. 143.

registral y sin tener que acudir a otras instancias o atacar el secreto del protocolo notarial; en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado, el destinatario primordial de la información es el adquirente del bien gravado, indicándole cuáles son las circunstancias que pueden provocar la ejecución de la hipoteca que lo grava. No es publicidad noticia⁸, es publicidad registral sin más dirigida a enervar el juego de la fe pública recogida en el artículo 34 LH, obligando al tercero a estar a las resultas de una eventual ejecución hipotecaria.

III. MODIFICACIONES EN HIPOTECAS PREEXISTENTES

La Ley 41/2007, en atención a la importancia del mercado hipotecario como el segmento del sistema financiero de mayor repercusión en la estabilidad macroeconómica, esencial para la financiación de la vivienda y representativo de la mitad del total de crédito al sector privado, se propone eliminar los obstáculos a la oferta de nuevos productos, modernizar el régimen de protección de los usuarios a través de una transparencia más efectiva que permita tomar decisiones en función del riesgo real de los productos y mejorar los instrumentos de financiación.

En esta línea, considerando que la novación de préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva del concepto de novación modificativa establecida por la Ley 2/1994, de 30 de marzo⁹, se introducen criterios

8 VALERO FERNANDEZ-REYES, A.: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008” en Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo. Centro de Estudios Registrales-Decanato de Madrid, nº 19. Pág. 65 a 84.

9 Esta Ley nació con la finalidad de que el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en la época de su publicación, que repercutió en el de los préstamos hipotecarios, fuera aprovechado por los usuarios que habían concertado sus préstamos con anterioridad a dicha bajada, evitando la inviabilidad económica que para tal cambio suponían dos factores: la fuerte comisión por amortización anticipada impuesta por las entidades financieras al tiempo de constituir la hipoteca y la duplicación de gastos que implicaba la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Para ello, acude a la solución de la subrogación convencional prevista por el artículo 1.211 del Código Civil como un acto voluntario del deudor pero, dada la escasa normativa proporcionada por dicho precepto, completa dicha regulación estableciendo sus requisitos y posibilitando el ejercicio de esta potestad por el deudor aunque el primer acreedor no preste su colaboración. Además, limita legalmente la cuantía de la comisión

más amplios para apreciar la existencia de esta figura, de forma que entiende que se produce una mera modificación y no extinción de la relación jurídica con constitución de una nueva en los supuestos de:

- a) Incremento o reducción del capital.
- b) Prestación o modificación de garantías personales.
- c) Alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente.
- d) Alteración del plazo.
- e) Alteración del método o sistema de amortización.
- f) Alteración de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.

Vamos a analizar, de estas modificaciones, algunas de alto interés práctico en el actual contexto económico y cuyo acceso registral ha planteado problemas. En concreto estudiaremos la ampliación de la hipoteca en nuevas cantidades, en mayor plazo o a nuevas fincas.

Finalizaremos este epígrafe abordando los temas relativos a la subrogación hipotecaria y a las daciones en pago.

Con carácter general hemos de señalar que la Ley 41/2007 de 7 de diciembre tiene como una de sus finalidades fundamentales, facilitar, en última instancia, la refinanciación del deudor. En aras a la consecución de este objetivo viene a dar una nueva redacción a determinados preceptos de la Ley 2/1994 de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, estableciendo una nueva redacción del artículo 4 de la Ley 2/1994 que regula la modificación de los préstamos hipotecarios cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, partiendo del principio de que nos encontramos en presencia de novaciones modificativas de los préstamos hipotecarios, no de novaciones extintivas. En relación al rango registral, viene a establecer, una regla general y unas excepciones.

por amortización anticipada en los préstamos a interés variable, en consideración al escaso riesgo que, en ellos, asume el acreedor.

Así, se da nueva redacción del artículo 4 de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que queda como sigue:

- “1. *En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.*
2. *Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:*
 - i) *la ampliación o reducción de capital;*
 - ii) *la alteración del plazo;*
 - iii) *las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;*
 - iv) *el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;*
 - v) *la prestación o modificación de las garantías personales.*
3. *Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”.*

La regla general está contenida en el apartado tercero del mencionado artículo 4, “*las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*”.

Las excepciones a esta regla general, vienen, igualmente, recogidas en el apartado tercero del artículo 4, pero aquí el precepto pierde su claridad inicial y no resulta claro cuáles son esas excepciones, como tendremos ocasión de comprobar.

1. Ampliación de la hipoteca a nuevas cantidades.

Vamos a examinar en este epígrafe la llamada “hipoteca recargable” que permite ampliar el préstamo inicial sin constituir una segunda hipoteca mediante la solicitud al Banco de la ampliación del préstamo hasta el máximo de lo amortizado con cargo a la hipoteca primitiva, por tanto, sin superar la cifra del capital inicialmente concedido, incluso cuando existan acreedores posteriores. Es, pues, un medio de refinanciación para los deudores hipotecarios que, habiendo concertado un préstamo por una determinada cantidad y a devolver en un plazo prefijado, después de devuelta parte de dicha cantidad y antes de vencer el plazo, solicitan al prestamista que le vuelva a prestar una cantidad igual o menor de la devuelta, ocupando el “hueco” dejado por la parte ya pagada.

Es obvio que este tipo de novación es idónea en el momento actual por las necesidades de refinanciación debidas al consumo familiar y a la flexibilización que parece demandar la sociedad, a la que ha intentado dar respuesta la Ley 41/2007. El tratamiento de este supuesto y los problemas de conservación de rango van a tener distinta orientación según existan o no cargas posteriores. Si no existen el problema de conservar el rango no es tal; pero si existen cargas posteriores la cuestión se complica.

Existen tres posturas fundamentales en orden a la admisión de la figura de la hipoteca recargable:

- 1^a. La favorable a su admisión, por entender que flexibiliza el sistema hipotecario, evitando acudir a préstamos personales e incurrir en nuevos gastos de constitución de una nueva hipoteca, al entender que estamos ante un mera novación modificativa. El inconveniente es la inseguridad jurídica que genera el no saber la cuantía actual al ser susceptible de recargas sucesivas.
- 2^a. La maximalista que la rechaza, considerando que tal operación implica siempre la constitución de una nueva hipoteca, con todas las consecuencias de dicha constitución y del rango posterior. Es decir, es una modificación extintiva. La ventaja de esta postura es la defensa de la seguridad jurídica; los inconvenientes, el que no será utilizada, ya que las entidades financieras no estarán dispuestas

a novar la hipoteca primitiva si hay cargas intermedias, porque perderán su preferencia.

- 3ª. La posición intermedia que parece ir en la línea de la Ley 41/2007, entiende que por la parte de capital primitiva, la hipoteca sigue conservando su rango y la posterior ampliación ocupará el rango que le corresponda, tras la hipoteca primitiva si no hay acreedores intermedios o tras éstos en otro caso, salvo que consientan expresamente la operación, lo cual no deja de ser extraño, pues consentirían una carga que les perjudica.

Antes de la Ley 41/2007, en base a los principios de accesoriedad y prioridad, desde la óptica de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la DGRN consideraba esta “ampliación de hipoteca” como la constitución de una nueva hipoteca (Resoluciones de 26 mayo 2001, 9 enero y 26 junio 2002, 17 enero, 30 abril y 8 junio de 2002) aunque su postura evolucionará a la posición intermedia¹⁰ en las Resoluciones de 10 y 13 de octubre de 2006.

Desde la óptica de la Ley 41/2007, que modifica los puntos 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994 en los términos ya señalados, los requisitos para la admisibilidad de la hipoteca recargable parecen ser¹¹:

- 1º. Subjetivo, sólo se admite si la entidad prestamista es una de las financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario: Bancos, Cajas de Ahorro y sociedades de crédito hipotecario, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y la CECA.
- 2º. Temporal, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007.
- 3º. Objetivo, debe estipularse expresamente, en el contrato inicial de préstamo hipotecario, la posibilidad de la recarga.

10 VALERO FERNANDEZ REYES, A.: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable” en el libro de Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2008.

11 ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL, L.: “La novación de préstamos hipotecarios. La Hipoteca recargable” en el libro “Hacia un nuevo Derecho hipotecario: estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Madrid, 2008.

Parece, por lo tanto, que, con la finalidad de conseguir un sistema hipotecario más flexible, que permita superar la aplicación rígida y excesiva de los principios de accesoriedad y la anterior imposibilidad de refinanciar sin pérdida de prioridad, la Ley 41/2007 admite la hipoteca recargable, a la que alude en su disposición transitoria¹², aunque no le dé esta denominación procedente de la Ordenanza Francesa de 11 de marzo de 2006 que la regula minuciosamente¹³. Sin embargo, el hecho de que se dedique una referencia en la disposición transitoria hace pensar que se está introduciendo una reforma importante y de ahí que algunos autores interpreten que se consagra legalmente y para lo sucesivo la hipoteca recargable.

No obstante, la mayoría de los autores entienden que, si se quería un cambio radical en la configuración de la hipoteca, debía haberse declarado así y de forma concluyente, con modificación de las leyes sustantivas que regulan la materia (Código Civil y Ley Hipotecaria).

Lo cierto es que las opiniones son diversas; los hay que se muestran favorables a la admisión de la figura, entendiendo que sólo se aplicaría a las hipotecas constituidas tras la entrada en vigor de la Ley, que serían recargables si nada se dice al tiempo de su constitución sobre su no “recargabilidad”. La recarga y novaciones modificativas se harán constar necesariamente en el Registro de la Propiedad por nota marginal y no será posible si consta registralmente la ejecución de cargas posteriores o el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados¹⁴.

12 Al establecer, en su párrafo tercero, que 3. La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

13 OLIVA BRAÑAS, M.P.: “La ampliación del capital del préstamo según que la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga” en la obra colectiva “Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009. Pág. 157.

14 GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “Principios generales de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre” en el libro de Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2008

Con una interpretación finalista de la Ley, atendiendo a los antecedentes legislativos y normas posteriores, se ha entendido¹⁵ que hay que diferenciar cuatro supuestos en caso de que existan terceros posteriores a la hipoteca inscrita:

- a) Se amplía el capital en una cuantía que cabe dentro de la suma de las cantidades amortizadas, en cuyo caso la hipoteca no se altera y garantiza la cantidad debida en el momento de la ejecución hasta el máximo inicial, admitiendo nuevas e indefinidas recargas.
- b) Se amplía el capital por encima de dicha suma. Hay que diferenciar dos tramos: hasta dicha suma se aplica la solución anterior; por encima de ella, debe constituirse una nueva hipoteca con todas sus cifras de responsabilidad, aunque sus cláusulas sean las mismas que las de la hipoteca anterior.
- c) Sólo se amplía el plazo. La hipoteca mantiene su rango en todo caso.
- d) Se amplía plazo y capital. La hipoteca primitiva mantiene su rango respecto del capital pendiente (con el plazo ampliado y demás condiciones) y respecto a todo el capital ampliado, debe constituirse una nueva hipoteca.

En todo caso, creemos que debe mantenerse una actitud abiertamente favorable a la hipoteca recargable, ya que es útil al sistema hipotecario español, para la refinanciación rápida, segura y con bajo coste de los préstamos hipotecarios, aunque debe reclamarse una reforma legislativa que regule y clarifique la figura.

2. Ampliación de la hipoteca a mayor plazo.

Vamos a centrarnos en este momento en la ampliación del plazo del préstamo hipotecario, para determinar si implica, o no, una pérdida del rango registral de la hipoteca inscrita y objeto de modificación, si existen terceros titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.

15 VALERO FERNANDEZ REYES, A.: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable” en el libro de Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2008.

Hasta la entrada en vigor del nuevo artículo 4 de la Ley 2/1994, la novación de los préstamos hipotecarios era una cuestión pacíficamente admitida en base a la regulación sustantiva que, sobre la novación de las obligaciones, establece el Código Civil en sus artículos 1203 a 1213. De acuerdo con el artículo 1156 del CC, la novación es una causa de extinción de las obligaciones, sin embargo, la denominada “novación extintiva” sólo tiene lugar cuando se cumple lo preceptuado en el artículo 1204 del CC. Este artículo dispone que *“para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”*. En consecuencia, sólo en los supuestos expresamente declarados por las partes o de absoluta incompatibilidad, se producirá dicha extinción de la relación jurídica obligatoria.

Fuera de estos casos, cualquier otro cambio o variación de la relación jurídica obligatoria implicará una mera modificación de la misma -novación modificativa-, en base al artículo 1203 del CC que dispone que *“las obligaciones pueden modificarse: 1º. variando su objeto o sus condiciones principales; 2º. sustituyendo la persona del deudor; 3º. subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”*.

En consecuencia, cualquiera de estas variaciones subjetivas u objetivas, entre las que incluimos la modificación del plazo del préstamo hipotecario, no implican, por sí sola, una novación extintiva de la relación jurídica obligatoria si no hay una voluntad expresa o total incompatibilidad. En materia de modificación del plazo de los préstamos hipotecarios, el Tribunal Supremo ha venido a afirmar que no implican más que modificaciones de la relación jurídica obligatoria, es decir, supuestos de novación modificativa y no de una novación extintiva. Ello tiene una consecuencia importante a efectos del rango registral de la hipoteca que es objeto de modificación ya que el préstamo garantizado no se extingue ni se sustituye por uno nuevo y, consecuentemente, la hipoteca accesoria del mismo tampoco se extingue y, en principio, debería mantener y no perder su rango registral. Sin embargo, aquí entran en juego los artículos 32, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria y no resulta claro que esta sea siempre la consecuencia. Si no hay derechos inscritos con rango posterior, la situación no plantea mayores problemas. La hipoteca subsiste y conserva su rango registral, simplemente modificando su contenido. Sin embargo, si existen terceros titulares de derechos inscritos la situación se complica.

En estos casos la existencia de terceros titulares de derechos inscritos es amparada por la legislación a través de protección absoluta y *erga omnes* que otorgan los asientos registrales. En este sentido, el artículo 32 de la LH dispone que “*los títulos de dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros*”. Igualmente, el artículo 115 de la LH establece en sus dos primeros párrafos que “*para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella*”. Asimismo, el artículo 144 de la LH declara que “*todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o el compromiso, no surtirá efecto frente a terceros, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*”.

La Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios únicamente disponía en su artículo 4 que “*en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora inicialmente pactado o vigente, la ampliación del plazo del préstamo, o ambas*”. No se establecía en este precepto claridad alguna sobre la cuestión del rango registral que comentamos. No había mención alguna acerca de si nos encontrábamos ante una novación modificativa, aunque la DGRN y la doctrina mayoritaria así lo entendían, y si estos supuestos de modificación suponían la conservación o la pérdida del rango registral.

Ante esta situación, la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resoluciones de 26 de mayo de 2001, 17 de enero de 2002, 30 de abril de 2002 o de 8 de junio de 2002, aun considerando que no nos encontramos ante un supuesto de novación extintiva del préstamo hipotecario, ha estimado que el aumento de capital, con el consiguiente incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, no puede, en ningún caso, perjudicar a los terceros titulares de derechos inscritos con anterioridad a la ampliación, pero la hipoteca primitiva mantiene por el importe

inicial su rango registral y no tiene que posponerse a estas cargas intermedias entre la hipoteca y la ampliación.

No obstante, las asesorías jurídicas de las diversas entidades financieras adoptaron una posición conservadora y prudente sobre esta cuestión y ante la posibilidad que una decisión judicial viniese a determinar que la novación modificativa del préstamo hipotecario suponía una autentica pérdida del rango registral de toda la hipoteca modificada y no sólo en la parte ampliada o modificada, con las graves consecuencias negativas financieras para ellas, intentan salvar esta problemática, obteniendo el consentimiento de los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca que se pretende modificar o estableciendo en las escrituras de novación de préstamos hipotecarios una cláusula mediante la cual se fija una condición suspensiva para la inscripción de la escritura de novación del préstamo hipotecario, consistente en que no existan cargas posteriores a la hipoteca modificada.

La DGRN, en Resolución de 27 de noviembre de 1999, diferencia los supuestos de novación durante la vigencia del plazo del préstamo hipotecario de los supuestos de novación una vez finalizado el plazo originariamente pactado en la obligación crediticia garantizada, con una solución diversa en materia de prioridad de rango registral.

El primero de los supuestos, la modificación del plazo durante la vigencia de la obligación jurídica garantizada, se considera un supuesto de novación modificativa del préstamo hipotecario, lo que implica que la hipoteca no se extingue y conserva, pese a la modificación del plazo, el rango registral de su anterior inscripción, con lo que esa mera modificación del plazo de la hipoteca perjudica a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca que se modifica.

En el segundo de los supuestos, la solución es diferente y en sentido opuesto. Tal modificación hipotecaria, aunque es una mera novación modificativa, tendrá el rango correspondiente a la fecha de su acceso en el Registro de la Propiedad no perjudicando, sin su consentimiento, a terceros titulares de derechos intermedios inscritos entre la hipoteca y su modificación. Es una nueva hipoteca, con nueva fecha a efectos de rango registral y, consecuentemente, con las implicaciones arancelarias que implica la constitución de una nueva hipoteca.

Existe un supuesto especial, el previsto en el artículo 153 de la LH que dispone que *“podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responde la finca y el plazo de duración, haciéndose constar si este es o no prorrogable y, en caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta”*. Es decir, en la inscripción inicial de la hipoteca puede hacerse constar ya el plazo de la posible prórroga, de modo que los terceros pueden tener conocimiento de ella, por lo que los terceros posteriores sí quedarán perjudicados por el plazo de duración de la prórroga pero no por el hecho de estar en presencia de una prórroga del plazo, sino por ser una vicisitud de la hipoteca que estaba prevista en el momento de su constitución, en la inscripción inicial de hipoteca, lo que le otorga eficacia *erga omnes*.

Tras la Ley 41/2007, recordemos que se establecen una serie de supuestos en los que la modificación supone una novación modificativa, no extintiva, del préstamo hipotecario; entre ellas, la modificación del plazo, algo que, como ya hemos visto, con anterioridad a la reforma ya era el criterio mayoritario.

Pero, en cuanto a la cuestión relativa al rango registral, la determinación de qué supuestos implican una alteración o pérdida del rango registral de la hipoteca inscrita por existir terceros titulares de derechos inscritos, no ha quedado bien definida debido a la defectuosa redacción del apartado tercero de este artículo. La regla general está claramente establecida, no alteración o pérdida de rango registral de la hipoteca inscrita en las modificaciones de las circunstancias anteriormente reseñadas, porque estas modificaciones se limitan a variaciones de aspectos concretos del préstamo hipotecario y no a una alteración esencial del derecho real de hipoteca inscrito, por lo que los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca que se modifica deben tolerarlos.

El problema se centra en determinar las excepciones a la regla general. Si no hay dichos terceros titulares de derechos inscritos no habrá mayores conflictos. Existiendo dichos terceros, son variadas las tesis que han venido a definir los supuestos que, de acuerdo con el precepto, implican una alteración o pérdida del rango registral.

1ª. Una primera corriente doctrinal, que podemos llamar dual, viene a defender, en síntesis, que tras la nueva redacción del artículo 4 de la Ley 2/1994 son dos los supuestos en los que la modificación del préstamo hipotecario pierde rango registral: El supuesto de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y el supuesto de ampliación del plazo del préstamo hipotecario, en todo caso.

Se entiende que la expresión “incremento” se refiere exclusivamente a los supuestos de responsabilidad hipotecaria y la expresión “ampliación” se refiere exclusivamente a los supuestos de plazo. Esta interpretación del precepto presenta dos características claras en relación a los supuestos de modificación de préstamos hipotecarios.

Una primera característica es la consagración legal de la tesis de la DGRN, anteriormente mencionada, por la cual los supuestos de modificación de préstamos hipotecarios consistentes en el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria implican una alteración o pérdida del rango registral por el importe correspondiente a ese incremento de la cifra de responsabilidad. La hipoteca inscrita conserva su rango, pero sólo respecto de la cifra de responsabilidad hipotecaria primitiva. Por el importe correspondiente a la cifra de incremento de responsabilidad hipotecaria, a efectos de rango registral, se está constituyendo, si existen terceros, una nueva hipoteca por ese importe y con el rango que le corresponde desde la fecha de su acceso al Registro de la Propiedad. Este incremento, en consecuencia, no perjudicará a terceros titulares de derechos inscritos salvo que estos presten expresamente su consentimiento

La segunda característica de esta tesis consiste en interpretar que la ampliación del plazo durante la vigencia de préstamo hipotecario produce la pérdida del rango registral de la ampliación, por esa ampliación, interpretación que, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 41/2007 era minoritaria. Sin embargo, los supuestos de reducción del plazo del préstamo hipotecario no implican una pérdida del rango registral, ya que el nuevo artículo 4 de la Ley 2/1994 no recoge este supuesto dentro de las excepciones a la regla general de no alteración o pérdida del rango registral.

2ª. Una segunda posición doctrinal, que llamaremos unitaria, viene a interpretar, por el contrario, este cuestionado párrafo del artículo 4 en el sentido que, en síntesis, sólo hay un único supuesto en que la modificación del préstamo hipotecario pierde

rango registral: El supuesto de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria; de tal manera que el mero aumento del plazo no implicará, por sí sólo, una pérdida del rango registral. Sólo se perdería el rango registral, si el aumento de plazo va acompañado de un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Pero en este supuesto, que en su opinión es el reflejado en el precepto, la pérdida de rango es debida, no al aumento de plazo, sino al incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Este supuesto nada nuevo aporta, dado que ya está incluido en el supuesto de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Para esta tesis, el aumento del plazo del préstamo hipotecario, por sí sólo, no implica una pérdida del rango registral.

Esta interpretación del artículo 4 presenta, también, dos características claras en relación a los supuestos de modificación de préstamos hipotecarios.

Una primera característica es la consideración que, por sí sola, toda modificación del plazo de préstamo hipotecario, durante su vigencia, no implica una pérdida o alteración del rango registral, existiendo terceros titulares de derechos inscritos intermedios entre la hipoteca y su modificación.

Una segunda característica es, al igual que en la primera tesis expuesta -la tesis dual-, la consideración de la consagración legal de la interpretación previa a la reforma, articulada por la DGRN, por la cual los supuestos de modificación del préstamo hipotecario consistentes en el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria implican una alteración o pérdida del rango registral por el importe correspondiente a ese incremento de la cifra de responsabilidad.

3ª. Una tercera interpretación, que calificaremos de circular, de acuerdo a la nueva redacción del artículo 4 considera que son dos los supuestos en los que la modificación del préstamo hipotecario implica una pérdida del rango registral: El supuesto de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y el supuesto de ampliación del plazo del préstamo hipotecario y ampliación del capital del préstamo, sin incrementar la cifra de responsabilidad hipotecaria, simultáneamente o en el seno de una misma operación de refinanciación y esté articulada en uno o varios documentos públicos. Esta interpretación, además, de adecuarse a los antecedentes y al tenor literal, sistemático y finalista del artículo 4, vendría a dar cobertura legal

a una corriente doctrinal que considera, en relación a la hipoteca recargable, que en los supuestos de ampliar simultáneamente capital y plazo, aunque no se incremente la cifra de responsabilidad hipotecaria, se está constituyendo una nueva hipoteca en cuanto a ese capital y plazo, con la debida pérdida del rango registral en caso de existir terceros titulares de derechos inscritos.

3. Ampliación de la hipoteca a nuevas fincas.

Se trata de una modificación objetiva de la hipoteca, que afecta únicamente al derecho real ya constituido, al consistir en la ampliación o sustitución de los bienes hipotecados, que nada tiene que ver con la novación objetiva de la obligación pues no hay cambio en el objeto de la obligación principal garantizada. En concreto, los supuestos que nos ocupan son:

- a) La ampliación de la garantía hipotecaria a otros bienes.
- b) La sustitución del bien inicialmente hipotecado por otro u otros.

Puede resultar un instrumento útil para solventar situaciones fácticas frecuentes en situaciones de crisis económica ya que permiten:

- 1º. Ampliar la garantía hipotecaria en casos de disminución del valor de los bienes hipotecados o del ratio de solvencia del deudor. Es decir, se amplía la hipoteca a otros bienes.
- 2º. Liberar los bienes hipotecados que el deudor haya necesitado enajenar y sustituirlos por otros bajo la misma garantía. Esto es, se sustituye un bien hipotecado por otro.

La figura que estamos analizando ya tiene antecedentes legislativos en los artículos 1129,3 Cc, 117 LH y 219,2 de su Reglamento, 115 LH, 163 LH y 5,3 de la Ley del Mercado Hipotecario y en la doctrina de la DGRN, al perfilar los supuestos de admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado por deterioro o disminución del valor de la finca hipotecada. Sin embargo, la modificación objetiva de la hipoteca que queremos analizar carece de regulación en cuanto a la mecánica para inscribirlas y a sus efectos respecto al rango registral, excepto las normas generales de los artículos 81 y 144 de la Ley Hipotecaria.

Veamos separadamente los dos supuestos.

A) La sustitución de algún bien hipotecado, generándose tal necesidad por múltiples causas y recayendo la sustitución en cualquier bien susceptible de ser hipotecado.

Intervendrán en la operación el propietario del nuevo bien hipotecado, que ha de prestar su consentimiento; el acreedor de la obligación asegurada, que también ha de consentir dada la trascendencia del acto; el deudor hipotecario respecto al cual, si es persona distinta del titular del bien hipotecado primitivamente, no será exigible el consentimiento; y del propietario del bien inicialmente hipotecado que, al verse beneficiado por la operación, tampoco tendrá que consentirla.

Formalmente se requerirá escritura pública en la que intervengan todos los que deben prestar consentimiento, e inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad, la cual implicará las siguientes operaciones:

- a) Cancelación de la hipoteca inscrita sobre el bien inicialmente hipotecada.
- b) Inscripción de la hipoteca sobre el nuevo bien que le sustituye y que debe ser extensa, aun cuando no haya alteración de los demás pactos y condiciones de la hipoteca, debiendo reflejar no sólo el negocio de sustitución.

Las dos operaciones son simultáneas si se producen respecto a fincas del mismo Registro, pero el rango registral sobre el nuevo bien lo determina su propia inscripción, sin que pueda disfrutar de la antigüedad de la hipoteca sobre el primer bien hipotecado.

B) Ampliación de la hipoteca a otros bienes distintos a los inicialmente hipotecados, que no tiene – aunque suele suceder – porque concurrir con una ampliación de la cuantía inicialmente asegurada, ya que también puede estar motivada por la disminución del valor de los bienes inicialmente hipotecados, lo que provoca que la garantía devenga insuficiente.

Puede ser acordada voluntariamente por las partes o exigida por el acreedor en los casos legalmente previstos (art. 117 LH y 219,2 RH; art. 115 y 163 LH; art. 5 LMH).

Intervendrán en la operación el propietario del nuevo bien hipotecado, que ha de prestar su consentimiento; el acreedor de la obligación asegurada, que también ha de consentir dada la trascendencia del acto; el deudor hipotecario respecto al cual, si es persona distinta del titular del bien hipotecado primitivamente, no será exigible el consentimiento; y del propietario del bien inicialmente hipotecado que, al verse beneficiado por la operación, tampoco tendría que consentirla, pero, como la ampliación a nuevos bienes supone la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre ellos, tal distribución si le afecta y, por tanto, se precisa su consentimiento.

Formalmente, los requisitos son los reseñados para el supuesto anterior, y la inscripción del negocio de novación del bien hipotecado supondrá las siguientes operaciones:

- a) En el folio del bien inicialmente hipotecado se efectuará una inscripción haciendo constar que la hipoteca afecta a otros bienes y determinado la parte de responsabilidad global que le afecta, además de hacer constar las modificaciones en el importe o condiciones de la hipoteca primitiva, si las hubiera.
- b) Inscripción de la hipoteca sobre las fincas a que se amplía, indicando la responsabilidad global y la específica de la finca, así como las cláusulas de hipoteca que sean susceptibles de inscripción,

El rango registral de la finca hipotecada inicialmente no se altera, salvo cuando lleve consigo un incremento de la responsabilidad o del plazo; respecto a las nuevas fincas tendrá el rango que le corresponda al momento de la inscripción.

4. Subrogación hipotecaria¹⁶.

En el momento presente, lo que más preocupa al acreedor es aquello que está ya hipotecado, que no lo que puede ser garantizado en el futuro. Es la novación, la

16 Para un completo análisis de esta figura, véanse los trabajos de Alfonso Ventoso y Juan Manuel Llopis. VENTOSO ESCRIBANO, M.: "Subrogación hipotecaria", y LLOPIS GINER, J.M.: "La cesión y subrogación de los créditos hipotecarios. Nueva regulación", ambos en la obra colectiva "Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica". Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009. Pág. 243 a 351.

refinanciación, lo que se está viendo en las oficinas del Registro de la Propiedad, y ello como medio para salvar a la parte deudora del concurso de acreedores al que, desgraciadamente, en muchas ocasiones, está abocado.

Como sabemos, la subrogación del acreedor es la modificación de la parte acreedora, por la voluntad del deudor, en la hipoteca que trata de modificar.

La Ley 2/ 30 de marzo de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios fue un desarrollo del artículo 1211 del Código Civil, artículo que, hasta ese instante había suscitado escaso interés. El supuesto de la subrogación consiste en un cambio de acreedor sin consentimiento de éste y a voluntad del propio deudor *«cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública»*. Con ello, se facilitaba a la parte deudora la posibilidad de beneficiarse de la modificación de los tipos de interés, a la baja en aquellos momentos, estableciendo beneficios fiscales, notariales y registrales, que, en último término, fomentaban la competencia entre los Bancos y beneficiaba a los usuarios.

La Ley del 94 dio sus frutos y que fueron muchos los casos de subrogación que se produjeron en los siguientes años de su aplicación; también se fomentó la novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario entre las partes inicialmente contratantes, adaptándose así a la nueva situación financiera.

Pero la Ley del 94 no fue bien recibida por las entidades financieras, ya que generaba una competencia entre ellas, sobre todo en cuanto a la rebaja de los diversos tipos de interés. También evidenciaba una falta de «fidelización» del cliente que, por su propia cuenta, buscaba otra entidad que le ofrecía mayores ventajas en su préstamo, lo que obligatoriamente, en la estructura bancaria, hacía que el director de la sucursal correspondiente o el comercial tuviese que justificar el número de infidelidades bancarias que se producían en su entidad.

Además, el acreedor quedaba en manos de su deudor, pues contra de su voluntad o, al menos, sin ella, veía como pasaba a otras manos el crédito hipotecario. Bien es verdad que, con la subrogación, la entidad acreedora percibía el total del capital prestado, pero su negocio consiste no sólo en eso, sino en la percepción de los frutos o intereses debidos por dicho préstamo, por lo que la subrogación causa un

perjuicio económico a la entidad acreedora, que se solucionaba con la antes llamada comisión.

Por último, otra causa de rechazo era que dificultaba la financiación futura, dando como garantía la misma finca hipotecada. El temor que la entidad subrogada hiciese la subrogación solamente sobre el primer préstamo hipotecario, y no sobre el segundo o ulteriores de la misma entidad acreedora, hizo que se adoptase una variedad de figuras que no estaban llamadas para realizar las funciones de cobertura: se confundió la ampliación de la hipoteca con la ampliación del préstamo hipotecario, se establecieron verdaderos préstamos bajo la figura de hipotecas en garantía de cuentas corrientes, se extendió la igualdad de rango entre las distintas hipotecas, o se considero válido el pacto de vencimiento anticipado en caso de subrogación. Todo ello distorsionaba el sistema, exigiendo una solución que intenta lograr la reforma del 2007, que, podemos anticipar, ha puesto diversos obstáculos en el procedimiento de la subrogación, no beneficiando esta figura jurídica.

En el aspecto subjetivo, la ley 41/2007 no introduce modificación alguna, pero, en cuanto a los requisitos objetivos, reforma el artículo 2 de la ley de 1994, que pasa a decir: «*Cuando sobre la finca existe más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos*».

Esta reforma se presta a múltiples y diversas interpretaciones sobre una cuestión de fondo: la interpretación de los términos “*crédito*” y “*préstamo hipotecario*”, con tres posibles soluciones:

- a) La que mantiene la aplicación de la doctrina tradicional sobre la materia, limitando los supuestos de subrogación a los casos de préstamo hipotecario, excluyendo los llamados créditos.
- b) La que amplía el criterio hasta ahora mantenido e incluye los créditos.
- c) La postura que podría decirse ecléctica. El legislador ha querido cambiar el criterio y, presionado por las legítimas preocupaciones de las entidades bancarias en cuanto a la seguridad en la financiación, ha pretendido establecer un sistema en el que la entidad acreedora no quedase al albur de posibles actuaciones del deudor en cuanto a la subrogación de un nuevo acreedor

que ocupase un mejor rango hipotecario. La reforma de 2007 obliga a la entidad subrogada a hacerlo en todos los créditos y préstamos hipotecarios relativos a la misma finca. De ahí que pueda darse una posición intermedia entre las anteriores, consistente en hacer posible la subrogación tanto en préstamos como en créditos cuando se vaya a realizar sobre los primeros y resulte que la finca se encuentre además gravada con otras cargas como son los créditos garantizados con hipoteca. En estos casos la entidad subrogada viene obligada a asumir la posición del acreedor respecto de todos ellos.

Es decir, si sobre la finca existe solamente un crédito no nacido de préstamo hipotecario, no se admitiría la subrogación; solo en el caso de subrogarse sobre un préstamo habiendo otros créditos tendrá el nuevo acreedor que hacerse cargo de los mismos

En cuanto al procedimiento subrogatorio las novedades fundamentales introducidas por la Ley 41/2007 son las siguientes:

- 1º. Necesidad de que la notificación de la oferta por el deudor se realice por vía notarial.
- 2º. En el derecho a enervar de la entidad acreedora se cambia el cómputo del plazo inicial para ello y se exige que la enervación deba hacerse a través del Notario que ha efectuado la notificación de la oferta vinculante.
- 3º. Se concede mayor protagonismo al Notario en todo el procedimiento.
- 4º. La Disposición adicional II del R.D. 716/2009, de 24 de abril, regula tres extremos: a) inclusión de la oferta vinculante en la notificación, b) ejercicio del derecho a enervar por persona facultada para ello y, c) caso de ejercitar tal derecho, el reflejo por escrito de la oferta de la inicial acreedora que ha enervado la subrogación. Los dos primeros extremos poco añaden a la interpretación lógica de la Ley 2/1994, pero el tercero tiene mayor contenido, aunque insuficiente: el acreedor primitivo, una vez manifestada su voluntad de enervar, está obligado a formular una propuesta de modificación en diez días. Lo que no aclara, de ahí que juzguemos insuficiente la regulación, es qué sucede si, tras ello, adopta una posición de pasividad. Entendemos, dado el carácter excepcional del procedimiento de subrogación, que tras su manifestación en tal sentido se termina el procedimiento y no es posible realizar la subrogación. El

deudor tendrá derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios, pero el procedimiento excepcional ha concluido y se aplica la regla general; es decir, hay consentimiento o hay sentencia.

5. Las daciones en pago.

Esta figura jurídica de larga tradición en nuestro Derecho, tampoco es extraña al ámbito registral, pero nunca ha sido tan frecuente su presencia en las oficinas registrales donde, en el último año, han aumentado considerablemente las daciones en pago de la deuda hipotecaria contraída con las entidades de crédito, evitando éstas acudir a la vía ejecutiva para obtener la satisfacción de su crédito. Son casos en los que una entidad financiera concede un préstamo para la adquisición o construcción de un inmueble, garantizando el prestatario dicha obligación mediante la constitución de una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre el bien cuya adquisición se pretende. Sobrevenidas al deudor dificultades para atender al pago de los plazos de amortización, una de las posibilidades que se plantean es extinguir la obligación mediante la entrega del bien al acreedor con finalidad solutoria.

Las entidades de crédito se inclinarán por esta solución para evitar la morosidad, eludir situaciones concursales de las promotoras, y no modificar desfavorablemente los ratios de solvencia, evitando a dichas entidades la obligación de provisionar.

Basada legalmente en el artículo 1255 del Código Civil que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, y con fundamento al artículo 1166.1 del Código Civil que, a sensu contrario, afirma: *“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”*, la dación en pago se desenvuelve en tres momentos imprescindibles:

- 1º. La existencia de una obligación primitiva incumplida. Es el préstamo en dinero para adquirir el bien inmueble, cuya devolución se ha garantizado por hipoteca, y que no puede cumplirse. Es una deuda anterior vencida líquida y exigible que no puede cumplirse a su vencimiento, normalmente por problemas de solvencia, liquidez o dificultades económicas.
- 2º. Presupone un acuerdo consensual entre acreedor y deudor para sustituir la prestación debida por la entrega del inmueble dado en garantía, como requisito

imprescindible para que la dación produzca los efectos extintivos de la obligación inicialmente pactada. Es una salida para el deudor pero no puede perjudicar al acreedor, por lo que la decisión última la tiene éste en un doble sentido: aceptar el inmueble como forma de pago, y darse por satisfecha y otorgar carta de pago de la obligación.

- 3º. Consumación de la dación mediante la entrega del bien por acreedor al deudor. Tal entrega debe formalizarse en escritura pública (artículo 1281 del Código Civil) para que acceda al Registro de la Propiedad y se beneficie de los efectos legales de la inscripción (artículo 3 de la Ley Hipotecaria).

EFFECTOS DE LA DACION EN PAGO.

- 1º. Extingue la obligación primitiva por cumplimiento. Este efecto solutorio sólo se produce por la consumación, no por el acuerdo. Si no hay entrega de la cosa, no se produciría el efecto extintivo perseguido en el acuerdo.
- 2º. Extinción de las obligaciones accesorias. No previsto específicamente para la garantía hipotecaria pero sí a la fianza, prototipo de garantía personal, en el artículo 1849 del Código Civil. Esta extinción, para la hipoteca, tiene lugar con la entrega de la cosa (consumación), produciéndose la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos, con lo que será aplicable el artículo 190 del Reglamento Hipotecario que afirma: *“Cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación, y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada. Si la cancelación no se hubiere efectuado en la forma autorizada en el párrafo anterior, se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado.”*

Es decir, son los requisitos cancelar por confusión:

- a) Que, en virtud del principio de rogación, haya solicitud expresa.
- b) Que los derechos respecto de los cuales procede la confusión consten inscritos.
- c) Que exista causa de cancelación.

¿Qué sucederá, dado el carácter rogado de la cancelación por confusión de derechos, si la hipoteca subsiste tabularmente ya que no se puede cancelar de oficio? Estaríamos ante la llamada “hipoteca del propietario”, que implica la posibilidad de constituir o mantener una hipoteca a favor del titular dominical de la finca, sin que exista una obligación, cualquiera que sea su naturaleza, a la que sirva en garantía. En este caso, el crédito que garantizaba se extinguió al haberse dado por satisfecho el deudor.

Dada la opinión mayoritaria en contra de admitir la figura de la “hipoteca del propietario”, habrá que entender que no será operativa la dación en pago si hay cargas intermedias (generalmente la operación se sujeta a la condición suspensiva de inexistencia de las mismas), para evitar que operada la confusión, otra carga no preferente a la hipoteca en su ejecución barra la adjudicación.

Lo cierto es que las daciones en pago siguen siendo el instrumento jurídico más utilizado con deudores hipotecarios, carentes de arraigo en territorio nacional y sin más bienes, que devienen insolventes ya que, a efectos prácticos, los bienes hipotecados constituyen su único patrimonio, con lo que, al no alcanzar el principio de responsabilidad universal del deudor que consagra el 1911 más allá de la finca hipotecada, jugará, de facto, el artículo 140 LH.

IV. NUEVAS FIGURAS HIPOTECARIAS

1. Sindicación de acreedores e hipoteca por tramos.

La definición tradicional del derecho de hipoteca, pivotando sobre los principios de accesoriadad, indivisibilidad y especialidad, ha ido experimentando una transformación profunda como resultado de la creciente complejidad de la contratación de las entidades financieras, que precisan una mayor flexibilidad del mercado hipotecario capaz de amparar el desenvolvimiento de nuevas soluciones exigidas por las necesidades de aquélla o demandadas por la práctica bancaria; agudizándose tales requerimientos como consecuencia de la actual situación de crisis económica mundial, que exacerba problemas hasta ahora latentes o con una incidencia relativa. Esta situación va a influir, necesariamente en los criterios

aplicados por los Registradores de la Propiedad en la calificación de las hipotecas presentadas a inscripción.

*El contrato sindicado*¹⁷, es aquel por el que varias entidades financieras, unidas por vínculos de colaboración y coordinados por el *banco agente*¹⁸, conceden crédito o se obligan a poner fondos a disposición del acreditado, hasta el límite y por el plazo estipulados, comprometiéndose ese acreditado al reembolso de dichos fondos y al pago de intereses, comisiones y gastos correspondientes, todo ello según lo pactado en el contrato. Carece de regulación legal y presenta una gran variedad, pero se singulariza por cinco características particulares del mismo¹⁹: pluralidad de partes en el aspecto acreditante; su gestión por una entidad financiera, el *banco agente*, mandatario irrevocable de los acreedores²⁰; las operaciones financieras activas que pueden sindicarse son muy variadas, pero las dos figuras básicas son el préstamo y la

17 FERRE MOLTÓ, M.: "Operaciones bancarias sindicadas" en la obra colectiva "Contratos Bancarios y Parabancarios" coordinada por Nieto Carol, U. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio e Instituto de Estudios Superiores de la Fundación Universitaria San Pablo. CEU. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998. MURO VILLALÓN, J.V.: "La hipoteca en garantía de los préstamos sindicados" en la obra colectiva "Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria". Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

18 El término procede de "agency", no de "agent", entendiéndose por agency: relation in which one person, the agent, acts on behalf of another, the principal. GIFIS, S.H.: "Law Dictionary Barron's Educational". 1991.

19 AMESTI MENDIZABAL, CH.: "El Contrato de Crédito Sindicado. Contratos Bancarios". Ed. Cívitas. Madrid, 1992. DIEZ PICAZO, L.: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Vol. II. Ed. Cívitas, Madrid, 1992. SANCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho Mercantil". Ed. Edersa. Madrid, 1994. AMESTI MENDIZABAL, CH.: "El Banco agente en los contratos de crédito sindicado" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 45. Madrid, 1992. BONET SÁNCHEZ, J.I.: "Contratos bancarios, cien preguntas claves y sus respuestas". Ed. Dykinson. Madrid, 1997. PRADA GONZALEZ, J.M. de: "Algunos aspectos de los préstamos bancarios" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 14. Madrid, 1984. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Los préstamos y créditos sindicados con interés variable, en nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero". Ed. Cívitas. Madrid, 1990. GISPERT PASTOR, M.T.: "Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español". Librería Bosch. Barcelona, 1986. VICENT CHULIÁ, F.: "Compendio crítico de Derecho Mercantil", Tomo II. Librería Bosch. Barcelona, 1990.

20 En contra, PRADA GONZALEZ, J.M. de: "Algunos aspectos de los préstamos bancarios" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 14. Madrid, 1984.

apertura de cuenta de crédito, cuya tipología influirá en la naturaleza de la hipoteca que se constituya para garantizarlas; aunque hay financiación sindicada a tipo fijo²¹, lo normal es que se trate de una operación indicida, es decir, a tipo variable²²; por último, asegura operaciones a medio y largo plazo.

Lo usual es que la mayoría de los créditos sindicados se estructuren de forma que el acreditado no pueda disponer de todos los fondos de una sola vez, sino fraccionadamente, dentro de unos límites mínimos y máximos y con una carencia predeterminada. Por lo general, la primera entrega se condiciona al cumplimiento de ciertos deberes del cliente relativos a la presentación de documentación sobre su situación jurídica y económica; las entregas sucesivas pudieran incluso condicionarse a que en la vida del deudor se alcancen determinadas *ratios* de eficiencia y/o solvencia. Es decir, la obligación está sujeta a unas condiciones suspensivas que determinan que la hipoteca que se constituye para garantizarla sea una hipoteca de máximo o de seguridad y, dentro de esta categoría, una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

Rechazada la naturaleza solidaria o en mano común del vínculo obligacional nacido del contrato de préstamo sindicado y establecida su esencia mancomunada, el problema es compatibilizarla, en el supuesto que se garantice con hipoteca, con el carácter indivisible de la garantía.

La fragmentación del crédito en partes²³, de posible ejercicio independiente, repercute necesariamente en la hipoteca truncando su unidad, ya entendiendo que existen tantas hipotecas parciales como acreedores, ya una sola hipoteca por cuotas indivisas, aunque ambas concepciones llevan al mismo resultado: cada acreedor

21 FERRE MOLTÓ, M.: “Operaciones bancarias sindicadas” en la obra colectiva “Contratos Bancarios y Parabancarios” coordinada por Nieto Carol, U. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio e Instituto de Estudios Superiores de la Fundación Universitaria San Pablo. CEU. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.

22 MURO VILLALÓN, J.V.: “La hipoteca en garantía de los préstamos sindicados” en la obra colectiva “Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

23 ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho Hipotecario”, 8ª edición, Tomo VII. Ed. Bosch. Barcelona, 1998.

puede ejercitar la acción hipotecaria real por la parte de su crédito con carácter autónomo. La doctrina que negaba al acreedor hipotecario mancomunado tal facultad, sobre la base del carácter indivisible de la hipoteca debe entenderse superada por el artículo 227 del Reglamento Hipotecario que, a los efectos del procedimiento ejecutivo, considera preferentes las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor. Es decir, inspirándose en la regla del artículo 155 de la Ley Hipotecaria²⁴, si un acreedor va a la ejecución, el correspondiente proceso se desenvolverá normalmente, pero con subsistencia de las cargas o gravámenes que no hayan acudido a la ejecución. Ello no obstante, es perfectamente admisible que las partes de contrato sindicado pacten la necesidad de un acuerdo de la mayoría o de la unanimidad de los partícipes para el ejercicio de la acción hipotecaria. Es evidente que el contrato que instrumenta la operación sindicada debe precisar la parte de crédito de cada acreedor y, por tanto, su participación en la hipoteca, por imperativo del artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

El hecho de que las operaciones sindicadas tengan una elevada cuantía y supongan la participación de numerosas y diversas entidades acreditantes, las hace más complejas y más vulnerables a los acontecimientos de todo tipo que se producen durante la vigencia del crédito, lo que lleva a intentar prevenir todos los riesgos y a dar la máxima seguridad a cada una de las entidades partícipes. Por ello se introducen en los contratos de crédito sindicado una serie de cláusulas destinadas a “blindar” a los acreedores intervinientes. Estas cláusulas, de conformidad con la redacción que la Ley 41/2007 da al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, han de ser objeto de calificación, determinando, en ocasiones, su no inscribibilidad por su naturaleza personal o por ser contrarias al Ordenamiento Jurídico.

Podemos denominar *hipotecas “por tramos”* a aquellas hipotecas que se constituyen en garantía de un préstamo cuyo principal se divide en partes sujetas a regímenes financieros distintos. Esta unicidad en el tratamiento de las partes, “tramos”, del principal puede deberse a diversos motivos prácticos.

24 ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho Hipotecario”, 8ª edición, Tomo VII. Ed. Bosch. Barcelona, 1998.

Si aplicamos estrictamente los principios de indivisibilidad y especialidad, a priori, no cabría constituir una hipoteca en garantía de obligaciones que sean diferentes entre sí, aun cuando el acreedor sea único porque, al tratarse de relaciones autónomas, el incumplimiento de una de ellas determinará la ejecución del bien y la cancelación de la hipoteca en su totalidad, sin poder aplicar la cantidad obtenida a satisfacer la otra obligación que sigue cumpliéndose.

Si pretendemos ajustar la institución hipotecaria a las necesidades derivadas de una economía en abierta regresión, parece aconsejable inclinarnos por soluciones menos radicales, que pasen por una novación modificativa, que no extintiva, de la hipoteca ya constituida. Pero ¿tenemos un apoyo jurídico que nos permita acudir a dicha solución?

El problema estriba en determinar si nos hallamos ante dos obligaciones principales y distintas, unificadas sólo por su apariencia escrituraria y coincidentes únicamente en la ocasión de su constitución o de una única y sola obligación con una forma más compleja de cumplimiento ya que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, se establecen diversos plazos de cumplimiento y distintos tipos de interés. Frente a posturas negativas, entendemos que tratándose de las hipotecas por tramos, el criterio que admite la unicidad de la hipoteca aunque garantice obligaciones de distinta naturaleza y sujetas a un régimen jurídico diferente siempre que tengan conexión causal entre sí o una relación de interdependencia – de modo que el incumplimiento de una suponga el vencimiento anticipado de todos los créditos garantizados -, es aplicable al supuesto en el que existe una sola obligación, un solo préstamo, aunque, dentro del ámbito del principio de autonomía de la voluntad, se acuerden tramos diversos con variadas condiciones de plazo de vencimiento o tipo de interés.

2. Hipoteca flotante.

Aunque su finalidad inicial, por la que se introduce en la Ley 41/2007, era la de favorecer la financiación de nuevos proyectos empresariales, la hipoteca flotante, en la actual coyuntura económica, se está utilizando como medio de refinanciación de empresas en precariedad económica, obviando los procesos concursales. Se quiere, con su introducción, posibilitar una figura jurídica hipotecaria más barata y flexible

que otras vigentes en el derecho español, logrando esta flexibilidad sobre la base de debilitar dos principios fundamentales en la estructura tradicional de la hipoteca ordinaria:

- El principio de accesoriedad de la hipoteca, la obligación u obligaciones garantizadas no van a necesitar de una novación extintiva. Son obligaciones plurales, variadas e independientes.
- El principio de especialidad, las obligaciones garantizadas sólo se identifican por la descripción general de los actos jurídicos de los que nacen, cuyos pactos permanecen ajenos al Registro de la Propiedad.

Estos principios impiden constituir hipoteca cuando son diversas las obligaciones garantizadas o confluyen obligaciones presentes y futuras que, hasta ahora, debían asegurarse constituyendo tantas hipotecas como obligaciones se quería garantizar, con el consiguiente encarecimiento de la operación. Por ello, con el fin de flexibilizar el régimen jurídico de la hipoteca para acoger nuevas demandas, se introduce el artículo 153 bis LH que establece:

“También podrá constituirse hipoteca de máximo:

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

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

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

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

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

Se deducen de este artículo las tres características de esta hipoteca que, obviamente, van a influir la virtualidad ejecutiva de la escritura pública de constitución de la hipoteca flotante y en los requisitos de realización de la misma:

1ª.- Los posibles acreedores. Serán las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, esto es, bancos, cajas de ahorro y sociedades de crédito hipotecario, fundamentando tal privilegio en la especial normativa de supervisión y control administrativo a que las mismas están sometidas e incluyendo también a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios y a la Seguridad Social.

2ª.- Las obligaciones aseguradas. Se permite la constitución de hipotecas globales para garantizar una serie de obligaciones distintas, normalmente ligadas a través de una cuenta corriente, sin que entre ellas exista un nexo causal y ni siquiera se reúnan en una nueva obligación resultante de una novación, que conservan su exigibilidad aislada, siendo el acreedor el que, en último término, selecciona las deudas que resultan garantizadas, de acuerdo con bases y criterios previamente pactados.

Dos son las características esenciales de este tipo de garantía hipotecaria:

A) La variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de modo que al constituirse la garantía, en el Registro de la Propiedad sólo se hace constar la cantidad máxima por principal, intereses y costas de la que responderá la finca hipotecada, con independencia de cuál sea, al final, el importe de la obligación garantizada.

Así esta hipoteca puede garantizar una o varias obligaciones, presentes y/o futuras, sin necesidad de nexo causal ni pacto novatorio, siempre que figure su denominación

o la descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

Es decir, basta que las obligaciones garantizadas se perfilen en sus líneas generales para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que los tribunales puedan declarar, en su día, qué obligaciones se hallan cubiertas por la garantía. La novación de las obligaciones garantizadas se produce en el momento del cierre de la cuenta o de exigibilidad por incumplimiento de una de ellas, nunca con ocasión del apunte contable.

B) La indiferenciabilidad o flotabilidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante entre los créditos garantizados, que permite no especificar obligatoriamente en la constitución qué parte de la responsabilidad total es la que garantiza cada obligación y que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida al conjunto ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas. Es decir, en tal caso el acreedor puede, a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria para satisfacer todas, alguna, una e, incluso, parte de una de tales obligaciones garantizadas.

3º.- La pluralidad de acreedores. Es posible que no solo exista una pluralidad de obligaciones garantizadas, sino también de acreedores, en cuyo caso la “flotabilidad” de esta hipoteca permite a cualquiera de ellos dirigirse contra la finca hipotecada, también hasta el límite de su responsabilidad hipotecaria conjunta, ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones garantizadas, sin que sea tampoco necesario especificar en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza el crédito, préstamo u obligación de cada acreedor.

El problema, en este caso, como ya hemos visto al tratar la sindicación de acreedores, será determinar la naturaleza de la titularidad de la pluralidad de acreedores sobre el derecho real de hipoteca²⁵.

25 Esta cuestión, en la que no podemos entrar debido a la limitación temporal de la exposición, es desarrollada acertadamente por Ángel Valero. VALERO FERNANDEZ REYES, A.: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable” en el libro de *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2008. Pág. 466 a 470.

Para concluir este apartado, diremos que admitida la hipoteca flotante por el legislador español, todos los operadores jurídicos debemos intentar posibilitar el desarrollo de la totalidad de las potencialidades que encierra, en tanto no sean contrarias a los principios fundamentales de nuestro sistema civil, procesal y registral.

3. Hipoteca sujeta a condición suspensiva.

Se trata de una figura no prevista expresamente en nuestra legislación, que sí prevé la hipoteca en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva como negocio jurídico puro, aunque subordinado por el principio de accesoriedad a que la obligación sea eficaz al cumplirse la condición, si bien la hipoteca está válidamente constituida desde la inscripción, con efectos frente a los contratantes y a terceros.

La hipoteca sujeta a condición suspensiva supone una excepción al principio de determinación, ya que permite constituir un derecho real de garantía sobre una obligación no determinada ab initio en su existencia o en su cuantía o cuyos efectos quedan suspendidos hasta el cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas. ¿Qué persiguen las entidades financieras con esta figura? Obtener una garantía hipotecaria desde el momento de la inscripción registral, cuya fecha determina el rengu de la hipoteca si se cumple la condición suspensiva.

¿Por qué no es, a nuestro juicio, admisible esta hipoteca? Los argumentos son múltiples. Comenzaremos por analizar los normativos para luego acudir a la jurisprudencia.

Argumentación legal.-

- 1º. El derecho real de hipoteca que establece una garantía no puede someterse a condición suspensiva porque la garantía no puede, a la vez, existir y no existir.
- 2º. De permitirse el acceso registral de la hipoteca antes de cumplirse la condición suspensiva, estaríamos dando cabida en el Registro de la Propiedad a un derecho en vías de formación, a un derecho obligacional de hipoteca, derecho personal cuya inscripción no es posible.

- 3°. La ley regula la hipoteca en garantía de una obligación sujeta a condición pero no la hipoteca condicional, y ello sencillamente porque no quiere los efectos que aquélla puede producir.
- 4°. Se estaría generando, junto a otras ventajas para el acreedor hipotecario, una prioridad registral no amparada por la ley.
- 5°. Se haría imposible el sistema de subsistencia de cargas en caso de ejecución de la finca gravada, porque si se ejecuta una carga posterior a la hipoteca bajo condición, una de dos:
- a) O se entiende que la hipoteca condicionada no existe y, por tanto no se descuenta sino que se cancela, en cuyo caso la condición es inoperante y no sirve para nada.
 - b) O se entiende que si existe y, por tanto, hay que descontar su valor para calcular el precio del remate. Pero, entonces, si la condición se incumple, el antiguo propietario tiene derecho a subrogarse en ella para recuperar la parte del precio retenida indebidamente. Ahora bien, si la condición no se cumple, la hipoteca no existe y no hay nada en que subrogarse y si, pese a todo, se reconoce el derecho del propietario a subrogarse, habrá que entender que, pese a no cumplirse la condición, la hipoteca existe; entonces ¿qué valor tiene la condición?
- 6°. Los eventos futuros e inciertos que podrían constituir la condición en estas hipotecas no son más que infracciones contractuales ya previstos legalmente como supuestos en los que la hipoteca se hace efectiva y permite el ejercicio de las acciones hipotecarias típicas: la acción hipotecaria ejecutiva, para el caso de incumplimiento de la deuda garantizada, o la acción de devastación en caso de que disminuya el valor de la finca o de la integridad de la garantía. Realmente son riesgos típicos que cubre cualquier hipoteca y cuya concurrencia determina el inicio de la fase de ejecución de la misma, fase condicionada siempre al impago del crédito asegurado.

Argumentación jurisprudencial.

Los argumentos contenidos en las Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005, que admiten, no la hipoteca, sino la ampliación sujeta a condición de una hipoteca

previa han quedado sin efecto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 2008 que, en el supuesto de hipoteca sujeta a condición suspensiva consistente en el impago de la deuda garantizada y revisando dichas Resoluciones, establece que no cabe su establecimiento porque, precisamente, es un derecho real destinado a garantizar el cumplimiento de una obligación. Si la hipoteca nace para garantizar que, en el futuro, se cumplirá una obligación, es inadmisibles que la existencia de la hipoteca se condicione a la exigibilidad de dicha obligación, ya que ello será el presupuesto de la ejecución, no de dicha existencia. Se estaría constituyendo una hipoteca como formalmente condicionada cuando, en realidad, no lo es.

4. Hipoteca en garantía de un crédito ya vencido.

La admisión de esta figura es una cuestión muy actual en este momento de crisis económica, especialmente para la refinanciación de adquirentes de viviendas y, sobre todo, de promotores inmobiliarios (piénsese en los supuestos en que hayan recibido financiación para el solar, pero ven cerrado el acceso al crédito para la edificación).

Lo primero que debemos aclarar es que no se trata de una hipoteca en garantía de una obligación ya vencida, pues sería ya una obligación exigible y, por aplicación del principio de accesoriedad, la hipoteca sería nula.

El supuesto que ahora tratamos es el de la ampliación del plazo de un préstamo o crédito ya vencido, sin alterar la responsabilidad hipotecaria o el capital prestado. Se trataría de una prórroga convencional, con efectos retroactivos, con las implicaciones que ello tiene en el rango registral. Por ello hay que distinguir:

1º.- Si no existen cargas posteriores. Hay que partir de la idea de que la hipoteca garantiza un crédito, con un plazo fijado para su cumplimiento, que es la obligación principal; ese plazo es, en nuestro caso, esencial. El problema, entonces, es determinar si ese término esencial puede ser ampliado por ambas partes, en su beneficio, a través del pacto de prórroga. Pues bien, en el contexto económico actual, en base al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, entendiendo que el resto de sus elementos quedan inalterados, es perfectamente admisible entender que estamos ante un supuesto

de novación modificativa de la obligación asegurada, consistente en variar una de sus condiciones principales, el elemento temporal, con mantenimiento de los demás elementos primitivos y, por tanto, en base al principio de accesoriedad, si la obligación asegurada se entiende prorrogada, también el derecho de garantía, la hipoteca, quedará prorrogada.

2º.- Si existen cargas posteriores, estaremos ante una nueva hipoteca, en garantía de una nueva obligación, con rango posterior a las cargas constituidas tras la hipoteca primitiva, a no ser que medie el consentimiento de los titulares de aquellas para la conservación del rango, consentimiento que difícilmente va a concurrir.

5. Hipoteca inversa.

Dirigida a hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros que pretenden contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos de los países desarrollados, la satisfacción del incremento de las necesidades de renta en los últimos años de vida, es una nueva figura que introduce la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, se define como el préstamo o crédito del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas - aunque tal disposición pueda realizarse de una sola vez -, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución (circunstancia por la que, en la situación actual, no puede extrañarnos su escasa utilización).

Alcanzado dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación del crédito dispuesto y los intereses la realiza la entidad financiera, en general, al fallecimiento del propietario, por una doble vía:

- a) La cancelación de la deuda por los herederos
- b) La ejecución de la garantía hipotecaria por dicha entidad.

La constitución de esta hipoteca está sujeta a los siguientes requisitos:

- a. que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,
- b. que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,
- c. que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,
- d. que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
- e. La hipoteca sólo podrá ser concedida por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

Esta hipoteca se constituye mediante escritura pública y ulterior inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, inscripción que, recordemos, es constitutiva.